

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 11 • 2024

ISSN 2465-0927

Diritto e nuove tecnologie •
Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile •
Gender Rights: questioni di metodo e di merito •
Giustizia penale internazionale • Protocollo Italia-Albania •
Sfide recenti nell'azione dell'Unione europea

editoriale scientifica

DIRETTORE RESPONSABILE
PASQUALE DE SENA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

CONSIGLIO SCIENTIFICO
GIOVANNA ADINOLFI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
MAURIZIO ARCARI (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA)
MARIANO AZNAR GÓMEZ (UNIVERSITAT JAUME I DI CASTELLÓN)
FRANCESCO BESTAGNO (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
MARINA CASTELLANETA (UNIVERSITÀ DI BARI ALDO MORO)
EMANUEL CASTELLARIN (UNIVERSITÀ DI STRASBURGO)
GIUSEPPE CATALDI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI L'ORIENTALE)
ANGELA DI STASI (UNIVERSITÀ DI SALERNO)
SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA)
MARCO GESTRI (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA)
LORENZO GRADONI (UNIVERSITÀ DI LUSSEMBURGO)
ALESSANDRA GIANELLI (UNIVERSITÀ DI ROMA SAPIENZA)
EDOARDO GREPPI (UNIVERSITÀ DI TORINO)
PETER HILPOLD (UNIVERSITÀ DI INNSBRUCK)
IVAN INGRAVALLO (UNIVERSITÀ DI BARI ALDO MORO)
FRANCESCO MUNARI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
GIUSEPPE NESI (UNIVERSITÀ DI TRENTO)
PAOLO PALCHETTI (UNIVERSITÀ PARIS I)
GIUSEPPE PALMISANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
MARCO PEDRAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
LAURA PINESCHI (UNIVERSITÀ DI PARMA)
RICCARDO PISILLO MAZZESCHI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
CESARE PITTEA (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
PIETRO PUSTORINO (LUISS GUIDO CARLI)
ILARIA QUEIROLO (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
MARCO ROSCINI (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER)
LUCIA SERENA ROSSI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIULIA ROSSOLILLO (UNIVERSITÀ DI PAVIA)
CARLO SANTULLI (UNIVERSITÀ PARIS II)
ROSARIO SAPIENZA (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
MASSIMO STARITA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ANTONELLO TANCREDI (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA)
ATTILA TANZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
SELINE TREVISANUT (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
INGO VENTZKE (AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW)
ILARIA VIARENGO (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
FRANCESCA CLARA VILLATA (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
SALVATORE ZAPPALÀ (UNIVERSITÀ DI CATANIA)

REDAZIONE
LORENZO ACCONCIAMESSA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
CATERINA BENINI (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
GIACOMO BIAGIONI (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
GIUSEPPE BIANCO (BANCA D'ITALIA)
MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
FEDERICO CASOLARI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
FRANCESCO COSTAMAGNA (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FILIPPO CROCI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
ORNELLA FERACI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
MAURO GATTI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIOVANNA GILLERI (ISTITUTO NAZIONALE DI OCEANOGRAFIA E DI GEOFISICA SPERIMENTALE)
DONATO GRECO (UNIVERSITÀ FEDERICO II DI NAPOLI)
LORENZO GROSSIO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
NICOLE LAZZERINI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
OLIVIA LOPES PEGNA (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
DANIELE MANDRIOLI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
DIEGO MAURI (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ALICE OLLINO (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA)
GIUSEPPE PASCALE (UNIVERSITÀ DI TRIESTE)
LUCA PASQUET (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
ALICE RICCARDI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
EDOARDO ALBERTO ROSSI (UNIVERSITÀ DI URBINO)
PIERFRANCESCO ROSSI (UNIVERSITÀ DI TERAMO)
SILVIA SOLIDORO (UNIVERSITÀ DEL SALENTO)
ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FRANCESCA TAMMONE (UNIVERSITÀ MAGNA GRAECIA DI CATANZARO)
ENZAMARIA TRAMONTANA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

SUSANNA VILLANI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
DANIELA VITIELLO (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)
NICCOLÒ ZUGLIANI (UNIVERSITÀ BOCCONI)

REFEREES

DANIELE AMOROSO (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
GABRIELE ASTA (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI VENEZIA)
GIULIO BARTOLINI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
ANGELICA BONFANTI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
LUDOVICA CHIUSI CURZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIANLUCA CONTALDI (UNIVERSITÀ DI MACERATA)
LUIGI CREMA (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
GABRIELE DELLA MORTE (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
SARA DE VIDO (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI VENEZIA)
SAVERIO DI BENEDETTO (UNIVERSITÀ DEL SALENTO)
MARCELLA FERRI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
CATERINA FRATEA (UNIVERSITÀ DI VERONA)
FRANCESCA IPPOLITO (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO BICOCCA)
LAURA MAGI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
FRANCESCA MAOLI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
LUIGI MARI (UNIVERSITÀ DI URBINO)
RACHELE MARCONI (SCUOLA SUPERIORE SANT'ANNA DI PISA)
ALBERTO MIGLIO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
CINZIA PERRARO (UNIVERSITÀ DI BERGAMO)
DEBORAH RUSSO (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)

COMITATO EDITORIALE EDIZIONE 2024

LORENZO ACCONCIAMESSA
MAURO GATTI
GIOVANNA GILLERI
DONATO GRECO
LORENZO GROSSIO
DANIELE MANDRIOLI
DIEGO MAURI
FRANCESCA TAMMONE

GRUPPO DI COORDINAMENTO EDIZIONE 2024

EDOARDO ALBERTO ROSSI
FRANCESCA TAMMONE
SUSANNA VILLANI
NICCOLÒ ZUGLIANI

Quaderni di SIDIBlog 2024

Introduzione 3

SEZIONE I

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE

ALICE CIVITELLA

I *Decision Support Systems* nel diritto internazionale umanitario. Riflessioni critiche a partire dal conflitto israelo-palestinese 9

ALESSANDRO STIANO

Crittografia e accesso alle comunicazioni digitali: considerazioni alla luce di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 31

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO

Nell'anno delle elezioni hanno tutti ragione. Alcune considerazioni sul ruolo del diritto internazionale e dell'UE nel contrasto alla disinformazione 41

DAVIDE VAIRA

La disinformazione online come minaccia ibrida e gli strumenti utili per contrastarla nel panorama europeo. Alcune considerazioni alla luce dell'annullamento delle elezioni in Romania 54

GIULIO MONGA

Profili internazionalprivatistici del Data Act: tra continuità 'unilateralista' e residui di 'bilateralismo' 78

SEZIONE II

TUTELA DELL'AMBIENTE E SVILUPPO SOSTENIBILE

VERONICA BOTTICELLI

Soft Commitments for Hard Problems: The (Unfinished) Quest for Intergenerational Justice and the Normative Struggle to Protect the Rights of Future Generations 94

ANDREA LONGO

Passing the baton: systemic interpretation of climate change obligations before international courts and tribunals 123

GIORGIA PANE

Casi climatici ed extraterritorialità: quali prospettive d'integrazione fra diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale dei diritti umani? 145

ROBERTA GRECO

La direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: quale portata extra UE? 168

SEZIONE III

***GENDER RIGHTS*: QUESTIONI DI METODO E DI MERITO**

GIOVANNA GILLERI

Abituarsi ad altro (e all'altro): i diritti umani e il metodo queer femminista 187

SARA DE VIDO

Del *gender apartheid* quale crimine internazionale e dei rimedi contro la violenza sistematica ed istituzionale nei confronti delle donne afgane 207

CURZIO FOSSATI

Il riconoscimento della modifica dell'identità di genere tra gli Stati membri dell'Unione europea: il caso *Mirin* 232

SEZIONE IV

GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

ANNA ORIOLO

The right to food, crimes and justice: the 'deliberate' starvation of the Palestinian people and the international courts as the 'conscience of humanity' 250

GIAMPAOLO GUIZZARDI RIGHETTI

In *absentia*: of justice and truth. Observations on the *Regeni* ruling of the Italian Constitutional Court and the procedural conditions for trials concerning international crimes 275

SEZIONE V

PROFILI CRITICI DEL PROTOCOLLO ITALIA-ALBANIA

GABRIELLA CARELLA

La procedura di frontiera applicabile nelle aree previste dal Protocollo Italia-Albania: motivi di illegittimità in base alla CEDU e al diritto dell'Unione europea 295

GIADA GRATTAROLA

Un peccato originale? Vecchi e nuovi profili di (in)compatibilità del Protocollo Italia-Albania con il diritto dell'Unione europea 317

SEZIONE VI

SFIDE RECENTI NELL'AZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

EUGENIO CARLI

L'esercizio del diritto di legittima difesa nel quadro dell'operazione EUNAVFOR Aspides dell'Unione europea 341

TOMMASO FERRARIO

La qualificazione e la circolazione dei «divorzi privati» nello spazio giudiziario europeo. Problemi interpretativi e applicativi alla luce del regolamento Bruxelles II-ter e della sentenza *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht c. TB* 365

GIOVANNI ZACCARONI

Il primato del diritto dell'Unione europea: elogio della precarietà 379

SEZIONE VII

APPROCCI INNOVATIVI AL DIRITTO INTERNAZIONALE

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO

Un racconto del diritto internazionale nella musica pop 404

PAOLO TURRINI

It pops up everywhere: note stonate sul tema 'diritto internazionale e musica' 427

Introduzione

Giunti al loro XI volume, i *Quaderni di SIDIBlog* continuano ad offrire uno spazio di confronto e di divulgazione scientifica dedicato al diritto internazionale e dell'Unione europea, in sinergia con i post pubblicati nel SIDIBlog nel 2024. Nel solco delle edizioni precedenti, il presente volume propone riflessioni su tematiche di attualità, rispecchiando la pluralità di voci della comunità scientifica italiana e favorendo l'interazione tra generazioni di studiosi e studiose e il confronto tra diversi approcci alla scienza giuridica.

Proponendosi di restituire, in forma sistematica, la varietà delle questioni giuridiche che hanno animato il 2024, il volume si compone di sette sezioni. Il filo rosso che lega le diverse analisi è il confronto con una trasformazione urgente e inarrestabile dell'ordine giuridico, messo alla prova dai drammatici conflitti armati in corso, dalla digitalizzazione e dal cambiamento climatico. In questo contesto, il diritto appare chiamato a misurarsi con un duplice compito: da un lato, non abdicare all'esigenza di regolazione; dall'altro, trasformarsi esso stesso, anche mediante la ricerca di nuovi approcci giuridici. Emerge infatti la necessità di garantire che la tensione verso il cambiamento si traduca nell'opportunità di 'ripensare' e costruire una società il più possibile sostenibile, inclusiva e rispettosa dei diritti fondamentali. In questa fase, il ruolo degli attori internazionali appare cruciale. Gli studi che compongono il volume pongono particolare attenzione sull'Unione europea, oggi in continua tensione tra diritto e politica, in cui ogni innovazione – che si tratti dell'uso della forza, della regolazione della vita privata o della definizione dei rapporti di supremazia giuridica – diventa banco di prova della sua capacità di agire come soggetto coerente e responsabile.

La Sezione I, dedicata alle nuove tecnologie e alla digitalizzazione dei rapporti giuridici, affronta, tramite prospettive differenti ma complementari, le sfide che l'innovazione tecnologica pone ai sistemi giuridici contemporanei, dal diritto internazionale umanitario all'evoluzione della protezione dei dati personali, dalla disinformazione *online* alla disciplina europea dei dati, offrendo una riflessione corale sulle trasformazioni che l'innovazione digitale produce nel diritto internazionale, europeo e nazionale. In questo contesto, i contributi tentano di rispondere ai numerosi interrogativi posti dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale in diverse aree giuridiche, dalla gestione algoritmica delle informazioni, alla circolazione dei dati e alla crescente automazione dei processi decisionali. La Sezione esplora pertanto non solo la conformità di tali fenomeni alle norme esistenti, ma anche la loro capacità di ridefinire concetti giuridici fondamentali come la responsabilità, la soggettività, la sovranità e la giustiziabilità. Il contributo di **Alice Civitella** analizza l'impiego dell'intelligenza artificiale nei conflitti armati, muovendo dall'analisi dell'esperienza del sistema *Lavender* nel conflitto israelo-palestinese. Lo studio, evidenziati i rischi derivanti dalla delega decisionale a sistemi algoritmici e la conseguente ridefinizione del ruolo dell'essere umano nei processi di *targeting*, apre ad una riflessione di ampio respiro sul rapporto tra tecnologia, responsabilità e umanità nel diritto internazionale. Un diverso ma complementare profilo è affrontato da **Alessandro Stiano**, che analizza la recente sentenza *Podchasov c. Russia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, in materia di crittografia *end-to-end* come strumento di tutela della riservatezza. A tal proposito, la ricostruzione della giurisprudenza europea, unita al confronto con le più recenti iniziative normative

dell'Unione, evidenzia una tensione tra esigenze di sicurezza pubblica e protezione dei dati personali, nel difficile equilibrio tra sovranità tecnologica e salvaguardia dei diritti individuali nell'ecosistema digitale. La Sezione I riflette, inoltre, come la transizione tecnologica abbia reso porosi i confini tra diritto pubblico e privato, tra dimensione interna e internazionale, tra regole tecniche e principi giuridici. In questa prospettiva, i successivi saggi di **Gianpaolo Maria Ruotolo** e **Davide Vaira** esplorano il fenomeno della disinformazione e delle minacce ibride nel contesto internazionale ed europeo. I due autori affrontano il tema da prospettive differenti ma convergenti: il primo analizza il ruolo del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea nella regolazione dell'informazione durante le fasi elettorali, mettendo in luce le tensioni tra libertà di espressione e integrità del processo democratico; il secondo approfondisce le dinamiche della disinformazione *online* come minaccia ibrida, con particolare riferimento agli strumenti di contrasto elaborati a livello europeo e al caso dell'annullamento delle elezioni in Romania. **Giulio Monga** affronta invece i profili internazionalprivatistici del *Data Act*, evidenziando la tensione tra l'approccio unilateralista degli ordinamenti nazionali e le spinte verso una cooperazione multilaterale nella disciplina dei dati. L'analisi mostra come la gestione transfrontaliera delle informazioni digitali metta in crisi gli schemi tradizionali del diritto internazionale privato, imponendo nuove riflessioni sui criteri di collegamento, sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento degli effetti extraterritoriali delle normative in materia di dati. Nel complesso, i saggi raccolti nella Sezione I del volume, lungi dal limitarsi ad illustrare casi o problemi specifici, contribuiscono a delineare una visione d'insieme del ruolo del diritto di fronte alla transizione digitale, alla ricerca di un equilibrio tra effettività dei diritti fondamentali e coerenza dell'ordine giuridico internazionale.

Con i medesimi obiettivi, la Sezione II offre una prospettiva sulla parallela transizione ambientale, focalizzandosi sulle problematiche inerenti alla tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, di drammatica rilevanza alla luce del crescente impatto ambientale e climatico delle attività umane. L'esistenza di un quadro giuridico frammentato e spesso carente di effettività, nonché il tentativo di superarne i limiti strutturali, costituiscono il filo conduttore dei diversi contributi. **Veronica Botticelli** utilizza la lente del principio di giustizia intergenerazionale per evidenziare il crescente valore normativo che atti di diritto "soft", come gli strumenti internazionali a tutela delle generazioni future, acquisiscono, prevalentemente ad opera di corti e comitati internazionali e regionali. Proprio sul ruolo delle corti si soffermano i successivi contributi, che evidenziano potenzialità e limiti di tale spinta normativa "dal basso". **Andrea Longo** utilizza il parere consultivo del Tribunale Internazionale del Diritto del Mare per sottolineare il ruolo che l'interpretazione sistemica degli obblighi della Convenzione ONU sul Diritto del Mare alla luce dei trattati ambientali e di decarbonizzazione possa potenzialmente rivestire nell'orientare l'attività ermeneutica delle altre corti internazionali. **Giorgia Pane** mostra invece come il tentativo di garantire l'effettività degli obblighi ambientali attraverso il regime dei diritti umani si scontri con una prassi giurisprudenziale ancora incoerente da parte della Corte EDU. L'esigenza di tenere conto degli obiettivi dello sviluppo sostenibile anche sul piano normativo è infine affrontata da **Roberta Greco**, attraverso l'analisi della Direttiva UE sul dovere di diligenza delle imprese. Qui si evidenzia, in particolare, come i limiti alla portata extraterritoriale del regime di responsabilità civile, delineato nella direttiva, comportino il rischio di inficiare l'effettività della tutela dei diritti umani. È dunque evidente come la Sezione risponda, nel complesso, all'esigenza di risolvere questioni sempre più spesso percepite come urgenti e non differibili.

Le sezioni centrali del volume (III e IV) sono invece accomunate dall'intento di gettare luce su problemi ancora emergenti, ma di sicura rilevanza in quelli che saranno gli sviluppi futuri nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Nella Sezione III, due autrici e un autore pongono l'attenzione sul tema del riconoscimento normativo dei diritti legati al genere e all'identità di genere, spaziando dal piano della teoria critica all'analisi dell'adeguatezza dei meccanismi di tutela delle donne e della comunità LGBTQ+ nel sistema giuridico internazionale ed europeo. La Sezione si apre con lo studio di rilievo metodologico di **Giovanna Gilleri**, che prende in esame l'approccio 'giusqueerfemminista' come strumento di comprensione e interpretazione delle fonti del diritto internazionale dei diritti umani. Il contributo intende dimostrare, in particolare, come gli approcci critici consentano di rilevare gli schemi di oppressione su cui si innestano le categorie giuridiche, contribuendo così a realizzare l'aspirazione universalizzante dei diritti umani. Il saggio di **Sara De Vido** si misura invece col merito delle questioni inerenti alla tutela dei diritti di genere, con particolare riguardo alla violenza c.d. istituzionale nei confronti delle donne. Muovendo dall'analisi della condizione delle donne afgane, il contributo propone un'importante riflessione sull'inclusione del *gender apartheid* fra i crimini internazionali. Indagate le vie attualmente esperibili, la riflessione dell'autrice viene ulteriormente corroborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, che di recente ha riconosciuto l'esistenza di un sistema istituzionalizzato di discriminazione, segregazione e privazione dei diritti fondamentali delle donne in Afghanistan. Il contributo di **Curzio Fossati** analizza, invece, una questione di grande centralità per la tutela dei diritti delle persone transgender. La sua riflessione muove, in particolare, dalla disamina della giurisprudenza europea circa l'obbligo di riconoscere e annotare nei registri dello Stato civili il cambiamento di genere, nonché di garantire la circolazione nel mutamento di status nei diversi Stati membri.

La Sezione IV si focalizza, invece, sul ruolo dei giudici internazionali nella repressione dei crimini internazionali. Nei due contributi relativi alla Giustizia penale internazionale vengono infatti in rilievo i criteri interpretativi e applicativi sia del diritto sostanziale che procedurale in materia. In questo contesto, il contributo di **Anna Oriolo** offre un inquadramento della fattispecie di *starvation*, sulla quale la drammatica vicenda del conflitto armato in corso a Gaza ha inevitabilmente gettato nuova luce. A tal riguardo, il saggio riflette sul ruolo della Corte penale internazionale e della Corte di giustizia ai fini di un riconoscimento del diritto al cibo sul piano internazionale. Una prospettiva maggiormente calibrata sulle garanzie procedurali è invece offerta da **Giampaolo Guizzardi Righetti**, che, muovendo dall'analisi della sentenza 192/2023 della Corte costituzionale italiana nel noto caso Regeni, si sofferma sulla legittimità del processo in *absentia* nei confronti degli autori dei crimini internazionali.

Nel quadro dei mutamenti incessanti che caratterizzano le relazioni internazionali, nel volume trovano spazio - inevitabilmente - anche le vicende riguardanti la gestione della migrazione. La Sezione V è dedicata al Protocollo Italia-Albania, concluso nel novembre 2023 e oggetto di vivace dibattito in tutto il 2024. Il Protocollo, che impone la creazione di strutture operative e procedurali collocate al di fuori del territorio dell'Unione ma sottoposte alla giurisdizione dell'Italia, offre lo spunto per una rinnovata riflessione sull'esternalizzazione della migrazione. Vengono così esaminate, in chiave sistemica, le trasformazioni in atto nel diritto europeo dell'immigrazione e dell'asilo, mettendo in luce la crescente tensione tra cooperazione interstatale e vincoli dell'ordinamento dell'Unione.

Gabriella Carella evidenzia come il Protocollo sollevi interrogativi centrali sulla portata extraterritoriale delle garanzie previste dalla CEDU e dal diritto dell'Unione, con particolare riguardo alla cd. procedura di frontiera, nonché sulla possibilità per gli Stati membri di estendere la propria sfera di controllo senza assicurare un corrispondente livello di tutela dei diritti fondamentali. Il Protocollo si colloca, così, in un'area giuridica "di confine", dove la ricerca di soluzioni pragmatiche si confronta con i limiti derivanti dal principio di legalità e della responsabilità internazionale dello Stato. **Giada Grattarola** evidenzia, invece, le ambiguità dell'accordo nel quadro del rapporto tra diritto UE e accordi bilaterali stipulati dagli Stati membri con Paesi terzi. Da questa prospettiva, emerge come forme di cooperazione non fondata sul diritto sovranazionale, rischino di compromettere la coerenza complessiva del sistema europeo comune di asilo. L'ampia ridefinizione del diritto dell'immigrazione in chiave di gestione esterna viene qui letta, dunque, nel quadro delle dinamiche che mettono alla prova la capacità del diritto dell'Unione e della CEDU di garantire, anche oltre le frontiere materiali dell'Europa, il rispetto effettivo dei diritti fondamentali, nonché la tenuta dei principi di giurisdizione, sovranità e responsabilità.

Restando nel panorama dell'Unione europea, la Sezione VI offre una panoramica su altre trasformazioni che attraversano oggi l'ordinamento sovranazionale, chiamato a confrontarsi con mutamenti geopolitici, tecnologici e valoriali di portata sistemica. I contributi qui raccolti, pur diversi per oggetto e ambito, condividono l'idea che la capacità dell'Unione di agire efficacemente dipenda dalla tenuta dei suoi fondamenti giuridici e dalla possibilità di adattarli alle nuove forme della cooperazione e del conflitto internazionale. L'azione dell'Unione, sia sul piano esterno che su quello interno, si muove così in un equilibrio costante tra innovazione normativa e salvaguardia della legalità, tra il bisogno di efficienza e il rispetto dei vincoli giuridici che definiscono la sua essenza di Unione di diritto. Nella dimensione esterna, l'esperienza delle missioni di sicurezza e difesa comune rivela la crescente autonomia dell'Unione nella gestione delle crisi internazionali e la parallela ridefinizione delle categorie classiche del diritto internazionale. In questa prospettiva, **Eugenio Carli** analizza l'operazione *Aspides*, che, nel suo riferimento alla legittima difesa, mostra come l'UE tenda a farsi interprete di un uso della forza che si pone in tensione con le categorie esistenti, segnalando il tentativo di interpretare il diritto internazionale alla luce delle esigenze di sicurezza europee, sollevando al contempo interrogativi sulla coerenza tra l'azione esterna dell'Unione e i principi che la vincolano come attore multilaterale. Sul versante interno, le sfide si riflettono nel progressivo affinamento dello spazio giudiziario europeo, dove l'integrazione si gioca oggi su terreni tecnicamente complessi, come la circolazione delle decisioni in materia di famiglia o di status personale. Le innovazioni introdotte dal regolamento Bruxelles II-ter e la giurisprudenza più recente mostrano come l'obiettivo dell'armonizzazione debba conciliarsi con la diversità delle tradizioni giuridiche nazionali e con la tutela dell'autonomia individuale. In quest'ambito, **Tommaso Ferrario** prende in esame la difficoltà di definire in modo univoco la natura dei "divorzi privati", evidenziando le tensioni insite in un sistema che, pur ispirato alla fiducia reciproca, richiede un equilibrio delicato tra efficienza procedurale e certezza giuridica. Sul piano più generale, emerge da ultimo la riflessione di **Giovanni Zaccaroni** sulla tenuta del principio di primato del diritto dell'Unione, oggi messo alla prova dal riemergere di spinte nazionalistiche e dalla frammentazione dell'ordine giuridico globale. Il primato, costruzione giurisprudenziale priva di codificazione formale, appare nella sua intrinseca mutevolezza e precarietà non come un limite, ma come una qualità essenziale per garantire la necessaria capacità di

adattamento di un'Unione in costruzione. Le “sfide recenti” dell'Unione, più che segnare crisi, delineano dunque un processo di ridefinizione del progetto europeo, in cui la flessibilità diventa strumento di sopravvivenza e la legalità, ancora una volta, la misura della sua ambizione.

La continua e persistente trasformazione dell'ordine internazionale viene infine esaminata, nell'ultima sezione, attraverso la ricerca di nuove chiavi di lettura. Nel primo dei due contributi della Sezione VII, **Gianpaolo Maria Ruotolo** illustra come l'approccio al diritto internazionale possa essere ispirato da ambiti non tradizionalmente associati allo studio del diritto positivo. Secondo l'autore, la musica, ed in particolare la musica *heavy metal*, rappresenta un importante strumento di analisi giuridica. **Paolo Turrini** mette invece in evidenza i rischi di tale approccio, esponendone le criticità e aprendo la strada ad un confronto dialettico sulla metodologia giuridica.

Le questioni qui analizzate rappresentano solo una parte delle sfide che il diritto internazionale e quello dell'Unione europea si trovano oggi ad affrontare. Ciascuna sezione mostra, tuttavia, un filo comune: la volontà di dare voce al diritto in un mondo in continua trasformazione. Il Volume dedicato al 2024 ha inteso offrire un contributo a tale dibattito, con l'intento di stimolare ulteriori domande e favorire un dialogo aperto all'interno della comunità scientifica. L'auspicio è che i contributi raccolti possano alimentare la crescita e il rinnovamento del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea anche in futuro.

I Curatori

Edoardo Alberto Rossi

Francesca Tammone

Susanna Villani

Niccolò Zugliani

SEZIONE I

Diritto e nuove tecnologie

***I Decision Support Systems* nel diritto internazionale umanitario. Riflessioni critiche a partire dal conflitto israelo-palestinese**

ALICE CIVITELLA*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I DSS come focus dell'indagine – 3. L'applicazione dell'IA nei mezzi e metodi di guerra: il caso Lavender – 4. Considerazioni conclusive: controllo umano, essere o non essere?

ABSTRACT: L'impiego di *Decision Support Systems* (DSS) basati su algoritmi di intelligenza artificiale sono recentemente entrati a far parte dei dibattiti internazionali. L'impiego di Lavender nel conflitto israelo-palestinese ha, infatti, messo in piena luce le possibili conseguenze sul rispetto del diritto internazionale umanitario (DIU) che l'uso dei DSS può comportare. A fronte di ciò, il presente contributo vuole investigare in modo più accurato tali sistemi e il loro impatto sul rispetto del DIU, partendo da due domande di ricerca correlate tra loro: (1) se ed in che modo i DSS possano essere regolati nel DIU; (2) e in che modo l'ampliamento dell'autonomia di questi sistemi conferita dall'impiego di intelligenza artificiale può influenzare la capacità dei decisori umani di prendere decisioni consapevoli e, in ultima istanza, conformi al DIU. A tal fine, l'indagine si svolgerà nel modo che segue. Dopo una breve introduzione sulle caratteristiche dei DSS e della prassi inerente al loro impiego, si procederà ad investigare la loro categorizzazione tra i mezzi e metodi di guerra e la loro eventuale conformità alle norme che regolano tale categoria. Alla luce di ciò, sarà possibile mettere in luce le sfide poste dall'impiego dell'intelligenza artificiale in questi sistemi e, basandosi sul caso specifico dell'uso di Lavender, si analizzerà il conseguente impatto sul rispetto dei principi fondamentali del DIU, quali i principi di distinzione, proporzionalità e precauzione. Ciò inevitabilmente metterà in discussione il ruolo dell'essere umano nell'impiego di tali sistemi, e, in generale, la necessità di un 'controllo umano significativo' nel loro utilizzo.

PAROLE CHIAVE: *Decision Support Systems* – Diritto Internazionale Umanitario – Intelligenza artificiale – Lavender – controllo umano – conflitti armati.

* Dottoranda di ricerca in Scienze strategiche e giuridiche dell'innovazione per la difesa e la sicurezza, Università di Torino e Centro Alti Studi per la Difesa, alice.civitella@unito.it.

1. Premessa

I conflitti armati sono sempre stati teatro di sperimentazioni di nuove tecnologie. Dall'immoralità dell'uso delle balestre, fino agli attacchi cyber, il concetto di 'tecnologia' può dirsi intrinsecamente legato allo sviluppo di nuovi mezzi e metodi di guerra¹. Segnatamente, il diritto che regola la condotta delle ostilità – il diritto internazionale umanitario (DIU) – ha dovuto affrontare le sfide poste da tali innovazioni. Non a caso, già nei primi strumenti volti alla disciplina di alcune tipologie di armi della seconda metà del XIX secolo era stata prevista la necessità di stabilire dei principi generali in grado di regolare i futuri mezzi e metodi di guerra derivanti dal progresso tecnologico².

In tale prospettiva, l'impiego dell'intelligenza artificiale (IA) nei conflitti armati è da considerarsi come il più recente esempio di un processo che ha da sempre caratterizzato la condotta della ostilità³. L'IA è una tecnologia che introduce elementi di novità, principalmente legati all'incremento delle capacità autonome dei sistemi in cui essa viene impiegata, suscitando dubbi di natura etica e giuridica come, ad esempio, nel ben noto caso dei sistemi d'arma con capacità letali (d'ora in avanti 'armi autonome')⁴. Tale autonomia, infatti, mette in discussione un elemento da cui si pensava inizialmente di non poter prescindere nel DIU: il controllo dell'arma da parte di un essere umano⁵.

Il crescente impiego dell'IA in ambito militare non riguarda, tuttavia, solo le armi in senso stretto⁶. Recentemente, è emerso un ampio dibattito in merito all'impiego di sistemi

¹ A. L. SCHULLER, *At the Crossroads of Control: the Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Humanitarian Law*, in *Harvard National Security Journal*, 2017, p. 387.

² Dichiarazione sulla rinuncia all'uso, in tempo di guerra, di proiettili esplosivi di peso inferiore a 400 grammi (S. Pietroburgo, 29 novembre-11 dicembre 1868).

³ Non esiste una definizione univoca di intelligenza artificiale; ai fini del presente lavoro, si prenderà a riferimento la definizione fornita all'articolo 3(1) dell'Artificial Intelligence Act dell'Unione europea: «(...)machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments».

⁴ T. MCFARLAND, Z. ASSAAD, *Legal review of in situ learning in autonomous weapons*, in *Ethics and Information Technology*, 2023, p. 9. Per un approfondimento sulla materia, si rimanda alle seguenti monografie: D. MAURI, *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person. An International Law Analysis*, Cheltenham, Northampton, 2022; D. AMOROSO, *Autonomous Weapons Systems and International Law: A Study on Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*, 2020; T. MCFARLAND, *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict. Compatibility with International Humanitarian Law*, Cambridge, 2020; A. SEIXAS-NUNES, *The Legality and Accountability of Autonomous Weapon Systems: A Humanitarian Law Perspective*, Cambridge, 2022.

⁵ Per un approfondimento, v. CICR, *Artificial intelligence and machine learning in armed conflict: A human-centred approach*, in *International Review of the Red Cross*, 2020, p. 463 ss.

⁶ T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions, Human Agency and the International Humanitarian Law Proportionality Standard*, in *Global Society*, 2024, p. 101; v. W. WANG, H. LIU, W. LI, Y. CHEN, J. YANG, *Investigations on Works and Military Applications of Artificial Intelligence*, in *IEEE Access*, 2020, p. 131618 ss; per un approfondimento sull'impiego di IA oltre alle armi autonome v. N. MASHUR, *AI in Military Enabling Applications*, in *CSS Analyses in Security Policy*, 2019, p. 1 ss.

autonomi di supporto alle decisioni – più noti con la terminologia inglese *Decision Support Systems* (DSS) – ossia di sistemi informatici che forniscono *suggerimenti* nella forma di raccomandazioni, analisi o predizioni, al fine di aiutare l'operatore umano nel prendere decisioni complesse⁷. L'impiego di algoritmi di IA in tali sistemi ha enormemente incrementato la mole e la complessità dei compiti da essi svolti nella condotta delle ostilità⁸. Ciò pone nuove sfide rispetto all'indipendenza degli operatori umani nel prendere decisioni consapevoli ed informate e, in ultima istanza, di rispettare il DIU, come testimoniato dal recente uso del DSS Lavender nel contesto del conflitto israelo-palestinese, che sarà oggetto di analisi di questo lavoro. Alla luce di ciò, si giustifica un'analisi critica sui DSS, le loro caratteristiche e la loro regolamentazione nel DIU. Ci sembra, più nel dettaglio, che siano due le questioni che debbono essere debitamente indagate. *In primis*, l'ampliamento dell'autonomia dei DSS e la loro conseguente rilevanza nel processo del *targeting* impongono di interrogarsi se e come i DSS dotati di IA debbano essere regolati nel DIU e, specificatamente, dalle norme inerenti ai mezzi e metodi di guerra. *In secundis*, bisogna determinare se le sfide peculiari poste dall'IA e l'influenza che la sua applicazione nei DSS comporta sul processo decisionale nella condotta delle ostilità possano compromettere il rispetto del DIU da parte dell'essere umano.

Al fine di fornire una risposta alle domande sopra illustrate, si procederà come segue. Dopo una breve distinzione tra le armi autonome e i DSS, si passerà a descrivere dettagliatamente l'oggetto primario dell'indagine, ossia i DSS. In tal modo, sarà possibile investigare la classificazione dei suddetti sistemi nel DIU, argomentando a favore della loro categorizzazione tra i mezzi e metodi di guerra e, di conseguenza, illustrare le norme del DIU applicabili ad essi (paragrafo 2). Una volta accertata la natura di tali sistemi nel DIU, si passerà all'analisi delle caratteristiche intrinseche dell'IA così come applicata nei DSS, evidenziando le possibili ripercussioni sul rispetto del DIU. A questo fine, si prenderà in analisi un caso studio, vale a dire l'impiego del DSS Lavender nel conflitto israelo-palestinese, quale testimonianza della prassi dell'uso dei DSS e delle possibili conseguenze (paragrafo 3). Infine, si trarranno alcune riflessioni conclusive in merito all'analisi effettuata e, in particolare, sul controverso ruolo del controllo umano nell'uso di tali sistemi (paragrafo 4).

Prima di procedere, si rende necessaria una precisazione sulla restrizione della prassi in merito all'uso dei DSS al conflitto israelo-palestinese. L'inchiesta pubblicata da Magazine 972+ sull'impiego del sistema Lavender in questo conflitto rappresenta, al momento in cui

⁷ A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision-Making*, CICR, 2024, p. 3; G. PERSI PAOLI, Y. AFINA, *AI in the Military Domain: A Briefing Note for States*, UNIDIR, 2025.

⁸ V. R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts: opportunities and regulatory challenges*, in *The Military Law and the Law of War Review*, 2021, p. 167; W. WANG, H. LIU, W. LI, Y. CHEN, J. YANG, *Investigations on Works and Military Applications of Artificial Intelligence*, cit., p. 131620.

si scrive, un *unicum*, fornendo le informazioni più esaustive sull'impiego di un DSS in un conflitto armato⁹. La mancanza di informazioni esaustive ed attendibili in merito alle concrete modalità di impiego di DSS dotati di IA in altri conflitti armati suggerisce pertanto di restringere il campo d'indagine a tale sistema.

2. I DSS come focus dell'indagine

Il rapporto del Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts* identifica due principali applicazioni dell'IA nei conflitti armati: le armi autonome e i DSS¹⁰. Le armi autonome sono da tempo oggetto di attenzione e discussione da parte della comunità internazionale. I primi dibattiti in materia si svilupparono, infatti, a partire dalla prima decade degli anni 2000, stimolati dall'adozione della Direttiva 3000.09 da parte del Dipartimento della difesa statunitense sulla produzione ed uso di sistemi autonomi ed alla pubblicazione del rapporto *Losing Humanity* redatto dall'organizzazione non governativa Human Rights Watch¹¹. Pare utile, dunque, tracciare una distinzione tra tali armi e i meno conosciuti DSS. Nel già citato rapporto del CICR, le armi autonome si definiscono come «weapon systems that select and apply force to targets without human intervention»¹², mentre i DSS come «computerized tools that bring together data sources (...) and present analyses, recommendations or predictions based on them to decision makers»¹³.

La differenza sostanziale si realizza, senz'altro, nell'impossibilità per i secondi di esercitare direttamente la forza armata. Tali sistemi, se ne deduce, non sono delle *armi* in senso stretto, bensì strumenti informatici progettati per assistere i comandanti nel prendere decisioni complesse a diversi livelli della catena di comando, completando in modo veloce ed efficiente il processo decisionale¹⁴. Il loro contributo, dunque, si *limita* ad una fase informativa, mentre la decisione e le modalità dell'uso della forza rimangono esclusivamente nelle mani dell'operatore umano.

⁹ Sul punto, si veda: A. NADIBAJDZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems: a Review of Developments and Debates*, Centre for War Studies, 2024, p. 12 e 21.

¹⁰ CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Building a culture of compliance for IHL to protect humanity in today's and future conflicts*, CICR, 2024, p. 51 ss.

¹¹ Dipartimento della difesa degli Stati Uniti, *Directive 3000.09 Autonomy in Weapon Systems*, 2012; HRW, *Losing Humanity. The case against Killer robots*, 2012.

¹² CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, cit., p. 51-52

¹³ *Ivi* p. 55.

¹⁴ A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 17; CICR, GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Artificial Intelligence and Related Technologies in Military Decision-Making on the Use of Force in Armed Conflicts Current Developments and Potential Implications*, Ginevra, 2024, p. 8.

2.1. Il ruolo dei DSS nei conflitti armati

I DSS sono da tempo impiegati dalle forze armate di vari Stati¹⁵. Prima dell'avvento dell'IA, si configuravano essenzialmente come sistemi automatici, programmati per restituire uno stesso *output* in risposta ad un determinato *input*¹⁶. L'incremento dell'autonomia conferito dall'impiego di algoritmi di IA ha reso tali sistemi autonomi a tutti gli effetti, ed è, dunque, il fattore distintivo dei DSS utilizzati al giorno d'oggi.

Il concetto di autonomia assume significati differenti a seconda dei diversi settori scientifici¹⁷. Non essendo questa la sede per fornire un'indagine esaustiva di tale concetto, si prenderà qui a riferimento il significato di autonomia come comunemente inteso in merito alle armi autonome, considerando come «autonomi» i sistemi capaci di svolgere determinati compiti senza il controllo da parte di un operatore umano¹⁸. Grazie, dunque, all'impiego dell'IA nei DSS, si è assistito all'ampliamento della quantità e difficoltà dei compiti e funzionalità svolti autonomamente da questi sistemi a diversi livelli della catena di comando, rispondendo alla *need for speed* degli odierni conflitti armati¹⁹. I DSS basati su IA permettono, infatti, di mettere a sistema e di sfruttare l'enorme mole di dati relativi al teatro operativo, incrementando la comprensione dei contesti in cui le forze armate si trovano ad operare, nonché la velocità delle operazioni²⁰. Ciò è reso possibile, in particolare, grazie all'impiego di algoritmi di *machine learning*: non operando in base a regole prestabilite, essi 'imparano' e 'si adattano', modificando il processo decisionale a seconda delle situazioni

¹⁵ A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 3. Per un approfondimento sull'impiego dei DSS negli anni passati, v. A. TOLK, D. KUNDE, *Decision Support Systems, Technical Prerequisites and Military Requirements*, 2000 Command and Control Research and Technology Symposium, Monterey, (California, Stati Uniti), giugno 2000; R. L. JOHNSON, *Decision Support Systems for Operational Level Command and Control*, School of Advanced Military Studies United States Command and General Staff College, Fort Leavenworth, 1990.

¹⁶ A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 7.

¹⁷ T. SMITHERS, *Autonomy in Robots and Other Agents*, in *Brain and Cognition*, 1997, p. 89.

¹⁸ Autonomia è definita come «the ability of a machine to execute a task or tasks without human input (...)» da A. SPAZIAN, A. MICHEL HOLLAND, A. ANAND, UNIDIR *on Lethal Autonomous Weapons, Mapping our Research to the Discussions of the GGE in LAWS*, UNIDIR, 2021, p. 1. Sul punto v. inoltre: R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p.169; CICR, *Autonomy, Artificial Intelligence and Robotics: Technical Aspects of Human Control*, 2019, p. 7; M. TADDEO, A. BLANCHARD, *A comparative analysis of the Definitions of Autonomous Weapons Systems*, in *Science and Engineering Ethics*, 2022, p. 37.

¹⁹ W. ZHOU, A.R. GREIPL, *Artificial intelligence in military Decision-making: supporting humans not replacing them*, in *Humanitarian Law & Policy*, 29 agosto 2024, www.blogs.icrc.org; A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 7; A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision-Making*, cit., p. 4; A. NADIBAIKZE, *Do AI Decision Support Systems 'Support' Humans in Military Decision-Making on the Use of Force?*, in *OpinioJuris*, 29 novembre 2024, www.opiniojuris.org; E. PROBASCO, M. BURTELL, H. TONER, T.G.J. RUDNER, *Not Oracles on the Battlefield: Safety Considerations for AI-Based Military Decision Support Systems*, in *Proceedings of the Seventh AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, 2024, p. 1159.

²⁰ E. PROBASCO, M. BURTELL, H. TONER, T.G.J. RUDNER, *Not Oracles on the Battlefield*, cit., p. 1157; A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 27; A. KING, *Digital Targeting: Artificial Intelligence, Data and Military Intelligence*, in *Journal of Global Security Studies*, 2024, p. 3.

incontrate, senza l'intervento o supervisione dell'essere umano²¹. Così facendo, i DSS rispondono a due finalità principali: fornire informazioni e offrire raccomandazioni²².

Molti dei compiti svolti dai DSS non hanno necessariamente un impatto diretto sulle decisioni inerenti all'impiego della forza armata²³. A tale proposito è stata proposta una divisione tra DSS *non-critical* e *critical*, dove con il primo termine si indicano i DSS non relazionati con la condotta delle ostilità, mentre con il secondo quelli aventi una connessione diretta con essa²⁴. Tra i *non-critical DSS* si includono i sistemi impiegati nella logistica, nell'addestramento delle forze armate, o al fine di conoscere meglio l'ambiente operativo²⁵. Essi, evidentemente, non avranno un impatto diretto, ma solo indiretto, sull'impiego della forza armata e, segnatamente, sul rispetto del DIU. Considerazioni diverse devono essere fatte in merito ai *critical DSS*, vale a dire per i DSS usati nel processo del *targeting*²⁶. Essi, infatti, influenzano in modo sostanziale la condotta delle ostilità, fornendo la c.d. *actionable intelligence*, in grado di condizionare la decisione sul se e come usare la forza²⁷. Tali DSS vengono utilizzati nelle diverse fasi del suddetto processo, dalla raccolta ed analisi di informazioni di intelligence, all'identificazione dei potenziali obiettivi militari e all'assegnazione di priorità ad essi; fino al suggerimento dei mezzi/metodi di guerra migliori per poter effettuare un attacco (c.d. *weaponneering*) e la formulazione di raccomandazioni e/o proposta di alternative sulle migliori linee di azioni da intraprendere per un attacco²⁸. Si crea così una *kill chain*, ossia una catena di sistemi autonomi usati per prendere le decisioni necessarie all'impiego finale della forza²⁹. Similmente al caso delle armi autonome, infatti, il ricorso ai DSS è particolarmente utile per agevolare (o sostituire?) l'essere umano all'interno del processo decisionale impiegato dalle forze armate per prendere decisioni in teatro operativo – c.d. *OODA loop* – rendendolo più veloce ed efficiente³⁰.

²¹ A. L. SCHULLER, *At the Crossroads of Control: the Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Humanitarian Law*, cit., p. 404; R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 170.

²² T. K. WOODCOCK, *Human/Machine-(Learning) Interactions*, cit., p. 103; A. NADIBAIIDZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 158 e 169.

²³ A. NADIBAIIDZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 6.

²⁴ J. SHANAHAN, *Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: A Risk Framework for AI-Enabled Military Systems*, in *OpinioJuris*, 1 aprile 2024, www.opiniojuris.org.

²⁵ Per un approfondimento sugli impieghi non inerenti al *targeting* v. S. GRAND-CLÉMENT, *Artificial Intelligence Beyond Weapons. Application and Impact of AI in the Military Domain*, UNIDIR, 2023.

²⁶ A. ROBERTS, A. VENABLES, *The Role of Artificial Intelligence in Kinetic Targeting from the Perspective of International Humanitarian law*, 13th International Conference on Cyber Conflict, 2021, p. 44-45.

²⁷ A. NADIBAIIDZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 8.

²⁸ A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 17 e 18 e per un elenco (non esaustivo) dei compiti per cui i DSS vengono impiegati nel processo del *targeting*, p. 53-59.

²⁹ *Ivi* p. 21.

³⁰ W. ZHOU, A.R. GREIPL, *Artificial intelligence in military Decision-making: supporting humans not replacing them*, cit.; M. BO, J. DORSEY, *Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: The 'Need' for Speed – The Cost of Unregulated AI Decision-Support Systems to Civilians*, in *OpinioJuris*, 4 aprile 2024, www.opiniojuris.org; A. L. SCHULLER, *At the Crossroads of Control*, cit., p.393; A. NADIBAIIDZE, I. BODE,

Guardando alla prassi, l'impiego dell'IA nei DSS e, specialmente in quelli impiegati nel processo del *targeting*, è all'origine del Project Maven degli Stati Uniti (*Algorithmic Warfare Cross-Functional Team*) del 2017³¹. Altri esempi conosciuti sono il sistema Gotham sviluppato da Palantir e AN/GSQ-272 SENTINEL di produzione statunitense, in grado di processare e produrre informazioni di intelligence³². Il sistema francese Anticipe, apparentemente testato dalla NATO³³, invece, fornisce ai comandanti predizioni derivanti da simulazioni³⁴, mentre altre, sebbene poco esaustive, notizie vi sono in merito allo sviluppo di diversi DSS da parte del Regno Unito che, impiegati congiuntamente, permetterebbero di identificare obiettivi e di suggerire l'arma più adatta per colpire ciascuno di essi³⁵. Al momento, diversi DSS vengono impiegati in conflitti armati come quello tra Israele e Hamas o la Federazione Russa e l'Ucraina³⁶. Nel caso del primo, oltre al sistema Lavender, di cui si parlerà successivamente, informazioni riguardano l'impiego di sistemi quali The Gospel, Fire Weaver e Fire Factory, i primi due impiegati per l'identificazione di potenziali obiettivi militari e il terzo per diversi compiti, quali la determinazione della quantità di munizioni necessarie per un attacco, delle modalità e tempistiche migliori, nonché per l'allocazione e prioritizzazione di potenziali obiettivi militari³⁷. Poche informazioni si hanno su come i DSS vengano effettivamente impiegati nel conflitto russo-ucraino³⁸. È noto che le forze ucraine usano alcuni sistemi forniti da Palantir nonché altri sistemi di produzione ucraina, come Kropyva e GISA Arta, per vari scopi, come, ad esempio, la raccolta e processo di dati, per fornire la posizione delle forze armate nemiche, fino al loro impiego nel processo del *targeting*³⁹. Alcuni DSS sono utilizzati anche da parte delle forze russe, come RB-109A Bylina, per rilevare e suggerire metodi di attacco ai radar nemici ma anche in questo caso le informazioni disponibili sono quanto mai scarse⁴⁰.

Per quanto, nell'impiego dei DSS, il controllo e la decisione finale rimanga sempre nelle mani del decisore umano, come vedremo, le peculiari caratteristiche dell'IA possono

Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 8; V. W. WANG, H. LIU, W. LI, Y. CHEN, J. YANG, *Investigations on Works and Military Applications of Artificial Intelligence*, cit., p. 131614.

³¹A. NADIBAIKZE, *Do AI Decision Support Systems 'Support' Humans in Military Decision-Making on the Use of Force?*, cit.; per un approfondimento su tale Progetto si veda: A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 12-16.

³²T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions*, cit., p. 102-103.

³³A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 25.

³⁴E. PROBASCO, M. BURTELL, H. TONER, T.G.J. RUDNER, *Not Oracles on the Battlefield*, cit., p. 1158.

³⁵A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 25.

³⁶*Ibidem*.

³⁷T. MIMRAN, G. DAHAN, *Artificial Intelligence in the Battlefield: A Perspective from Israel*, in *OpinioJuris*, 20 aprile 2024, www.opiniojuris.org; O. Y. SHEHABI, A. LUBIN, *Israel – Hamas 2024 Symposium – Algorithms of War: Military AI and the War in Gaza*, in *Articles of War*, www.lieber.westpoint.edu. Per un approfondimento, si veda, inoltre, A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 19-23.

³⁸A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 16.

³⁹*Ivi* p. 17.

⁴⁰*Ivi* p. 19.

infiacire la capacità dell'essere umano di prendere decisioni consapevoli e, in ultima istanza, conformi al DIU⁴¹.

2.2. I DSS nel DIU: l'indagine sui mezzi e metodi di guerra

Definire che cosa sia un mezzo o un metodo di guerra non è compito facile. Solitamente, infatti, ci si riferisce a mezzi e metodi di guerra come insieme, senza concentrarsi troppo su che cosa distingua i primi dai secondi⁴². Il distinguo più comunemente usato è quello che si rinviene nel Commentario all'articolo 35 del Primo protocollo addizionale (d'ora in avanti Primo protocollo)⁴³: 'mezzi' come armi nel senso più ampio, e 'metodi' come le modalità in cui tali armi sono impiegate⁴⁴. Altre definizioni sono state poi avanzate che più o meno si conformano a quella del Commentario⁴⁵. La Guida del CICR sul processo di revisione dei mezzi e metodi di guerra, ad esempio, considera mezzi «weapons of all types (...) and weapons systems» e metodi «the ways in which these weapons are to be used pursuant to military doctrine, tactics, rules of engagement, operating procedures and countermeasures»⁴⁶. Nell'HPICR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, ricadono tra i mezzi di guerra gli strumenti materiali con cui un attacco viene condotto ampiamente intesi, mentre tra i metodi di guerra si considerano i modi in cui gli attacchi ed altre tipologie di azioni ostili sono condotte, in quanto sottocategoria di operazioni militari⁴⁷.

A tale riguardo, è possibile trarre una conclusione generale: i mezzi di guerra includono le armi e i sistemi d'arma inclusi gli equipaggiamenti necessari per condurre azioni ostili⁴⁸; tra i metodi, invece, rientrano non solo le modalità con cui i mezzi di guerra vengono

⁴¹ *Ivi* p. 29.

⁴² P. J. CAMERON, *The Limitations of Means and Methods of Warfare*, in *The Australian YearBook of International Law Online*, 1985, p. 254 ss.

⁴³ Primo protocollo addizionale alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali dell'8 giugno 1977.

⁴⁴ C. PILLOUD, J. DE PREUX ET AL., *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1987, para. 1402, p. 398.

⁴⁵ P. J. CAMERON, *The Limitations of Means and Methods of Warfare*, cit., p. 254; D. FLECK, M. BOTHE, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2021, p. 129; S. HAINES, *The Developing Law of Weapons: Humanity, Distinction, and Precautions in Attack*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflicts*, Oxford, 2014, p. 276; W. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflicts*, Oxford, 2016, p. 5; Y. DINSTEIN, *Warfare, Methods and Means*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law on the Law of Armed Conflict and the Use of Force*, Oxford, 2016, p. 13047 ss.

⁴⁶ K. LAWAND, R. COUPLAND, P. HERBY, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare. Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Ginevra, 2009, p. 9.

⁴⁷ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *HPICR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge, 2013 HPICR, p. 31 e p. 34.

⁴⁸ J. MCCLELLAND, *The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I*, in *International Review of the Red Cross*, 2003, p. 404.

impiegati, ma anche le tattiche messe in atto al fine di condurre le ostilità⁴⁹. Applicando le suddette considerazioni ai DSS, ne risulta che essi possano agevolmente essere inseriti nella categoria dei mezzi e metodi di guerra⁵⁰. Di più difficile determinazione è, invece, la classificazione dei DSS o come mezzi o come metodi. In dottrina, infatti, vi sono opinioni discordanti al riguardo. Per quanto concerne l'ipotesi di considerare i DSS come mezzi⁵¹, è stata sottolineata la loro capacità di produrre *actionable intelligence* ed influenzare direttamente la condotta delle ostilità, non diversamente, si è detto, da come si considerano determinate operazioni cibernetiche o sistemi intelligenti impiegati in armi autonome⁵². Inoltre, ad esempio, il già citato HPCR Manual include tra i mezzi di guerra anche i sistemi che vengono impiegati per facilitare, dirigere e controllare gli attacchi, compresi i DSS⁵³. Per quanto riguarda la seconda ipotesi, William Boothby, al contrario, riferendosi all'elemento caratterizzante dell'autonomia nella conduzione degli attacchi, considera i sistemi che impiegano le forze armate basate su IA nel processo decisionale come metodi di guerra⁵⁴.

A parere di chi scrive entrambe le argomentazioni sono valide. Non si vede, infatti, perché non sia possibile considerare i DSS, a seconda del caso specifico, o come un mezzo o come un metodo di guerra. In altri termini, un DSS potrà configurarsi sia come uno strumento nelle mani dell'operatore umano (mezzo) sia come una specifica ed innovativa modalità di attacco, caratterizzata da un *teaming* uomo-macchina e fondata su un elevato livello di automazione del processo decisionale. Molto dipenderà, infatti, dal ruolo specifico che il DSS è chiamato a svolgere nella condotta delle ostilità.

L'appartenenza all'una o all'altra categoria ha, in ogni caso, una comune fondamentale conseguenza, ossia che essi sono vincolati dalle norme che concernono la categoria dei mezzi e metodi di guerra e le modalità in cui vengono impiegati. Ancorché, infatti, i DSS non siano progettati per controllare un'arma, come invece un'arma autonoma, l'influenza che essi esercitano su 'verso chi' e 'come' impiegare la forza è innegabile: ne consegue, che la loro caratterizzazione nella generale categoria dei mezzi e metodi di guerra è cruciale.

⁴⁹ Sul punto v. G. GAGGIOLI, N. MELZER, *Methods of Warfare*, in B. SAUL, D. AKANDE (eds.) *the Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, 2020, p. 253-260.

⁵⁰ A. BACKSTROM, I. HENDERSON, *New Capabilities in Warfare: an Overview of Contemporary Technological Developments and the Associated Legal and Engineering Issues in Article 36*, in *The International Review of the Red Cross*, 2012, p. 490 ss.

⁵¹ K. KLONOWSKA, *Article 36: Review of AI Decision Support Systems and other Emerging Technologies of Warfare*, in *ASSER research paper series*, 2021; T. MCFARLAND, *Factors shaping the legal implications of increasingly autonomous military systems*, in *The International Review of the Red Cross*, 2015.

⁵² T. MCFARLAND, *Factors shaping the legal implications of increasingly autonomous military system*, cit. p. 1315.

⁵³ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, p. 45 ss.

⁵⁴ Boothby, in merito all'impiego di sistemi intelligenti nel processo decisionale, parla di 'autonomous attacks methods'. V. W. BOOTHBY, *Some legal challenges posed by remote attack*, in *The International Review of the Red Cross*, 2012, p. 585; W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, in *International Law Studies*, 2025, p. 138.

2.3. Le norme applicabili

Le norme del DIU relative ai mezzi e metodi di guerra vengono solitamente suddivise in due diversi profili: le norme che concernono la conformità dei mezzi/metodi di guerra al DIU in quanto tali, e quelle che concernono le modalità in cui essi vengono impiegati. È appena il caso di ricordare che, ad oggi, non esiste alcuna norma pattizia inerente all'impiego dei DSS. Riprendendo, tuttavia, l'interpretazione più restrittiva della Clausola Martens⁵⁵, tutto ciò che non è esplicitamente proibito da norme specifiche del DIU deve comunque sottostare ai dettami dei principi di umanità, del diritto consuetudinario e della coscienza pubblica⁵⁶. Da ciò consegue, dunque, che anche nuove tecnologie che, come i DSS e l'IA, non trovano esplicita regolamentazione, dovranno rispettare i dettami fondamentali del diritto dei conflitti armati⁵⁷. Insorge l'obbligo, dunque, per le parti in conflitto, prima di impiegare un DSS, di verificare la capacità di tale sistema di rispettare le norme ed i principi del diritto internazionale, *ex* articolo 36 del Primo protocollo⁵⁸. Ne consegue che i DSS dovranno essere testati e verificati nel loro funzionamento, al fine di assicurare che non siano di natura tale da essere proibiti dal DIU e, segnatamente, che siano in grado, nel loro normale utilizzo, di rispettare i principi che riguardano l'impiego dei mezzi e metodi di guerra⁵⁹.

⁵⁵ Clausola ideata da Fjodor-Fjodorovic Martens all'interno del preambolo della seconda Convenzione dell'Aja del 1899 e poi riproposta, con formulazione quasi del tutto identica, all'interno del preambolo della Convenzione dell'Aja del 1907, del Preambolo della Convenzione su talune armi convenzionali del 1980, nelle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto del 1949 e, infine, nell'articolo 1(2) del Primo protocollo addizionale.

⁵⁶ A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 189-190; T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *The American Journal of International Law*, 2000, p. 87; M. SALTER, *Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2012, p. 408 ss; I. HENDERSON, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Leiden, p. 40; M. SCHMITT, *Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance*, in *Virginia Journal of International Law*, 2010, p. 400; T. D. EVANS, *At War with the Robots: Autonomous Weapons Systems and the Martens Clause*, in *Hofstra Law Review*, 2013, p. 724.

⁵⁷ CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, par. 86.

⁵⁸ L'articolo 36 del Primo Protocollo Addizionale recita: «Nello studio, messa a punto, acquisizione o adozione di una nuova arma, di nuovi mezzi o metodi di guerra, un'Alta Parte contraente ha l'obbligo di stabilire se il suo impiego non sia vietato, in talune circostanze o in qualunque circostanza, dalle disposizioni del presente Protocollo o da qualsiasi altra regola del diritto internazionale applicabile a detta Alta Parte contraente» (traduzione dell'autrice).

⁵⁹ W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p.134; Sul punto: N. GOUSSAC, *Safety net or tangled web: Legal reviews of AI in weapons and war-fighting*, in *Humanitarian Law & Policy*, 18 aprile 2019, www.blogs.icrc.org; CICR, *Artificial Intelligence and Related Technologies in Military Decision Making on the Use of Force in Armed Conflicts, Current Developments and Potential Implications*, cit., p. 10; K. KLONOWSKA, *Shifting the narrative: not weapons, but technologies of warfare*, *Humanitarian Law & Policy*, 20 gennaio 2022, www.blogs.icrc.org.

Le norme che regolano i mezzi e i metodi di guerra discendono dal principio di natura consuetudinaria, presente già all'interno della Convenzione dell'Aja del 1899⁶⁰, e poi riaffermato all'articolo 35(1) del Primo protocollo, per il quale le parti in un conflitto non godono di un diritto illimitato nella scelta dei mezzi e metodi di guerra. Da esso derivano gli altri due principi ampiamente riconosciuti come parte del DIU consuetudinario: il divieto di impiegare mezzi e metodi di guerra che provochino mali superflui o sofferenza inutili e che siano di natura indiscriminata⁶¹. Il primo principio trova origine già nella Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868, all'articolo 22 della II Convenzione dell'Aja del 1899, all'articolo 23 dei Regolamenti annessi alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, ed è stato ripreso all'articolo 35(2) del Primo protocollo. Il Commentario all'articolo 35(2) specifica che esso proibisce l'impiego di sofferenza *eccessiva* rispetto all'obiettivo di rendere i combattenti *hors de combat*, quale unico scopo legittimo dell'impiego della forza nei conflitti armati⁶². Non è, dunque, la sofferenza di per sé ad essere proibita, ma la sofferenza superflua derivante dall'ordinario impiego dell'arma, ossia da come essa è stata disegnata⁶³.

In merito al secondo principio, per la prima volta espresso all'articolo 51(4)(b) e (c) del Primo protocollo⁶⁴, si è soliti considerarlo alla stregua di un divieto di impiegare mezzi e metodi di guerra che non sono in grado, per loro natura, di distinguere tra obiettivi legittimi e non legittimi o i cui effetti siano tali da non permettere tale distinzione⁶⁵. Si tratta di uno dei pochi casi in cui le necessità militari, le motivazioni di carattere umanitario e gli obblighi di natura giuridica convergono, essendo comune l'interesse a far sì che i mezzi e metodi di guerra colpiscano obiettivi legittimi e non abbiano effetti indiscriminati, quale naturale corollario dell'obbligo di distinguere tra obiettivi legittimi e non legittimi⁶⁶.

È evidente come l'impiego di mezzi e metodi di guerra di natura tale da causare mali superflui e sofferenze inutili o di natura indiscriminata sia strettamente legata alla tipologia di munizione o sostanza che viene impiegata, più che alle modalità autonome del processo decisionale⁶⁷. In maniera non dissimile da quanto accade con le armi autonome, dunque, è difficile argomentare nel senso della non conformità di questi sistemi ai suddetti principi,

⁶⁰ Articolo 22 dei Regolamenti annessi alla II Convenzione dell'Aja del 1899 concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre.

⁶¹ CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 78.

⁶² C. PILLOUD, J. DE PREUX ET AL., *Commentary on the Additional Protocols*, cit., par. 1411, p. 400.

⁶³ W. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflicts*, cit., p. 59 e 62-63. Per un approfondimento su questo principio si veda, tra altri: A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, riprodotto in P. GAETA, S. ZAPPALÀ (a cura di) *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2012, p. 192 ss.

⁶⁴ Prima del 1977, infatti, non esisteva alcuna norma che proibisse armi di natura e di effetti indiscriminati.

⁶⁵ A. CASSESE, *The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare*, in P. GAETA, S. ZAPPALÀ (a cura di) *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2012, p. 172.

⁶⁶ W. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflicts*, cit., p. 69; A. CASSESE, *The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare*, cit., p. 174 ss.

⁶⁷ D. MAURI, *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person*, cit., p. 130-131 e 133.

in quanto le capacità autonome di armi autonome e DSS non rilevano per il loro rispetto⁶⁸. Ciò non toglie, ovviamente, che un DSS debba essere tale per cui le suddette norme potranno essere rispettate, ad esempio facendo in modo che essi non suggeriscano l'impiego di armi di per sé proibite.

Per quanto concerne il *come* i DSS vengono impiegati⁶⁹, le norme e principi di riferimento sono quelli da rispettare nella pianificazione e conduzione di un attacco; in altri termini, il processo del *targeting*. Ci si riferisce, nel dettaglio, ai ben noti principi di distinzione, precauzione e proporzionalità. Il principio di distinzione, codificato per la prima volta nel Primo protocollo⁷⁰, pone alle parti in conflitto l'obbligo di distinguere in ogni momento tra civili e beni civili da un lato e combattenti e obiettivi militari dall'altro, dove solo i secondi possono essere fatti oggetto d'attacco⁷¹. Non stupisce, dunque, che la Corte internazionale di giustizia abbia scritto tale principio a norma fondamentale del diritto consuetudinario⁷². Più nel dettaglio, esso è disciplinato nel Primo protocollo, all'articolo 48 rubricato «basic rule» – da considerarsi come «(...) the foundation on which the codification of the laws and customs of war rests»⁷³ – e poi ripreso all'articolo 51 (2), in cui si esplicita il divieto di attaccare civili e popolazione civile. Il principio di distinzione, dunque, presenta due elementi complementari: il dovere di distinguere obiettivi legittimi e non, vietando l'attacco verso civili e beni civili e, conseguentemente, rendendo i soli obiettivi militari, come definiti all'articolo 52(2) del Primo protocollo, legittimamente oggetto di attacco⁷⁴.

Il secondo principio da considerare è quello di proporzionalità. Tale principio, disciplinato all'articolo 51(5)(b) e 57(2)(b) del Primo protocollo, pone l'obbligo per le parti in conflitto di assicurarsi che, in un attacco, il danno collaterale atteso non sia *eccessivo*

⁶⁸ M. SCHMITT, *Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: a reply to critics*, in *Harvard National Security Journal Feature*, 2013, p. 9; T. MCFARLAND, *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, cit., p. 89.

⁶⁹ W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 147.

⁷⁰ Prima del 1977, infatti, non esisteva alcuna regola specifica sull'obbligo di distinzione tra civili/beni civili e combattenti/obiettivi militari. V. D. FLECK, M. BOTHE, *The Handbook of International Humanitarian Law*, cit., p. 83.

⁷¹ Per un approfondimento sul principio di distinzione, si veda, tra altri: N. MELZER, *The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di) *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflicts*, Oxford, 2014, p. 296-331.

⁷² CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 78-79. La natura consuetudinaria di tale principio è anche asserita dalla Commissione tra Etiopia ed Eritrea: Ethiopia-Eritrea Claim Commission, *Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and related claims*, Eritrea's Claims 1,3,5,9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 dicembre 2005. V. anche J-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume 1: Rules*, Cambridge, 2025, Regole 1-10.

⁷³ C. PILLLOUD, J. DE PREUX ET AL., *Commentary on the Additional Protocols*, cit., par. 1863, p. 598.

⁷⁴ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge, 2022, p. 117.

rispetto al vantaggio militare diretto e concreto previsto⁷⁵. Il concetto di ‘eccessività’ è l’elemento centrale⁷⁶: non viene espresso, infatti, un concetto superiorità numerica, ma di sproporzione tra due fattori che, si aggiunge, sono intrinsecamente diversi e non tramutabili in termini esclusivamente matematici⁷⁷. Il suddetto bilanciamento, perciò, non ha natura solamente oggettiva, ma implica anche delle considerazioni squisitamente soggettive. In tal senso, la giurisprudenza internazionale ha fatto sovente riferimento allo standard del ‘comandante responsabile’ per effettuare le valutazioni necessarie al fine di effettuare il suddetto bilanciamento, ossia al ruolo e giudizio di un soggetto di comprovata esperienza⁷⁸.

Il principio di precauzione, infine, può essere descritto come una traduzione in obblighi positivi degli obblighi negativi previsti dai principi di distinzione e proporzionalità. Esso, in altri termini, impone una serie di azioni positive che devono essere intraprese dagli Stati al fine di assicurarsi che i principi di distinzione e proporzionalità siano rispettati⁷⁹. In particolare, l’articolo 57(1) del Primo protocollo prevede l’obbligo della *constant care*, ossia il dovere per le parti in conflitto di fare tutto ciò che è per loro possibile per far sì che i civili e la popolazione civile siano risparmiati dagli attacchi⁸⁰. L’articolo 57(1), dunque, completa i principi di distinzione e proporzionalità, stabilendo la base su cui vengono poi costruiti gli

⁷⁵ Per una disamina sul principio di proporzionalità v. Y. DINSTEIN, *The principle of proportionality*, in K. MUJEZINOVIC LARSEN, C. GULDAHL COOPER, G. NYSTUEN (a cura di), *Searching for a Principle of Humanity in International Humanitarian Law*, Cambridge, 2012, p. 72-85; N. MELZER, *Diritto Internazionale Umanitario. Un’ampia introduzione*, Ginevra, 2023, p. 116-117; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, cit., p. 172-188.

⁷⁶ Il Commentario al Primo protocollo addizionale del 1987 fa riferimento all’esistenza di una ‘sproporzione’ tra il vantaggio militare e il danno collaterale previsto; v. C. PILLOUD, J. DE PREUX ET AL., *Commentary on the Additional Protocols*, cit., para. 1979, p. 626. Per un approfondimento v. Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, cit., p. 179-181.

⁷⁷ D. AMOROSO, *Autonomous Weapons Systems and International Law*, cit., p. 91; D. MAURI, *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person- An International Law Analysis*, cit., p. 151-152

⁷⁸ Lo standard del *reasonable commander* non è presente nel testo dell’articolo 51(5)(b) o 57 (2)(a)(iii); se ne ritrova un primo riferimento nel: Ufficio del procuratore, Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia* del 2000, e ripreso in Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia, Sentenza e parere del 5 dicembre 2003, *Prosecutor v. Galić*, par. 58. Sul punto, v. I. HENDERSON, K. REECE, *Proportionality under International Humanitarian Law: The “Reasonable Military Commander” Standard and Reverberating Effects*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2018, p. 835-855 e pure E. CANNIZZARO, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflicts*, cit., p. 338-339.

⁷⁹ Oltre all’obbligo di verificare che gli obiettivi identificati siano legittimi e che nella pianificazione ed esecuzione degli attacchi si usino mezzi e metodi di guerra che minimizzino i danni collaterali che, in ogni caso, non devono essere eccessivi rispetto al vantaggio militare anticipato, le parti in conflitto sono chiamate a sospendere un attacco qualora non rispetti i suddetti obblighi e, se possibile, ad avvisare la popolazione civile di attacchi che potrebbero metterla in pericolo (Articolo 57(2)(a)(b)(c) Primo protocollo addizionale).

⁸⁰ L’articolo 57 del Primo protocollo addizionale, nella sua versione in lingua inglese, enuncia: «in the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects».

obblighi positivi nei paragrafi successivi dello stesso articolo⁸¹, compreso con l'obbligo di non effettuare un attacco, sospenderlo o cancellarlo qualora il principio di proporzionalità non possa essere rispettato⁸².

Prima di procedere è, tuttavia, necessaria una precisazione. Le modalità in cui vengono impiegati i DSS e, da ultimo, il rispetto del DIU è in capo all'operatore umano, nel nostro caso del militare; essi, infatti, come è stato giustamente osservato, i DSS essendo limitati a funzioni di 'suggerimento', non possono di per sé violare le norme relative all'impiego dei mezzi e metodi di guerra⁸³. Non si deve, dunque, cadere nell'erronea conclusione che il rispetto dei principi di distinzione, proporzionalità e precauzione siano, nel caso dei DSS, una responsabilità del sistema autonomo. Quello che, al contrario, si evidenzierà nelle pagine che seguono è che tale responsabilità rimanga sempre in capo all'essere umano, ma che, date le particolarità dell'IA, il suddetto rispetto possa comunque risultare fortemente compromesso⁸⁴.

3. L'applicazione dell'IA nei mezzi e metodi di guerra: Lavender come esempio della prassi

Avendo identificato quelle che sono le norme rilevanti, è doveroso indagare se i DSS possono essere adoperati in modo da rispettare le norme inerenti alla condotta delle ostilità. Partendo dalle informazioni disponibili sull'impiego del DSS Lavender nel contesto del conflitto israelo-palestinese, si analizzeranno i limiti che emergono dall'impiego di IA nei DSS e la capacità degli operatori umani di rispettare i principi del DIU.

3.1. L'impiego di Lavender nel conflitto israelo-palestinese

Il 3 aprile 2024 è stata pubblicata sul sito web di Magazine 972+⁸⁵ l'inchiesta dal titolo *'Lavender': the AI machine directing Israel's bombing spree in Gaza*⁸⁶. Tale inchiesta denuncia e descrive l'impiego di un DSS basato su algoritmi di IA da parte delle Israeli Defence Forces (IDF) nel corso del conflitto nella Striscia di Gaza, generatosi come conseguenza della reazione israeliana agli eventi del 7 ottobre 2023, quale strumento di supporto nell'identificazione di potenziali obiettivi militari. Lavender, basandosi su dati derivanti da

⁸¹ Per un approfondimento v. W. BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford, 2012, p. 118 ss; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, cit., p. 160 ss.

⁸² Articolo 57(2)(b) del Primo protocollo addizionale, cit.

⁸³ Sul punto in relazione al principio di distinzione e proporzionalità v. D. MAURI, *Numeri, persone, umanità. Sistemi di supporto alle decisioni umane in campo militare da parte dell'IDF e diritto internazionale umanitario*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, p. 333, 335.

⁸⁴ *Ivi*, p. 349. Sul punto v. inoltre A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 46-48.

⁸⁵ Rivista indipendente redatta da giornalisti israeliani e palestinesi, disponibile a www.972mag.com.

⁸⁶ Y. ABRAHAM, *'Lavender': The AI machine directing Israel's bombing spree in Gaza*, in Magazine 972+, 3 aprile 2024, www.972mag.com.

sistemi di sorveglianza di massa, elabora liste di individui potenzialmente affiliati ad Hamas e al movimento per la Jihad Islamica in Palestina, assegnando a ciascuno un punteggio da 1 a 100 in base alla probabilità di questa affiliazione e creando quella che è stata definita da Magazine 972+ come una *kill list*⁸⁷. Secondo l'inchiesta, 37000 palestinesi sono stati segnalati dal sistema Lavender come sospetti militanti; sulla base di ciò, essi sono stati poi colpiti grazie anche, come vedremo, all'uso di sistemi di tracciamento come Where's Daddy?. Dalle informazioni a disposizione, emergono tre i principali problemi in merito all'uso di Lavender: l'errata identificazione degli obiettivi da parte del sistema; la mancanza di successiva verifica da parte degli operatori umani; le modalità di conduzione degli attacchi da parte dell'IDF.

In diversi casi, infatti, gli attacchi sono stati condotti verso individui oggetto di protezione del DIU. A causa della genericità dei dati forniti a Lavender, sono stati erroneamente inseriti nella *kill list* anche individui non strettamente collegati al conflitto. Ad esempio, poliziotti e operatori della protezione civile, avendo *communication patterns* simili a quelli dei militanti di Hamas o della Jihad Islamica, sono stati talvolta identificati come potenziali obiettivi militari. Inoltre, essendo stati adottati requisiti più elastici al fine di considerare un individuo come 'militante', Lavender è stato addestrato a identificare tra i potenziali obiettivi anche coloro in precedenza non considerati come «Hamas operative».

Tali problemi sono amplificati a causa della mancanza di verifica da parte degli operatori umani. Eventuali verifiche venivano effettuate unicamente quando si trattava di obiettivi di alto livello, mentre, nel caso dei ben più numerosi obiettivi di minore importanza, si controllava solamente che, mancando donne tra i militanti di Hamas o della Jihad islamica, l'obiettivo identificato fosse un uomo⁸⁸. Così facendo, venivano forniti sempre più obiettivi da poter attaccare in un tempo drasticamente ridotto⁸⁹. Solo pochi secondi venivano impiegati per la verifica gli obiettivi, senza considerare il possibile margine di errore del sistema⁹⁰. Come emerge chiaramente dall'inchiesta, alla luce di ciò, i suggerimenti di Lavender venivano considerati come veri e propri ordini, venendo accolti senza alcun vaglio critico da parte degli operatori umani.

In merito alle modalità in cui gli attacchi agli obiettivi identificati venivano condotti⁹¹, l'inchiesta denuncia come gli attacchi fossero effettuati appositamente nel momento in cui gli individui selezionati si recavano nelle loro abitazioni e, spesso, impiegando «dumb

⁸⁷ S. GOODFRIEND, *Why human agency is still central to Israel's AI-powered warfare*, in Magazine 972+, 25 aprile 2024, www.972mag.com.

⁸⁸ Y. ABRAHAM, 'Lavender', cit.

⁸⁹ Sul punto, si veda anche D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni basati sull'IA e crimini di guerra: alcune riflessioni alla luce di una recente inchiesta giornalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, p. 356

⁹⁰ Y. ABRAHAM, 'Lavender', cit.; S. GOODFRIEND, *Why human agency is still central to Israel's AI-powered warfare*, cit.

⁹¹ S. GOODFRIEND, *Why human agency is still central to Israel's AI-powered warfare*, cit.

bombs», ossia ordigni esplosivi con un ampio raggio di azione e non dotati di sistemi di precisione⁹². Grazie al sistema di tracciamento noto come Where's Daddy? Era possibile, infatti, conoscere in tempo reale la posizione di tali obiettivi. Molti degli attacchi condotti sono stati effettuati con poco riguardo alla presenza di altri civili nelle abitazioni stesse o in quelle circostanti, provocando un alto numero di danni collaterali che, come è stato notato, potrebbero essere tali da violare il principio di proporzionalità e configurabili come potenziali crimini di guerra⁹³. Per quanto siano stati impiegati software poco precisi volti a stimare la presenza di civili negli edifici, non è stata effettuata alcuna verifica delle stime fornite o sorveglianza degli edifici. In relazione a ciò, Magazine 972+ segnala, inoltre, come la politica adottata dall'IDF sul danno collaterale accettato fosse del tutto arbitraria e non determinata caso per caso, tollerando a priori dalle 15 alle 20 vittime civili per obiettivi di basso livello, fino ad arrivare fino a 100 vittime per quelli di alto livello⁹⁴.

3.2. Il ruolo dell'IA e il rispetto del DIU

Si possono generalmente identificare tre macrocategorie di sfide poste dall'IA nei DSS per il rispetto del DIU: limiti legati ai dati; limiti legati al design, progettazione ed impiego dei DSS; e limiti legati alla relazione tra DSS e l'essere umano (c.d. relazione uomo-macchina)⁹⁵.

La mancanza o scarsità di veridicità, accuratezza, rappresentatività ed integrità dei dati forniti nella fase di addestramento dell'IA⁹⁶, nonché il rischio che tali dati riflettano stereotipi sociali e pregiudizi⁹⁷, possono inevitabilmente compromettere l'*output* del sistema stesso⁹⁸. Come noto, l'IA, per poter funzionare, deve essere addestrata su un'enorme mole di dati che le permettono di imparare a svolgere delle mansioni specifiche. Ne consegue che i dati forniti nella fase di addestramento debbano essere tali da riflettere la realtà in cui il sistema di IA verrà impiegato, cosa che può essere estremamente difficile in contesti volatili

⁹² Per un approfondimento in materia v. Ufficio dell'Alto Rappresentante per i Diritti umani, *Indiscriminate and disproportionate attacks during the conflict in Gaza (October – December 2023)*, OHCHR, 19 giugno 2024, www.ohchr.org; K. S. COBLE, A. HERNANDEZ, G. LOGAN, *Targeting in an Urban Environment: Why Weaponizing and Tactics Matter*, in *Articles of War*, 6 settembre 2024, www.lieber.westpoint.edu

⁹³ D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p. 364 ss

⁹⁴ Y. ABRAHAM, 'Lavender', cit.; S. GOODFRIEND, *Why human agency is still central to Israel's AI-powered warfare*, cit.

⁹⁵ W. ZHOU, A.R. GREIPL, *Artificial intelligence in military Decision-making: supporting humans not replacing them*, cit.

⁹⁶ A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 32-34.

⁹⁷ R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 179.

⁹⁸ J. S VIVEROS ALVAREZ, *The risks and inefficacies of AI systems in military targeting support*, in *Humanitarian Law & Policy*, 4 settembre 2024, www.blogs.icrc.org; R. STEWART, G. HINDS, *Algorithms of war: The use of artificial intelligence in decision making in armed conflict*, in *Humanitarian Law & Policy*, 24 ottobre 2023, www.blogs.icrc.org; A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 36.

come i conflitti armati⁹⁹. Tornando al caso di Lavender, il sistema è stato addestrato con dati molto generici, inserendo *features* molto ampie e riconducibili non solo ad affiliati dei gruppi armati, ma anche ad operatori dediti alle operazioni di difesa e della protezione civile i quali, conseguentemente, sono stati inseriti nella *kill list*¹⁰⁰.

In merito alla seconda categoria, è intrinseca in qualsiasi sistema autonomo la possibilità di sbagliare o di funzionare in modo imprevedibile. Ad esempio, nel caso dell'impiego di Lavender, è riportato che il margine di errore del DSS fosse era del 10%. In altri termini, il sistema avrebbe sbagliato a identificare un individuo nel 10% dei casi e che, quindi, un individuo su dieci sarebbe stato erroneamente oggetto di attacco. Inoltre, problemi tecnici legati al modo in cui l'algoritmo di IA soppesa determinate *features* dei dati o alle modalità in cui processa i dati possono comportare errori negli *output*¹⁰¹. Qualora più di un DSS sia impiegato congiuntamente, l'errore negli *output* di un DSS inficerà inevitabilmente il corretto funzionamento degli altri, creando il c.d. effetto a cascata¹⁰².

Uno degli aspetti più discussi in relazione all'impiego dell'IA è, tuttavia, la sua generale imprevedibilità¹⁰³. Specialmente nell'impiego dei sistemi dotati di *machine learning*, non è spesso possibile prevedere quello che sarà l'*output* finale¹⁰⁴. Ciò implica che non sarà possibile prevedere se un DSS fornirà dei suggerimenti, informazioni o raccomandazioni coerenti con le aspettative degli operatori umani e, in ultima istanza, col DIU. Se è vero, dunque, che un sistema di *machine learning* sarà in grado di imparare e adattarsi ad una nuova situazione, è altrettanto vero che sarà impossibile per l'operatore umano capire in che modo e che cosa il sistema ha imparato¹⁰⁵.

L'elemento forse più rilevante nell'impiego dei DSS è la relazione uomo-macchina. Gli esseri umani, non riuscendo a far fronte a tutti gli stimoli e le informazioni provenienti dall'ambiente operativo, tendono ad affidarsi ai DSS, specialmente in situazioni di grave pressione fisica e psicologica¹⁰⁶. Ciò, tuttavia, può comportare l'insorgenza di determinate

⁹⁹ R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p.179; W. ZHOU, A.R. GREIPL, *Artificial intelligence in military Decision-making: supporting humans not replacing them*, cit.; E. PROBASCO, M. BURTELL, H. TONER, T.G.J. RUDNER, *Not Oracles on the Battlefield*, cit., p. 1159-1160.

¹⁰⁰ Tale elemento potrebbe contribuire alla configurazione di un crimine di guerra *ex* articolo 8(2)(b)(i) dello Statuto della Corte penale internazionale: v. D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p. 357 ss.

¹⁰¹ Si parla in questi casi di, rispettivamente, *algorithmic focus bias* e *algorithmic processing bias*. V. R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 180.

¹⁰² A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 23; A. NADIBAZIDZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 9.

¹⁰³ A. L. SCHULLER, *At the Crossroads of Control*, cit., p. 398 ss.

¹⁰⁴ J.S. VIVEROS ALVAREZ, *The risks and inefficacies of AI systems in military targeting support*, cit; I. BODE, I. BHILA, *The problem of algorithmic bias in AI-based military decision support systems*, cit. Si parla, in questi casi, di 'emergent bias': v. R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 180.

¹⁰⁵ A. SEIXAS-NUNES, *The Legality and Accountability of Autonomous Weapon Systems*, cit., p. 23 ss.; A. L. SCHULLER, *At the Crossroads of Control*, cit., p. 404.

¹⁰⁶ A.M. Holland, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 45 ss.

tendenze di comportamento da parte degli esseri umani nell'interazione con questi sistemi (c.d. *bias* cognitivi) e la mancanza di un adeguato tempo di reazione¹⁰⁷. Comunemente, ad esempio, si assiste alla falsa presunzione che il sistema autonomo sia infallibile (*automation bias*) o che, al contrario, sia sempre incline a sbagliare (*algorithmic aversion*) o, ancora, possono esservi errori nell'interpretazione delle informazioni fornite dal DSS (*interpretation bias*)¹⁰⁸. Ciò è aggravato dalla restrizione del tempo di reazione per gli operatori umani. Essa è inevitabile corollario dell'impiego dell'IA nei DSS, in quanto tale tecnologia permette di incrementare la velocità della condotta delle ostilità e, di conseguenza, di restringere il tempo necessario per prendere delle decisioni. Così facendo, l'essere umano vedrà drasticamente ridotto del tempo che può dedicare alla verifica delle informazioni fornite dal DSS.

Nel caso di Lavender, tali elementi sono particolarmente presenti. Ad esempio, l'inchiesta ha messo in luce la totale fiducia nel sistema autonomo da parte dell'IDF, risultando nella mancata verifica degli obiettivi identificati. Gli operatori, infatti, dedicavano pochissimi secondi alla verifica degli obiettivi limitandosi, nel caso degli obiettivi di bassa importanza, a verificare che l'individuo fosse di sesso maschile. In tal modo, il ruolo dell'operatore umano si circoscrive a quello di mero esecutore delle decisioni o dei suggerimenti presi dal sistema autonomo, senza che vi sia un reale controllo su di esso¹⁰⁹. In altri termini, si crea il rischio che gli operatori umani agiscano come *rubber stamp*, limitandosi ad avallare come decisioni quelli che sono dei suggerimenti che provengono dai DSS¹¹⁰.

Dalla breve disamina sopra effettuata, è evidente come vi siano considerevoli aspetti dell'IA che, singolarmente o cumulativamente, possono compromettere il rispetto dei principi di distinzione, precauzione e proporzionalità. Ad esempio, l'utilizzo di dati poco rappresentativi, o in qualche modo viziati, può compromettere la qualità delle informazioni che vengono fornite all'operatore umano nonché la capacità dell'operatore umano di rispettare il principio di distinzione¹¹¹. Non a caso è stato suggerito che gli individui che sono «recommended» da un sistema di IA debbano essere considerati come «object of

¹⁰⁷ Per un approfondimento, si veda A. NADIBAI DZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 30 ss.

¹⁰⁸ M. BO, J. DORSEY, *Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: The 'Need' for Speed – The Cost of Unregulated AI Decision-Support Systems to Civilians*, cit.; R. STEWART, G. HINDS, *Algorithms of war*, cit.; A. NADIBAI DZE, *Do AI Decision Support Systems 'Support' Humans in Military Decision-Making on the Use of Force?*, cit.; R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 181.

¹⁰⁹ R. STEWART, G. HINDS, *Algorithms of war*, cit. Per un'opinione contraria v. M.N. SCHMITT, *Israel – Hamas 2024 Symposium – The Gospel, Lavender, and the Law of Armed Conflict*, in *Articles of War*, 28 giugno 2024, www.lieber.westpoint.edu.

¹¹⁰ W. ZHOU, A.R. GREIPL, *Artificial intelligence in military Decision-making: supporting humans not replacing them*, cit.; D. MAURI, *Numeri, persone, umanità*, cit., p. 339.

¹¹¹ R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 187.

attack» ai sensi delle protezioni garantite dall'articolo 51 (2)¹¹². Alla luce delle norme descritte nelle pagine precedenti, se i DSS non sono in grado di distinguere o di essere usati in modo tale da distinguere tra obiettivi legittimi e non legittimi, ne consegue che essi non dovranno essere impiegati¹¹³. A causa di dati troppo generici, il sistema Lavender in diversi casi ha identificato erroneamente alcuni individui come potenziali affiliati di Hamas¹¹⁴. Se a ciò si aggiunge il margine di errore del sistema, la generale imprevedibilità dell'IA e la possibile insorgenza di *cognitive bias*, ne risulta un quadro critico per l'effettiva capacità dell'essere umano di prendere decisioni conformi ai principi di distinzione e precauzione¹¹⁵. Come è stato giustamente sottolineato, l'impiego di IA nel processo decisionale non assolve il decisore umano dal dovere di esercitare *constant care* e di assicurarsi che gli altri obblighi *ex art. 57* siano rispettati¹¹⁶. Il decisore deve, però, esercitare un controllo «of quality»¹¹⁷ nell'impiego dei DSS, ossia che sia a tutti gli effetti in grado di far rispettare i suddetti principi, disponendo di tutte le informazioni e il tempo necessari per effettuare le dovute verifiche e considerazioni, e correggere possibili *bias* cognitivi¹¹⁸. Infine, per quanto ai DSS non venga 'chiesto' di effettuare il calcolo di proporzionalità¹¹⁹, è pur vero che essi vengono ampiamente utilizzati nelle valutazioni necessarie per il suddetto calcolo al fine di migliorare la consapevolezza situazionale del comandante, ad esempio, stimando il danno collaterale atteso, per rilevare la presenza di civili o prevedere gli effetti distruttivi di armi¹²⁰. Tutti questi elementi possono influenzare il calcolo di proporzionalità. Nel caso di Lavender è emerso che l'impiego di software poco aggiornati sulla presenza di civili, uniti ad una mancanza di verifica delle informazioni, ha comportato ingenti perdite tra la popolazione civile. Il calcolo di proporzionalità, inoltre, a causa dell'enorme mole di obiettivi identificati grazie all'IA, non è stato effettuato caso per caso, ma in base a predeterminate soglie di

¹¹² W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 155.

¹¹³ *Ivi*, p. 148.

¹¹⁴ Tale elemento, come sottolinea D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p.355, potrebbe comportare una violazione delle norme che garantiscono protezione agli operatori di protezione civile ai sensi degli artt. 62 ss. del Primo Protocollo addizionale.

¹¹⁵ Sul punto vedi D. MAURI, *Numeri, persone, umanità*, cit., p. 333-334; D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p. 355; M. BO, J. DORSEY, *Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: The 'Need' for Speed – The Cost of Unregulated AI Decision-Support Systems to Civilians*, cit.

¹¹⁶ W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 178.

¹¹⁷ *Ivi*, p.148, 155.

¹¹⁸ A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 30ss.; W. Zhou, A.R. Greipl, *Artificial intelligence in military Decision-making: supporting humans not replacing them*, cit.; CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, cit., p. 58; N.A.J. CORNELISSEN, R. J. M. VAN EERDT, H. K. SCHRAFFENBERG, W. F. G. HASELAGER, *Reflection machines: increasing meaningful human control over Decision Support Systems*, in *Ethics and Information Technology*, 2022.

¹¹⁹ Sul punto vedi D. MAURI, *Numeri, persone, umanità*, cit., p. 335; T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions*, cit., p. 106.

¹²⁰ T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions*, cit., p. 108.

tolleranza di vittime civili, in contrasto con le politiche precedenti messe in atto dall'IDF¹²¹. Diego Mauri si chiede, a tal proposito, se l'impiego di sistemi come Lavender possa rendere più semplice il ricorso alla forza armata di tipo letale, e, segnatamente, influenzare il rapporto di proporzionalità nell'impiego della stessa¹²². Senza dubbio, l'impossibilità di contestualizzare il calcolo di proporzionalità è un problema che potrà sempre più emergere nell'impiego dei DSS. Essi, infatti, individuando la percentuale per cui una certa situazione corrisponde al modello tratto dai dati forniti nella fase di addestramento, non possono essere impiegati per effettuare il suddetto calcolo contestualizzato ad un caso specifico¹²³.

A tutto ciò si deve aggiungere l'incapacità per un sistema di IA di operare su elementi che non siano traducibili in termini matematici¹²⁴, necessari, invece, al comandante per effettuare il bilanciamento tra il danno collaterale previsto e il vantaggio militare diretto e concreto¹²⁵. Per quanto il DSS non debba autonomamente effettuare il suddetto calcolo, da tali limitazioni del sistema ne consegue che esso potrà selezionare le informazioni rilevanti diversamente da come farebbe un essere umano, e, dunque, influenzando la possibilità del comandante di ricevere le informazioni necessarie al fine di effettuare il calcolo di proporzionalità¹²⁶.

Alla luce dell'analisi effettuata, non si può non concordare con William Boothby quando sottolinea che, nell'impiego di IA nei conflitti armati, non è la quantità di obiettivi identificati o la velocità con cui opera l'IA ad essere problematica, bensì la possibilità di errori nelle identificazioni degli obiettivi legittimi e la mancanza di azioni appropriate al fine di rispettare il DIU¹²⁷. È in tal senso che, a parere di chi scrive, maggiori approfondimenti meritano di essere fatti in relazione al ruolo del controllo umano al fine di rispettare il DIU nell'impiego dei DSS.

4. Considerazioni conclusive: controllo umano, essere o non essere?

In conclusione, si vuole mettere in evidenza come, anche nel caso dei DSS, come per le armi autonome, il mantenimento di un controllo umano effettivo – o significativo¹²⁸ –

¹²¹ Sul punto si veda la ricostruzione fatta da D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p. 351 ss.

¹²² Sul punto vedi D. MAURI, *Numeri, persone, umanità*, cit., p. 335-336. V. anche D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p. 357.

¹²³ T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions*, cit., p. 109.

¹²⁴ W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 185.

¹²⁵ T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions*, cit., p. 108.

¹²⁶ *Ivi*, p. 114

¹²⁷ W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 144.

¹²⁸ Per un approfondimento sul concetto di 'Meaningful Human Control' si vedano: D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *Towards a Normative model of Meaningful Human Control over Weapon Systems*, in *Ethics and International Affairs*, 2021; R. CROTOF, *A Meaningful Floor for 'Meaningful Human Control'*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, 2016, p. 53 ss.; G. MECACCI, D. AMOROSO, L. CAVALCANTE SIEBERT, D. ABBINK, J. VAN DEN HOVEN, F. SANTIONI DE SIO (a cura di), *Research Handbook on Meaningful Human Control of Artificial Intelligence Systems*, Cheltenham-Northampton, 2024.

risulti fondamentale al fine del rispetto del DIU, sebbene con alcune specificità. La scarsità di tempo, l'imprevedibilità dell'IA o, ancora, i *bias* cognitivi possono enormemente influenzare il controllo dell'operatore umano nel prendere decisioni. Come è emerso dal caso di Lavender, infatti, la presenza di un operatore umano nell'impiego dei DSS non garantisce un adeguato coinvolgimento dell'essere umano nelle decisioni e, soprattutto, che vengano prese decisioni appropriate in relazione al *targeting* e, in ultima istanza, al DIU¹²⁹. Al riguardo, Daniele Amoroso conclude, in maniera condivisibile, che nell'impiego di Lavender il controllo umano non sia configurabile come significativo¹³⁰. Tale elemento, può considerarsi un rischio nell'impiego di tutti i DSS, ossia il rischio di controllo umano puramente superficiale e nominale¹³¹. Si indebolisce, così, la capacità dei comandanti militari di prendere decisioni ponderate, comprimendo il loro ruolo di agenti, tanto che si è parlato di *distributed agency*, ossia di una distribuzione dei compiti tra IA e operatore umano, tale per cui diventa difficile distinguere quale decisione sia stata presa da chi¹³². Nel caso dei DSS, dunque, la *human agency* e la capacità degli esseri umani di rispettare le norme del DIU deve essere preservata: dall'impiego di DSS non deve conseguire una 'sostituzione' o 'compromissione' della capacità decisionale dell'operatore umano¹³³. Alcune proposte, pertanto, sono state avanzate in merito alla possibilità di inserire alcuni sistemi tecnici di verifica, al fine di garantire l'esercizio di un controllo effettivo e significativo sulle decisioni prese conseguentemente all'impiego di DSS e, in ultima istanza, al fine che tali decisioni siano conformi al DIU, come, ad esempio, tramite l'introduzione di «self-reflection mechanisms» o «technical safeguard requirements», comprendenti sia elementi tecnici inseriti nel sistema stesso, che accorgimenti particolari da parte degli esseri umani¹³⁴. Queste, tuttavia, rimangono, al momento, solo proposte.

¹²⁹ A. NADIBAIKZE, *Do AI Decision Support Systems 'Support' Humans in Military Decision-Making on the Use of Force?*, cit.; A. ROBERTS, A. VENABLES, *The Role of Artificial Intelligence in Kinetic Targeting from the Perspective of International Humanitarian Law*, cit., p. 49-51.

¹³⁰ D. AMOROSO, *Sistemi di supporto alle decisioni*, cit., p.367. Sul punto vedi anche M. BO, J. DORSEY, *Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: The 'Need' for Speed – The Cost of Unregulated AI Decision-Support Systems to Civilians*, cit.

¹³¹ A.M. HOLLAND, *Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making*, cit., p. 48 ss.

¹³² A. NADIBAIKZE, I. BODE, Q. ZANG, *AI in Military Decision Support Systems*, cit., p. 30; R. GEISS, H. LAHMANN, *The use of AI in military contexts*, cit., p. 188; T. K. WOODCOCK, *Human/Machine(-Learning) Interactions*, cit., p. 113; A. NADIBAIKZE, *Do AI Decision Support Systems 'Support' Humans in Military Decision-Making on the Use of Force?*, cit.

¹³³ I. BODE, A. NADIBAIKZE, *Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: Human-machine Interaction in the Military Domain and the Responsible AI Framework*, in *OpinioJuris*, 4 aprile 2024, www.opiniojuris.org

¹³⁴ V. C.M. JONKER, L. CAVALCANTE SIEBERT, P.K. MURUKKANAIK, *Reflective Hybrid Intelligence for meaningful human control in decision-support systems*, in G. MECACCI, D. AMOROSO, L. CAVALCANTE SIEBERT, D. ABBINK, J. VAN DEN HOVEN, F. SANTIONI DE SIO (a cura di), *Research Handbook on Meaningful Human Control of Artificial Intelligence Systems*, cit., p. 188 ss. Sul punto v. anche: N.A.J. CORNELISSEN, R. J. M. VAN EERDT, H. K. SCHRAFFENBERG, W. F. G. HASELAGER, *Reflection machines*, cit.; W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 141-142.

Alla luce di tutti gli elementi illustrati sopra, rimane da chiedersi quale ruolo abbia la necessità del controllo umano significativo nel DIU. Rimane, infatti, immutato l'obbligo per gli Stati di revisionare i DSS e di assicurarsi che, nel loro impiego, siano in grado di rispettare le norme del DIU, *ex* articolo 36 del Primo protocollo¹³⁵. Ciò implica, inevitabilmente, assicurarsi non solo che il sistema sia in grado di operare in modo il più possibile *reliable* e *predictable*¹³⁶, ma soprattutto che gli esseri umani siano in grado ed abbiano il tempo di prendere decisioni conformi al DIU e che siano predisposti accorgimenti a tal fine. Tuttavia, è dubbio se il controllo umano possa considerarsi di per sé obbligatorio nel DIU. La mancanza di controllo umano, ad esempio, secondo alcuni, comporterebbe una de-umanizzazione degli individui influenzando, dunque, il rispetto dei principi di umanità e dignità umana¹³⁷. Inoltre, partendo dall'interpretazione del principio di precauzione come serie di obblighi di *due diligence*¹³⁸, si potrebbe sostenere che sarebbe compito del controllore umano assicurare il corretto funzionamento ed impiego del DSS¹³⁹. Rimane da chiedersi se, accettando tale interpretazione, mantenere un controllo umano significativo ed effettivo nell'impiego di DSS può significare garantire il rispetto del principio di precauzione e, dunque, essere considerato come un obbligo stesso dedotto da tale principio o altri principi del DIU.

¹³⁵ Al momento, la natura consuetudinaria di questo obbligo è ancora soggetta a discussioni. Per una visione a favore della sua natura consuetudinaria CICR, *A Guide to legal review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, p. 933 ss.; per una visione contraria, v. N. JEVGLEVSKAJA, *Weapons review obligation under customary international law*, in *International Law Studies*, 2018, p. 209 ss.

¹³⁶ In tal senso, è stato notato che l'impiego di mezzi/metodi di guerra basati su algoritmi di IA senza adeguati accorgimenti su cosa e come essi possono imparare una volta impiegati sarebbe in contrasto con l'articolo 35(1) del Primo protocollo e la corrispondente norma consuetudinaria. V.: W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 146.

¹³⁷ Sul punto vedi D. MAURI, *Numeri, persone, umanità*, cit., p. 344; M. KLAUS, *Transcending weapon systems: the ethical challenges of AI in military decision support systems*, in *Humanitarian law & Policy*, 24 settembre 2024, www.blogs.icrc.org.

¹³⁸ Y. DINSTEIN, *Collateral Damage and the Principle of Proportionality*, in D. WIPPMAN, M. EVANGELISTA (a cura di) *New Wars New Laws? Applying the Laws of War in the 21st Century Conflicts*, Hardback, 2005, p. 211 ss.

¹³⁹ W. BOOTHBY, *AI Warfare and the Law*, cit., p. 181.

Crittografia e accesso alle comunicazioni digitali: considerazioni alla luce di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

ALESSANDRO STIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: crittografia *end to end* e *backdoor*. – 2. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Podchasov c. Russia*. – 3. La sentenza *Podchasov* nel contesto internazionale ed europeo. – 4. Brevi osservazioni conclusive.

ABSTRACT: Il presente contributo esamina il tema dell'uso della crittografia (*end-to-end*) come strumento tecnologico per rafforzare il diritto alla *privacy* alla luce della sentenza *Podchasov c. Russia* della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dopo averne delineate le principali caratteristiche tecniche e aver esaminato la sentenza *de qua*, l'autore fornirà alcune considerazioni sulla rilevanza della pronuncia tenendo in considerazione il più ampio contesto internazionale ed europeo.

PAROLE CHIAVE: Privacy – crittografia – backdoor – Corte europea dei diritti dell'uomo – dati personali – Unione europea.

1. Introduzione: crittografia *end to end* e *backdoor*

La Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU o la Corte), con la sentenza del 13 febbraio 2024 relativa al caso *Podchasov c. Russia*, è tornata ad occuparsi della tutela del diritto alla *privacy*, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU o la Convenzione), nel caso di utilizzo da parte degli Stati di sistemi di intercettazione e sorveglianza segreta delle comunicazioni¹.

Notoriamente l'art. 8 CEDU garantisce il rispetto della vita privata e familiare, ammettendo l'ingerenza di una autorità pubblica solo nei casi in cui tale interferenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura necessaria, in una società democratica, tra le altre cose, alla sicurezza nazionale e alla pubblica sicurezza.

* Ricamatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Foggia, alessandro.stiano@unifg.it.

¹ Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2024, ric. n. 33696/19, *Podchasov c. Russia*. Per alcuni iniziali commenti, v. E. TUCHTFELD, *No Backdoor for Mass Surveillance. The European Court of Human Rights Protects the Right to Encrypted Communication*, in *Verfassungsblog*, 29 febbraio 2023; R. LAKRA, *Cracking the Code: How Podchasov v. Russia Upholds Encryption and Reshapes Surveillance*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 13 marzo 2024; J. SHURSON, *A European right to end-to-end encryption?*, in *Computer Law and Security Review*, 2024.

È altresì noto come la giurisprudenza della Corte EDU ha, in via interpretativa, allargato la portata applicativa dell'art. 8, provando, tra l'altro, ad adeguare il dettato normativo ai problemi posti dall'avanzare dell'innovazione tecnologica². Ciò in quanto la Convenzione va intesa come «uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni della vita attuale»³; l'ambito di applicazione dell'art. 8 si è dunque progressivamente ampliato «di riflesso alla crescente accettazione sociale e culturale del diritto di ciascuno di vivere nel modo più consono alle proprie inclinazioni»⁴.

Nonostante la tematica della protezione del diritto alla *privacy* nel caso di impiego di strumenti di sorveglianza – a partire oramai dai primi anni Duemila – sia stata oggetto di diverse pronunce della Corte⁵, la sentenza *de qua* porta con sé un elemento di novità: per la prima volta i giudici di Strasburgo hanno analizzato la portata e gli effetti dell'uso della crittografia e, di conseguenza, la compatibilità con la Convenzione di quelle misure domestiche volte a consentire l'accesso alle autorità statali alle informazioni trasmesse tramite *software* di messaggistica istantanea.

Prima di procedere con l'analisi della sentenza (par. 2) e delle sue ripercussioni nel contesto internazionale ed europeo (par. 3), si rendono necessarie alcune brevi precisazioni su cosa sia la crittografia *end-to-end* nelle comunicazioni digitali e soprattutto come questa possa essere indebolita⁶.

Con il termine crittografia (*end-to-end*) ci si riferisce, in estrema sintesi, ad un metodo di protezione dei dati attraverso il quale una determinata informazione inviata da un dispositivo A ad un dispositivo B resti riservata; durante il *transito*, i messaggi sono illeggibili e incomprensibili per chiunque non sia il mittente o il destinatario, impedendo quindi a

² In termini più ampi, sull'impatto che le nuove tecnologie hanno assunto sul rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU, v., tra gli altri, M. DISTEFANO (a cura di) *La protezione dei dati personali e informatici nell'era della sorveglianza globale*, Napoli, 2017, E.A. ROSSI, *Il diritto alla «privacy» nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, p. 331 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 690 ss.; G. MAROTTA, *Innovazioni tecnologiche e diritto al rispetto del domicilio nella Convenzione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 1044 ss. Per una prospettiva di diritto internazionale privato, invece, si rimanda a O. FERACI, *La legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1020 ss.; G. ZARRA, *Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1234 ss.

³ Cfr. L. TOMASI, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 298.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Si pensi, tra le altre, a Corte EDU, sentenza del 29 giugno 2006, ric. n. 54934/00, *Weber e Saravia c. Germania*; sentenza del 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/06, *Roman Zakharov c. Russia*; sentenza del 25 maggio 2021, ric. n. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*; sul tema sia consentito rinviare ad A. STIANO, *Il diritto alla privacy alla prova della sorveglianza di massa e dell'intelligence sharing: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 511 ss.

⁶ Per una panoramica di carattere tecnico sulle caratteristiche della crittografia *end-to-end* v., tra gli altri, K. ERMOSHINA *et al.*, *End-to-End Encrypted Messaging Protocols: An Overview*, in F. BAGNOLI *et al.* (a cura di), *Internet Science. Third International Conference*, Cham, 2016, p. 244 ss.

soggetti terzi di intercettare o accedere alle informazioni. Questo sistema conosce delle eccezioni: è possibile accedere alle informazioni attraverso l'uso di una chiave di decrittazione oppure introdurre una c.d. *backdoor*. Quest'ultima è una funzione o un programma che elude le misure di sicurezza utilizzate dalla crittografia, consentendo così l'accesso – anche non autorizzato – ai dati.

L'idea alla base del suo impiego è essenzialmente quella di consentire alle autorità competenti l'accesso alle informazioni criptate per motivi legati alla sicurezza pubblica. Non va sottaciuto però che l'esistenza di queste vulnerabilità potrebbe consentire anche a soggetti non autorizzati la possibilità di accedere alle stesse informazioni. Come sostenuto in dottrina, ci troveremmo dinanzi ad un paradosso: nel tentativo di concedere l'accesso alle autorità competenti, l'intera integrità dei sistemi crittografici potrebbe essere compromessa, esponendo milioni di utenti a rischi imprevedibili⁷. In un mondo sempre più interconnesso, la crittografia costituisce uno strumento di particolare importanza nell'ambito della sicurezza globale digitale; di conseguenza un suo indebolimento potrebbe avere ripercussioni anche sul piano economico, sociale e giuridico⁸.

Ma vi è di più. La consapevolezza che le comunicazioni private possano essere accessibili alle autorità governative, anche nel rispetto della legalità, potrebbe in ogni caso scoraggiare l'adozione diffusa della crittografia, con ripercussioni importanti soprattutto in quegli ambiti in cui tale forma di sicurezza è una necessità vitale. Si pensi, a mero titolo di esempio, a giornalisti, attivisti e altri gruppi vulnerabili che dipendono da questi sistemi per operare in sicurezza, spesso in contesti dove la loro stessa sicurezza è a rischio⁹.

Ebbene, in questo scenario appare sin da subito evidente l'importanza della sentenza della Corte che ci accingiamo ad analizzare.

2. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Podchasov c. Russia*

I fatti all'origine della pronuncia della Corte risalgono al 2017 e al 2018 e, senza pretesa di esaustività, possono essere così riassunti. Il ricorrente, cittadino russo, è un utilizzatore dell'applicazione di messaggistica istantanea Telegram, la quale, come noto, può essere utilizzata su diversi dispositivi elettronici come *smartphone*, computer e tablet. Essa si caratterizza in quanto non prevede un meccanismo di crittografia *end-to-end* per tutte le conversazioni ma solo per quelle definite *secret chat*. In altre parole, il contenuto delle conversazioni delle c.d. chat segrete (messaggi, foto, video) è noto soltanto al mittente e al destinatario, non potendo nessun altro – compreso lo stesso Telegram – accedervi.

⁷ Cfr. A. ALI, *Human Rights Implications of Encryption*, in A. ALI, M. SCALA (a cura di) *Eruditorum Acta* 2024, Milano, 2024, p. 59 ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

Senonché, il 28 giugno 2017, Telegram è stato qualificato, in Russia, come *Internet Communications Organiser* (ICO) con il conseguente obbligo in capo all'azienda di conservare tutti i dati per un anno, il contenuto delle comunicazioni per sei mesi e di trasmettere tali dati alle autorità statali (o ai servizi di sicurezza) in circostanze specificate dalla legge, unitamente, laddove necessarie, alle informazioni essenziali per decifrare i messaggi elettronici nel caso in cui questi risultassero crittografati.

La qualifica di Telegram come ICO ha comportato che il Servizio federale per la di sicurezza russa (FSB) richiedesse alla società Telegram di divulgare le informazioni tecniche che avrebbero facilitato la decrittazione delle comunicazioni nei confronti di alcuni utenti sospettati di svolgere attività legate al terrorismo. L'ordine di divulgazione elencava alcuni numeri di telefono cellulare associati agli account di Telegram e faceva riferimento a sei sentenze del tribunale emesse il 10 luglio 2017. Più nello specifico, veniva richiesto a Telegram di fornire, tra le altre cose, gli indirizzi IP e i dati relativi alle chiavi (di crittografia) che sarebbero stati necessari per decifrare le comunicazioni. La società di messaggistica, tuttavia, si rifiutava di ottemperare all'ordine di diffusione, sostenendo che era tecnicamente impossibile eseguirlo senza creare una *backdoor*, la quale però avrebbe indebolito il meccanismo di crittografia per tutti gli utenti e in particolare per quelli che, facendo leva sulla funzione 'chat segreta', intendevano proteggere le loro comunicazioni con la crittografia *end-to-end*.

Dinanzi alla Corte si è prospettata dunque la questione della compatibilità tra la richiesta di accesso da parte delle autorità governative russe alle informazioni scambiate per il tramite di applicazioni di messaggistica, protette dalla crittografia *end-to-end*, e il rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Conviene subito dirlo: la Corte ha affermato che la conservazione di tutte le comunicazioni avvenute tramite Telegram, l'accesso diretto consentito alle società di sicurezza ai dati ivi contenuti, l'assenza di garanzie contro possibili abusi delle autorità statali nonché l'obbligo di decriptare le comunicazioni sono tutte misure non necessarie in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, par. 2, della Convenzione, dal momento che esse pregiudicano l'essenza stessa del diritto al rispetto della vita privata e familiare¹⁰.

Ma anche al di là delle conclusioni cui è giunta la Corte, ciò che risulta interessante è il percorso argomentativo in relazione all'uso della crittografia come strumento idoneo a tutelare la *privacy* digitale degli utenti. In primo luogo, la Corte ha sostenuto che la crittografia fornisce delle solide garanzie contro l'accesso illecito al contenuto delle comunicazioni nonché, soprattutto nell'era digitale, contribuisce al godimento di ulteriori diritti fondamentali, tra cui la libertà di espressione¹¹. La crittografia, inoltre, è uno strumento capace di aiutare i cittadini e le imprese a difendersi contro possibili interferenze

¹⁰ Corte EDU, *Podchasov c. Russia*, cit., par. 80.

¹¹ Corte EDU, *Podchasov c. Russia*, cit., par. 76.

esterne come l'*backing*, il furto dell'identità digitali o dei dati personali, le frodi e la divulgazione impropria delle informazioni sensibili, configurandosi come un vero e proprio «scudo contro gli abusi»¹². Ma vi è di più. Secondo la Corte, acconsentire alla decrittazione delle comunicazioni protette dalla crittografia *end-to-end*, attraverso l'uso di una *backdoor*, equivarrebbe a indebolire la crittografia per *tutti* gli utenti¹³. Tali misure, infatti, non possono essere circoscritte solo a specifici individui ma colpirebbero tutti indiscriminatamente, compresi coloro che non rappresentano una minaccia per la sicurezza statale; di conseguenza l'inserimento di *backdoor* renderebbe possibile la sorveglianza generale e indiscriminata delle comunicazioni elettroniche personali, in netto contrasto con il dettato dell'art. 8 della Convenzione, permettendo altresì alle reti criminali di sfruttarla in detrimento della sicurezza degli utenti. Nondimeno, la Corte ha preso in considerazione anche la possibilità opposta, e cioè che la crittografia venga utilizzata da parte di soggetti coinvolti in attività criminose al fine di rendere più oneroso, se non del tutto impossibile, lo svolgimento delle indagini opportune. Sul punto i giudici di Strasburgo hanno provato a individuare alcune soluzioni alternative alla decrittazione che al contempo non indeboliscano i meccanismi di protezione¹⁴. Tra le altre vengono menzionate le operazioni sotto copertura, le infiltrazioni in gruppi criminali e l'accesso ai dispositivi di comunicazione tramite, ad esempio, analisi forensi in tempo reale su dispositivi sequestrati o tramite intercettazioni legittime su tali dispositivi mentre sono ancora utilizzati dai sospetti. In altri termini, l'obiettivo è quello di individuare meccanismi capaci di bilanciare la tutela dei diritti individuali e la protezione degli interessi di sicurezza degli Stati e dei cittadini.

3. La sentenza *Podchasov* nel contesto internazionale ed europeo

La sentenza *Podchasov* risulta particolarmente interessante non solo per le conclusioni cui essa addivene ma soprattutto per i suoi possibili effetti nell'ambito della tutela della *privacy* e dell'utilizzo della crittografia sia nel più ampio contesto internazionale sia in quello europeo.

Se per un verso emerge una certa coerenza sistematica tra il ragionamento della Corte e quanto espresso dall'Alto commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite nel rapporto *The Right to Privacy in the Digital Age* circa l'utilizzo della crittografia come garanzia contro possibili abusi delle autorità statali¹⁵, per altro verso la pronuncia appare ancor più rilevante se la si considera rispetto alle più recenti tendenze sviluppatesi in seno all'Unione europea.

¹² Cfr. C. SCHMON, *European Court of Human Rights Confirms: Weakening Encryption Violates Fundamental Rights*, in *Electronic Frontier Foundation*, 5 marzo 2024.

¹³ Corte EDU, *Podchasov c. Russia*, cit., par. 77.

¹⁴ Corte EDU, *Podchasov c. Russia*, cit., par. 78.

¹⁵ V. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/HRC/39/29 del 4 agosto 2021. Vale la pena menzionare il fatto che già a partire dal 2013 le Nazioni Unite hanno iniziato ad interessarsi al tema della protezione della *privacy* in ambito digitale, come testimoniato dall'adozione della relativa risoluzione (Assemblea generale, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/RES/68/167 del 13 dicembre 2013), in cui si sottolineava

Per quanto riguarda il primo aspetto, sono piuttosto evidenti le similitudini tra le considerazioni svolte dalla Corte e quanto affermato in tema di crittografia dall'Alto commissario. Secondo quest'ultimo, infatti, la crittografia è uno strumento di fondamentale importanza per la tutela del diritto alla *privacy*, per garantire la sicurezza *online* ed è essenziale per salvaguardare ulteriori diritti umani come libertà di opinione e di espressione, libertà di associazione e di riunione pacifica¹⁶. Attraverso il suo impiego, inoltre, le persone possono condividere liberamente le informazioni, evitando che queste siano conosciute da autorità statali o da criminali informatici. Ciò è ancora più rilevante in ambienti in cui prevale la censura, giacché la crittografia consente agli individui di mantenere uno spazio per esprimere e scambiare opinioni con gli altri. In casi specifici, come ad esempio nei contesti bellici, i giornalisti e i difensori dei diritti umani non possono svolgere il loro lavoro senza la presenza di questa tecnologia, che protegge le loro fonti e li mette al riparo da possibili interferenze altrui. Inoltre, l'impatto della maggior parte delle restrizioni sull'uso della crittografia sul diritto alla *privacy* e sui diritti ad essa connessi risulta sproporzionato, spesso incidendo non solo sugli individui direttamente interessati, ma sull'intera popolazione. Divieti assoluti da parte dei governi, o la criminalizzazione della crittografia in particolare, non possono essere giustificati in quanto impedirebbero a tutti gli utenti all'interno delle rispettive giurisdizioni di disporre di un mezzo sicuro per comunicare¹⁷. I sistemi di deposito delle chiavi (*key escrow*) presentano vulnerabilità significative, poiché dipendono dall'integrità della struttura di conservazione ed espongono le chiavi archiviate a potenziali attacchi informatici. Inoltre, le *backdoors* obbligatorie negli strumenti di crittografia generano responsabilità che vanno ben oltre la loro utilità rispetto a specifici utenti identificati come sospettati di reati o di minacce alla sicurezza. Esse compromettono la *privacy* e la sicurezza di tutti gli utenti, esponendoli a interferenze illecite non solo da parte degli Stati, ma anche di attori non statali, inclusi network criminali. Tali effetti negativi non si limitano necessariamente alla giurisdizione che impone la restrizione; al contrario, è probabile che le *backdoors*, una volta introdotte in un determinato Stato, divengano parte integrante del software utilizzato in altre parti del mondo¹⁸.

Ebbene, come detto in precedenza, è piuttosto agevole notare come gli auspici dell'Alto commissario siano stati tenuti in considerazione dai giudici di Strasburgo.

l'importanza di applicare degli *standards* di tutela previsti in materia di diritti umani anche alle attività di intercettazione delle comunicazioni e di archiviazione dei dati personali. Il documento ha avuto inoltre il pregio di svolgere un ruolo catalizzatore attraverso il coinvolgimento dell'Alto Commissario per i diritti umani, al quale è stato richiesto di presentare un rapporto sulla protezione e sulla promozione del diritto alla *privacy* in relazione alla sorveglianza di massa sia nella sua dimensione meramente interna che in quella extraterritoriale, nonché con riferimento alle intercettazioni delle comunicazioni e alla raccolta dei dati digitali.

¹⁶ *Ivi*, par. 21.

¹⁷ *Ivi*, par. 25.

¹⁸ *Ibidem*.

D'altro canto, invece, se volgiamo lo sguardo al contesto europeo, e in particolare all'Unione europea, la pronuncia della Corte appare in netta contrapposizione con la prassi legislativa più recente.

Com'è noto nel quadro normativo europeo, la *privacy* delle comunicazioni *online* è tutelata dalla direttiva c.d. *ePrivacy*¹⁹. Quest'ultima, in estrema sintesi, mira a tutelare la riservatezza delle comunicazioni realizzate mediante i servizi di comunicazione elettronica e vieta espressamente «l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti»²⁰. L'unica eccezione – che consente di conseguenza una compressione di detto diritto – è prevista nell'ipotesi in cui «tale restrizione costituisca (...) una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (...), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica»²¹. Senonché, in ragione dell'assenza di disposizioni specifiche sul trattamento dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione per l'individuazione, segnalazione e rimozione di materiale pedopornografico *online*, le istituzioni europee hanno previsto una deroga temporanea a talune disposizioni della direttiva *ePrivacy* finalizzate a prevenire e a combattere la diffusione del suddetto materiale e l'adescamento di minori *online*²². Queste deroghe sono state così trasfuse nel Regolamento 2021/1232 (c.d. Regolamento *ePrivacy*)²³, il quale dispone all'art. 3, par. 1 che le norme sulla tutela della riservatezza previste dalla direttiva *ePrivacy* (segnatamente, l'art. 5, par. 1) non si applicano a condizione che il trattamento dei dati sia «a) strettamente necessario per l'uso della tecnologia specifica al solo scopo di individuare e rimuovere materiale pedopornografico online e di segnalarlo alle autorità di contrasto e alle organizzazioni che agiscono nell'interesse pubblico contro gli abusi sessuali sui minori e di

¹⁹ Direttiva 2002/58, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (Direttiva *ePrivacy*). È altresì noto come la tutela della *privacy* nelle comunicazioni digitali sia a partire al 2017 oggetto di un processo di revisione culminato con una proposta di regolamento volta ad abrogare la suddetta direttiva. Cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE, 10 gennaio 2017. Sul punto v., da ultimo, P. VOGIATZOGLOU, *Mass Data Surveillance and Predictive Policing. Contested Foundations and Human Rights Impact*, New York, 2025.

²⁰ Direttiva *ePrivacy*, art. 5, par. 1.

²¹ *Ibidem*, art. 15, par. 1.

²² Sul punto v. G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 80 ss.

²³ Regolamento (UE) 2021/1232 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a una deroga temporanea a talune disposizioni della direttiva 2002/58/CE per quanto riguarda l'uso di tecnologie da parte dei fornitori di servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero per il trattamento di dati personali e di altro tipo ai fini della lotta contro gli abusi sessuali online sui minori, 30 luglio 2021.

individuare l'adescamento di minori e segnalarlo alle autorità di contrasto o alle organizzazioni che agiscono nell'interesse pubblico contro gli abusi sessuali sui minori; *ii*) proporzionato e limitato alle tecnologie utilizzate dai fornitori di cui al punto precedente; *iii*) limitato ai dati sul contenuto e ai relativi dati sul traffico strettamente necessari; *iv*) limitato a quanto strettamente necessario»²⁴.

Nonostante i buoni auspici, la disposizione in questione ha sollevato non poche perplessità che si sono manifestate anche all'interno dello stesso Parlamento europeo allorché alcuni gruppi hanno contestato la normativa sostenendo che essa piuttosto che tutelare i minori li esponesse a gravi rischi di violazioni dei loro diritti fondamentali²⁵.

Le medesime censure, tuttavia, si evidenziano anche se volgiamo lo sguardo alla proposta di regolamento presentata dalla Commissione europea l'11 maggio 2022 (c.d. regolamento CSAM)²⁶ in materia di norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori con cui l'Unione intende elaborare una disciplina normativa che sostituisce il regime temporaneo introdotto dal regolamento *ePrivacy*. Scopo precipuo del Regolamento CSAM è quello di stabilire «norme uniformi per contrastare l'uso improprio dei servizi della società dell'informazione interessati ai fini di abuso sessuale su minori online nel mercato interno» al fine di individuare un quadro giuridico sufficientemente chiaro e armonico in materia di prevenzione e contrasto all'abuso sessuale sui minori *online*²⁷. Brevemente, la proposta mira ad introdurre alcuni obblighi di rilevazione, segnalazione e rimozione di materiale sospetto in capo ai prestatori di servizi di *hosting* e di comunicazioni interpersonale, come appunto i noti *software* di messaggistica istantanea quali WhatsApp, Telegram. In altre parole – sebbene la proposta non stabilisca espressamente un obbligo sistematico di intercettazione per i prestatori – la mera possibilità di emissione di un ordine di rilevazione inciderebbe pesantemente sulle scelte tecniche dei fornitori di servizi, determinando in ultima analisi la cessazione dell'utilizzo della crittografia (*end-to-end*), con il conseguente impatto negativo sulla sfera privata degli utenti e la possibile violazione degli art. 7 (tutela della *privacy*), 8 (protezione dei dati personali) e 11 (libertà di espressione) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁴ *Ibidem*, art. 3, par. 1.

²⁵ Cfr. Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a una deroga temporanea a talune disposizioni della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'uso di tecnologie da parte dei fornitori di servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero per il trattamento di dati personali e di altro tipo ai fini della lotta contro gli abusi sessuali sui minori, 11 dicembre 2020, p. 42.

²⁶ Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori, 11 maggio 2022.

²⁷ *Ibidem*, art. 1, par. 1. Per un'analisi critica v., tra gli altri, F. DI GIANNI, *Protezione dei minori vs. tutela dei dati personali: profili critici della proposta di regolamento sulla prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale sui minori online*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 838 ss. Più in generale sulle proposte europee in materia di responsabilità dei fornitori di servizi v. G.M. RUOTOLO, *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi su Internet*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2018, p. 17 ss.

Non c'è da meravigliarsi quindi che la proposta, così come formulata, abbia sollevato più di un dubbio circa il corretto bilanciamento tra tutela dei dati personali e l'esigenza di prevenire abusi su minori. Forti critiche sono state mosse dal Comitato europeo per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati personali, i quali in un parere congiunto hanno sottolineato che la «proposta solleva serie preoccupazioni in merito alla necessità e alla proporzionalità delle ingerenze e delle limitazioni previste in materia di protezione dei diritti fondamentali per quanto riguarda il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali»²⁸.

D'altronde le evidenziate criticità hanno almeno per ora ritardato l'iter di approvazione della proposta legislativa²⁹.

Ciò detto, non è escluso, ma è anzi auspicabile, che questa contrapposizione tra la sentenza della Corte EDU e la prassi legislativa dell'Unione possa essere mitigata dall'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), la quale, come già fatto in passato, potrebbe avvalersi della giurisprudenza della Corte EDU per rinsaldare – almeno dal punto di vista interpretativo – l'importanza della crittografia (*end-to-end*) come strumento a tutela del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali³⁰. In questa prospettiva, dunque, la sentenza *Podchasov* potrebbe avere una rilevanza anche al di là del quadro di tutele apprestate nell'ambito della CEDU fungendo da precedente per allineare la giurisprudenza delle due Corti sul tema³¹.

4. Brevi osservazioni conclusive

L'analisi sin qui svolta mette in luce come in materia di garanzie a tutela del diritto alla *privacy*, soprattutto rispetto al variegato contesto europeo, la sentenza *Podchasov* mostra una portata piuttosto innovativa. E due ne sono i motivi principali. In primo luogo, i giudici di Strasburgo hanno dato dimostrazione di una approfondita conoscenza degli aspetti tecnici della tecnologia utilizzata, cogliendone così appieno l'importanza per la protezione dei dati personali; in secondo luogo, la pronuncia potrebbe influenzare positivamente i futuri sviluppi in merito al corretto bilanciamento tra utilizzo della crittografia, come strumento essenziale a tutela della *privacy*, ed esigenze di sicurezza degli Stati e degli individui.

²⁸ Cfr. Garante europeo della protezione dei dati personali, Parere congiunto n. 4/2022 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori, 28 luglio 2022, p. 9.

²⁹ G. GOLLIN, *Diritto alla riservatezza e reati pedopornografici digitali: rinvio della votazione sul Regolamento CSAM*, in *CyberLaws*, 31 luglio 2024.

³⁰ V., ad esempio, CGUE, sentenza del 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18, C-520/18, *La Quadrature du Net e a. c. Premier ministre e a.*, in cui la Corte in materia di sorveglianza e conservazione dei dati fa riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU (in particolare, parr. 125-128).

³¹ Cfr. P.G. CHIARA, *Una svolta nel dibattito sulla crittografia: la sentenza Podchasov c. Russia della Corte EDU. Verso alcuni diritti di cybersicurezza?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2025, p. 9.

In un'ottica più ampia, poi, la sentenza *de qua* risulta pienamente coerente con le indicazioni fornite dall'Alto commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, il quale già in passato esprimeva l'importanza dell'utilizzo della crittografia quale strumento contro possibili attività arbitrarie da parte dell'autorità statali.

Infine, la pronuncia della Corte EDU potrebbe assumere un ruolo rilevante anche nel contesto europeo. Come abbiamo visto, infatti, se da un lato la proposta di Regolamento CSAM sembra porre dei seri rischi per il diritto alla *privacy*, consentendo di fatto una limitazione all'utilizzo della crittografia, dall'altro lato questa eventualità potrebbe essere limitata attraverso l'attività interpretativa della CGUE, la quale potrebbe richiamare la giurisprudenza della Corte EDU e in particolare la sentenza *Podchasov* per ribadire l'importanza della crittografia come strumento a tutela di alcuni diritti fondamentali, come la riservatezza e la protezione dei dati personali.

**Nell'anno delle elezioni *hanno tutti ragione*.
Alcune considerazioni sul ruolo del diritto internazionale e
dell'UE nel contrasto alla disinformazione**

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

Perché questo è il gioco.
Bisogna comprendere gli altri
anche nel momento in cui ti stanno uccidendo.
Senza mai sottovalutare la forza sbilenca dell'ironia.

(Paolo Sorrentino, *Hanno tutti ragione*, Bologna, 2010)

SOMMARIO: 1. Introduzione: il contesto globale delle elezioni e la minaccia della disinformazione. – 2. Gli elementi costitutivi dei fenomeni di disinformazione: definizioni, soggetti attivi e passivi. – 3. Il diritto internazionale pattizio e i divieti specifici. – 4. Il diritto internazionale generale: in particolare il divieto di ingerenza. – 5. Il quadro normativo dell'Unione europea: dal *Digital Services Act* alle nuove tendenze. – 6. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Il contributo analizza il ruolo del diritto internazionale e dell'Unione europea nel contrasto alla disinformazione, fenomeno divenuto particolarmente rilevante nel contesto delle elezioni globali del 2024. Dopo aver distinto tra misinformazione e disinformazione e individuato i principali attori coinvolti, si esaminano le norme internazionali applicabili, sia di natura pattizia sia consuetudinaria, e le relative misure di reazione. L'analisi si estende poi al contesto dell'Unione europea, soffermandosi sull'evoluzione degli strumenti regolatori – dal Codice di buone pratiche al Digital Services Act – e sulla crescente rilevanza dell'enforcement pubblico e privato, come mostra anche il recente caso di interferenza elettorale in Romania, attribuita a operazioni ibride digitali. Viene infine evidenziata una tendenza verso un rafforzamento degli strumenti giuridici contro la disinformazione a livello internazionale ed europeo, seppur in un quadro normativo ancora frammentato.

PAROLE CHIAVE: Disinformazione – diritto internazionale – *Digital Services Act* – Minacce ibride – libertà di espressione – divieto di ingerenza.

* Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it.

1. Introduzione: il contesto globale delle elezioni e la minaccia della disinformazione

Nel 2024 si sono tenute nel mondo ben 83 consultazioni elettorali¹, alle quali ha preso parte circa la metà degli elettori della popolazione mondiale, e di queste ben sedici sono state elezioni politiche generali; tra i chiamati al voto, tra gli altri, gli Stati Uniti, l'Unione europea, la Russia, l'India e il Messico, mentre le elezioni in Ucraina, originariamente programmate per la fine di marzo, non si sono tenute in quanto impedita dalla proclamazione della legge marziale.

Si è trattato, insomma, di uno degli esercizi democratici più grandi della storia, i cui risultati hanno certamente influenzato e influenzeranno il governo del mondo per gli anni a venire.

È in questa temperie che narrazioni di parte, notizie false, e vere e proprie teorie del complotto si sono evolute al punto da diventare una vera e propria minaccia globale o, comunque, da esser percepite come tali da Stati e organizzazioni internazionali: la diffusione, da parte di Stati stranieri, di informazioni false nel corso di campagne elettorali, poi, è diventata un problema sempre più frequente.

Si pensi, per qualche esempio, al noto caso *Pizzagate*² (partito da alcuni documenti diffusi su WikiLeaks), il quale sostiene assurdamente che Hillary Clinton e i Democratici sarebbero pedofili satanisti che si sarebbero dati appuntamento nei sotterranei di una pizzeria di Washington DC, e che ha addirittura comportato un attentato terroristico nella medesima, o al complotto noto come *QAnon*³, che sostiene l'esistenza di un *deep state* fautore di un non meglio precisato New World Order: è appena il caso di sottolineare come uno dei promotori di questa teoria di complotto, il giornalista statunitense Alex Jones – il quale utilizza, per la diffusione delle sue idee non solo Internet e la televisione ma finanche un videogioco *shoot-em-up* in cui lui è l'eroe che combatte contro mostri comunisti, omosessuali, global e democratici⁴ – sia stato condannato nel 2022 da un Tribunale statunitense⁵ a risarcire le vittime delle sue fake news in applicazione di *punitive damages*.

Un dispaccio dell'ottobre 2023 della *US National Intelligence*⁶ dichiara poi di aver individuato prove di ripetute interferenze elettorali della Russia negli USA (interferenze

¹ T. HSU, S. A. THOMPSON, S. LEE MYERS, *Elections and Disinformation Are Colliding Like Never Before in 2024*, New York Times, 9 gennaio 2024, su www.nytimes.com.

² J. PILLI, *La mail di Hillary Clinton a Barack Obama che dimostrerebbe il Pizzagate? Una vecchia bufala di QAnon*, Open, 9 aprile 2022, www.open.online.it.

³ D. PUENTE, *Cosa è QAnon, la setta digitale che non dovete sottovalutare*, Open, 3 novembre 2020, www.open.online.it. V. altresì WU MING 1, *La Q di Complotto. QAnon e dintorni. Come le fantasie di complotto difendono il sistema*, Alegre, 2021.

⁴ Maggiori informazioni disponibili su www.alexjonesgames.com.

⁵ J. QUEEN, *Alex Jones ordered to pay \$473 million in punitive damages in Sandy Hook defamation case*, Reuters, 10 Novembre 2022, www.reuters.com.

⁶ J. LANDAY, S. LEWIS, *US intelligence report alleging Russia election interference shared with 100 countries*, Reuters, 20 ottobre 2023, www.reuters.com.

peraltro subite addirittura da altri 100 Paesi), attraverso vere e proprie ‘fabbriche di troll’, come l’Internet Research Agency (IRA) con sede a San Pietroburgo, che avrebbe creato migliaia di falsi account sui social media per promuovere eventi a sostegno dell’estrema destra USA.

In Europa si può poi citare il *caso Lisa F.*⁷, una cittadina tedesca russofona che, scomparsa per trenta ore a Berlino, al suo ritrovamento aveva dichiarato di aver subito violenze da parte di immigrati; la cosa si era poi rivelata del tutto falsa ma canali televisivi vicini al governo russo, come Zvezda, Ren-TV e Perviy Kanal, si erano occupati del caso della loro ‘connazionale’, trasmettendo video creati *ad hoc* e finanche il Ministro degli Esteri russo era intervenuto sulla questione asserendo che la Germania non era in grado di difendere i cittadini russi sul suo territorio a causa dell’eccessiva immigrazione, ciò che aveva portato addirittura a manifestazioni di estremisti di destra nella capitale tedesca⁸.

In Sud-America, e in particolare in Brasile, ancora, si registra la diffusione di disinformazione da parte di Nova Resistência, organizzazione paramilitare neofascista e antisemita, che – assieme al sito web di propaganda in lingua inglese Fort Russ News (FRN) e allo pseudo-*think tank* autoritario Center for Syncretic Studies (CSS) – è ispirata da Aleksandr Dugin, un ‘filosofo’ russo vicino a Putin, il quale si ispira a Guenon e Julius Evola e promuove aggressivamente la c.d. Quarta Teoria Politica⁹ (4PT), una forma di ideologia neo-fascista il cui progetto politico consiste nel ricostruire un Impero Eurasiatico totalitario, dominato dalla Russia che fa riferimento all’euroasianesimo.

L’UNESCO nell’ottobre 2023 ha diffuso un rapporto «on the impact of online disinformation and hate speech»¹⁰ che è il risultato di un’indagine condotta nei sedici Paesi che stanno per andare ad elezioni generali, in cui una percentuale molto alta dei cittadini (l’87%) si è detta preoccupata per l’impatto della disinformazione sulle medesime elezioni.

E già nel 2021 l’High Representative for Disarmament Affairs delle Nazioni Unite, in un report al Consiglio di Sicurezza «pointed to a dramatic surge in malicious incidents in recent years, raging from disinformation campaigns».

In questo nostro breve contributo intendiamo quindi provare a rintracciare le norme di diritto internazionale che consentono di adottare misure di lotta alla disinformazione: mentre un’analisi siffatta, con riguardo al nostro contesto regionale e in particolare all’UE, è stata ampiamente condotta, il primo aspetto è stato certamente meno investigato. A tal fine proveremo ad individuare comportamento, soggetti attivi e passivi della

⁷ Il Post, *L’adolescente russo-tedesca che si è inventata un rapimento e uno stupro*, 1° febbraio 2016, www.ilpost.it.

⁸ In dottrina, v. B. BAADE, *Fake News and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2018, p. 1357 ss.

⁹ A. MOLLE, *Dugin e la “Quarta Teoria Politica”: l’ideologia illiberale russa che spopola in Occidente e giustifica l’invasione dell’Ucraina*, Start Insight, 21 Marzo 2022, www.startinsigh.eu.

¹⁰ V. IPSOS-UNESCO, *Survey on the impact of online disinformation and hate speech*, Settembre 2023 consultabile su www.unesco.org.

disinformazione (par. 2), il relativo ‘regime’ di diritto internazionale (distinguendo le norme specificamente concepite a tal fine, essenzialmente di tipo pattizio, al par. 3, da quelle più generali, consuetudinarie, al par. 4) e poi, sulla base di queste, le possibili misure di reazione. Chiuderemo con alcune considerazioni relative al contesto UE e ad alcune linee di tendenza che ci pare di poter ravvisare.

2. Gli elementi costitutivi dei fenomeni di disinformazione: definizioni, soggetti attivi e passivi

Sulla base del differente elemento psicologico (di tipo quindi soggettivo) si tende a distinguere tra misinformazione e disinformazione: mentre la prima fa riferimento alla diffusione di informazioni imprecise o fuorvianti da parte di attori che non intendono causare danni e che, spesso, sono pure nella convinzione di essere nel giusto (si pensi al caso dei terrapiattisti e alla loro Flat Earth Society¹¹, fondata addirittura nel 1956, ad esempio), la seconda riguarda il caso della diffusione di informazioni consapevolmente false, inaccurate o fuorvianti da chi ha l'intento di causare danni¹².

La prassi delle Nazioni Unite – che sul punto fa sue, anche se con terminologia aggiornata, anche alcune classificazioni che risalgono alla Società delle Nazioni – distingue pure tra mera narrazione di parte e notizie del tutto false¹³.

Evidente come i due fenomeni rilevino in maniera differente rispetto al diritto alla libertà d'espressione e di pensiero, nel senso che il secondo comportamento potrebbe più facilmente sostanziarsi in un abuso dell'esercizio di tale diritto (anche ai sensi dell'art. 17 CEDU¹⁴).

Soggetti attivi che possono porre in essere il comportamento (in particolare la disinformazione) possono essere Stati (si pensi alle attività di *intelligence*), soggetti privati *State sponsored* e soggetti non statali (ma che dovrebbero comunque esser sottoposti a controllo statale), mentre legittimati o tenuti alla reazione a detto comportamento sono Stati e loro organi e organizzazioni internazionali, in applicazione di poteri di *enforcement pubblico*, e soggetti privati (come le piattaforme o comunque i fornitori di servizi digitali), in una forma di *enforcement privato* di cui diremo brevemente più avanti, essenzialmente con riguardo al contesto UE.

¹¹ V. il sito internet della Flat Earth Society: www.theflatearthsociety.org.

¹² Per un'approfondita analisi della prassi che consente la definizione del fenomeno v. M. CASTELLANETA, *La disinformazione nel conflitto in Ucraina: tra ius in bello e diritto alla libertà di espressione*, in O. PORCHIA, M. VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future. Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi*, Napoli, 2023, p. 327 ss.

¹³ Si veda, ad esempio, Assemblea generale, *Countering disinformation for the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms*, UN Doc A/RES/76/227 del 10 gennaio 2022.

¹⁴ V. Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Guida sull'articolo 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Divieto dell'abuso di diritto*, 31 agosto 2019 (trad. it. a cura del Ministero della Giustizia).

3. Il diritto internazionale pattizio e i divieti specifici

Iniziamo col dire che il diritto internazionale non vieta, in generale e in senso assoluto, agli Stati di diffondere disinformazione, ma contempla alcuni divieti specifici, spesso trascurati non solo dalla prassi, ma anche dalla dottrina.

Ricordiamo un trattato promosso dalla Società delle Nazioni nel 1936, l'*International Convention Concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace*, col quale un numero però limitato di Stati concordò di vietare e bloccare qualsiasi trasmissione di notizie false che siano «likely to harm good international understanding»¹⁵.

Allo scoppio della Seconda Guerra Mondiale le parti contraenti della Convenzione erano 22 e la sua efficacia fu fortemente limitata dal fatto che Germania, Italia e Giappone – Stati che condussero estese campagne di propaganda durante gli anni '30 e la Seconda Guerra Mondiale – non ne erano parti. In modo non sorprendente anche Cina, Stati Uniti e Unione Sovietica scelsero di non ratificare la Convenzione, gli Stati Uniti, in particolare, ritenendola incompatibile proprio con le libertà di espressione di cui al Primo Emendamento alla loro Costituzione.

Dopo la fine della guerra le funzioni di depositaria della Convenzione passarono dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite. Nel 1954, l'Assemblea generale riconobbe che la stessa costituiva un elemento importante «nel campo della libertà d'informazione» e promosse la stesura di un Protocollo che avrebbe dovuto aggiornarla; tuttavia, quando il progetto di Protocollo ottenne scarso sostegno, l'ONU abbandonò ogni sforzo volto a rilanciare la Convenzione.

Malgrado questo, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, la Convenzione continuò ad essere ratificata da alcuni Stati, in particolare da quelli del blocco comunista, ma negli anni '80, fu denunciata da Australia, Francia, Paesi Bassi e Regno Unito. È stata ratificata più recentemente dalla Liberia, nel 2005. Dal 2013 è in vigore per 29 stati, tutti piuttosto piccoli.

È il caso di evidenziare come la stessa contempra obblighi *erga omnes partes*, e quindi la sua violazione potrebbe esser contestata da qualunque Stato membro, anche non concretamente lesa da una data violazione: essa, ad oggi, contempla norme potenzialmente applicabili alla gran parte dei casi di disinformazione, propaganda di guerra e altre operazioni di informazione che «danneggiano la buona comprensione internazionale» tra gli Stati parte.

Con riguardo alla situazione attuale, ad esempio, molti dei comportamenti posti in essere dalla Russia contro l'Ucraina, potrebbero rientrarvi; in quanto stato successore dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, la Russia, infatti, ne è parte e, sebbene l'Ucraina non lo sia, lo sono diversi Stati che hanno condannato le azioni militari della Russia in Ucraina, tra cui diversi membri della NATO, come Norvegia, Finlandia, Estonia,

¹⁵ B. BAADE, *Fake News and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2018, p. 1357 ss.

Danimarca, Lussemburgo, Lettonia, Ungheria e Bulgaria. La natura *erga omnes partes* delle sue norme potrebbe consentire a questi ultimi, quindi, di lamentarne la violazione. Ricordiamo infine che l'art. 7 della Convenzione prevede una clausola compromissoria (originariamente con la giurisdizione della CPGI), fatta però oggetto di una riserva da parte della Russia.

Passando oltre ricordiamo che nel 1962 entrò in vigore la *Convention on the International Right of Correction*, promossa anch'essa dall'Assemblea generale nel 1953, il cui art. 2, premesso che la responsabilità professionale dei corrispondenti e delle agenzie di informazione impone loro di riferire i fatti senza discriminazioni e nel loro giusto contesto, e di promuovere in tal modo il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la comprensione e la cooperazione internazionale, nonché, ancora, di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, e che, di conseguenza, tutti i corrispondenti e le agenzie di informazione dovrebbero, nel caso di notiziari da loro trasmessi o pubblicati e che si siano rivelati falsi o distorti, seguire la consueta prassi di trasmettere attraverso gli stessi canali, o di pubblicare correzioni di tali dispacci, impone che «where a Contracting State contends that a news dispatch capable of injuring its relations with other States or its national prestige or dignity transmitted from one country to another by correspondents or information agencies of a Contracting or non-Contracting State and published or disseminated abroad is false or distorted, it may submit its version of the facts (hereinafter called “communicate”) to the Contracting States within whose territories such dispatch has been published or disseminated».

Ad oggi, dei 23 Stati che hanno firmato questa Convenzione, solo 17 l'hanno ratificata: il basso tasso di ratifiche potrebbe essere spiegato con il contenuto piuttosto sfumato delle sue norme, che non fissano criteri chiari per distinguere le informazioni «accurate» dalla disinformazione o dalla cattiva informazione. Inoltre, specie durante la Guerra Fredda gli Stati sono stati spesso riluttanti ad allineare le loro norme interne a questi standard, essenzialmente perché incompatibili con molte delle loro strategie diplomatiche (ad esempio, tanto gli USA quanto l'URSS hanno utilizzato i media per propagandare le loro ideologie). Tuttavia, anche se il trattato in parola appare incontestabilmente obsoleto, il fatto che molti Stati oggi percepiscano come un rischio campagne di disinformazione e cattiva informazione condotte da attori statali e non statali, potrebbe portare a una riconsiderazione del medesimo e a negoziarne una nuova versione.

La *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against Civil Aviation* del 1971, ancora, impone ai suoi Stati membri di criminalizzare ogni comunicazione illecita e intenzionale di informazioni notoriamente false che possano mettere in pericolo la sicurezza di un aeromobile in volo e, più di recente, i *Radio Regulations* adottati nel 2016 dalla International Telecommunication Union (ITU) contemplano un divieto di inviare segnali falsi o fuorvianti; va chiarito che ciò vale esclusivamente per quanto concerne i c.d. *metadati*

necessari all'identificazione del trasmettitore, e non già il contenuto materiale della trasmissione.

Peraltro, nel contesto dei conflitti armati, la diffusione di notizie false volte a destabilizzare il nemico, è fattispecie addirittura classica.

E questo ben prima della 'guerra ibrida'¹⁶: già 400 anni fa Ugo Grozio, nel suo *De Jure Belli ac Pacis*, nel Capitolo primo del Libro terzo si occupa delle regole generali del diritto naturale su quanto è permesso in guerra e in particolare dell'inganno e della menzogna e, a partire dal paragrafo sesto, della questione se ci si possa servire dell'inganno in guerra; a tal fine Grozio distingue l'inganno realizzato con un'azione negativa da quello realizzato con un'azione positiva differenziando poi a loro volta tra quello che si verifica attraverso atti liberamente significanti e quello che si verifica attraverso atti significanti in maniera più univoca. Al diciassettesimo paragrafo, poi, si occupa sulla liceità del discorso falso rivolto ai nemici, il quale sarebbe oggetto di un'eccezione alla regola in vigore tra i cristiani di non mentire. Ma ciò solo con riguardo ai discorsi assertivi e non alle promesse...

E il diritto internazionale umanitario contemporaneo, pur ponendovi dei limiti, non vieta la disinformazione in senso assoluto.

Il Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Protocollo I), adottato a Ginevra l'8 giugno 1977, all'art. 37 (Divieto della perfidia), infatti, dopo aver ricordato che «è vietato di uccidere, ferire o catturare un avversario ricorrendo alla perfidia», cioè mediante atti che facciano appello, con l'intenzione di ingannarla, alla buona fede di un avversario, al par. 2, non vieta i c.d. «stragemmi di guerra» (*ruses*), ovvero gli atti volti a indurre in errore un avversario, o a fargli commettere imprudenze, a condizione che questi non violino alcuna regola del diritto internazionale applicabile nei conflitti armati, e che non sfruttino la buona fede dell'avversario circa la protezione prevista da detto diritto, e quindi non siano 'perfidie' ai sensi del paragrafo precedente.

La norma, in un elenco esemplificativo, contempla «mascheramenti, inganni, operazioni simulate e *false informationis*»¹⁷ e risulta esser stata 'adeguata' al contesto digitale dall'art. 123 del *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* – che costituisce, però, è il caso di ricordarlo, un'opera scientifica stilata da un gruppo di esperti e non già una vera e propria fonte dell'ordinamento internazionale – il quale ci ricorda che «cyber operations that qualify as ruses of war are permitted», che i medesimi «are acts intended to mislead the enemy or to induce enemy forces to act recklessly, but that do not violate the law of armed conflict» e, in un elenco esemplificativo indica come tali

¹⁶ Sul rapporto tra disinformazione e minacce ibride, anche per ulteriori riferimenti, v. D. VAIRA, Trick or T(h)reat: *disinformazione online e minacce ibride nel panorama europeo. Alcune considerazioni alla luce dell'annullamento delle elezioni in Romania*, in *SIDIBlog*, 2025, reperibile on-line.

¹⁷ E. KATZ, *Liar's war: Protecting civilians from disinformation during armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 2020, p. 659 ss.

«transmission of *false information* causing an opponent erroneously to believe operations are about to occur or are underway» (num. 2) e «transmitting *false intelligence information* intended for interception» (num. 7).

4. Il diritto internazionale generale: in particolare il divieto di ingerenza

Passando al diritto internazionale generale, la diffusione di informazioni false, se posta in essere al fine di destabilizzare uno Stato, potrebbe rientrare nel divieto di ingerenza.

Come noto, esso nasce come divieto di coercizione¹⁸, ma la prassi, col tempo ne estende l'ambito di applicazione, al punto che per alcuni autori, anche un semplice commento su un tema riguardante la vita interna di un altro Stato sarebbe tale da integrare una violazione del divieto¹⁹.

Ma, quale soglia la disinformazione dovrebbe superare per poter esser considerata vietata dal diritto internazionale?

L'Assemblea generale, nella risoluzione 36/103, *Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States*, del 1981, dichiara l'esistenza di veri e propri obblighi degli Stati («*duty*») di astenersi, in senso generale, da qualsiasi campagna diffamatoria, denigratoria o propaganda ostile allo scopo di intervenire o interferire negli affari interni di altri Stati («to abstain from any defamatory campaign, vilification or hostile propaganda for the purpose of intervening or interfering in the internal affairs of other States» (lett. *l*)) e, più specificamente, di astenersi dallo sfruttamento e dalla distorsione delle questioni legate ai diritti umani come mezzo di ingerenza negli affari interni degli Stati, di esercizio di pressioni su altri Stati o di creazione di sfiducia e disordine all'interno e tra Stati o gruppi di Stati («to refrain from the exploitation and the distortion of human rights issues as a means of interference in the internal affairs of States, of exerting pressure on other States or creating distrust and disorder within and among States or groups of States» (lett. *l*)).

Anche sul concetto di coercizione, ancora il *Tallin Manual 2.0*, con riguardo alle operazioni informatiche, chiarisce che essa non si limita esclusivamente alla forza fisica, ma si riferisce piuttosto a ogni atto volto a privare un altro Stato della sua libertà di scelta, cioè a costringere quello Stato ad agire in modo diverso dalla sua volontà o ad astenersi parimenti dall'agire in un determinato modo: «coercion is not limited to physical force, but rather refers to an affirmative act designed to deprive another State of its freedom of choice, that

¹⁸ «A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones», così, come noto, la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 27 giugno 1986 *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States of America)*, p. 14.

¹⁹ Riferiscono dell'orientamento P. DE SENA, M. STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, p. 94.

is, to force that State to act in an involuntary manner or involuntarily refrain from acting in a particular way».

Secondo qualcuno, poi, un altro principio che potrebbe rilevare è quello di trasparenza, oggi particolarmente di moda.

Ma esiste un obbligo *generale* di trasparenza che il diritto internazionale impone agli Stati? Obblighi di trasparenza possono essere convenzionalmente concordati, ma non ci pare che la trasparenza possa essere considerata oggetto di una regola di diritto internazionale consuetudinario o di un principio ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto CIG. Essa, infatti, è generalmente vista come «in via di sviluppo», «emergente», *in statu nascendi*, da almeno 20 anni, probabilmente a causa della difficoltà di esprimerla in termini giuridici dal momento che il suo contenuto non è oggetto di condivisione tra gli Stati²⁰.

Va detto che, in alcuni casi, gli Stati potrebbero tentare di giustificare la disinformazione invocando una sorta di 'deroga' per tutelare la *sicurezza nazionale* o propri interessi essenziali: evidentemente una situazione siffatta, oltre a sollevare problemi definitori e di 'giustiziabilità'²¹ e porre, quindi, rischi di arbitrarietà, imporrebbe ancor di più la necessità di bilanciamento con i diritti fondamentali.

A mero titolo di esempio si pensi al Patto sui diritti civili e politici e, in particolare all'art. 17 («Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione»), all'art. 19, sulla libertà di espressione e, soprattutto, con riguardo alle influenze in occasione di elezioni, all'art. 25 (che, come noto, riguarda il diritto «di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni veritiere, periodiche, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori»²²).

La disciplina internazionale della disinformazione, quindi, ci pare abbia come propria *ratio* e discrimine essenzialmente le modalità di attuazione e le conseguenze che essa potrebbe avere, dal momento che essa pare essere regolata, alla stregua di alcuni principi, più sul *quomodo* che sull'*an*.

Alla luce di ciò, ci pare che i possibili rimedi internazionali, strumenti di *enforcement pubblico*, azionabili dagli Stati in presenza di comportamenti parimenti statali illegittimi, siano quello di invocare diritto alla rettifica e diritto di replica e, forse, un diritto alla contropropaganda.

²⁰ A. BIANCHI, A. PETERS, *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013.

²¹ La questione è stata ampiamente affrontata, ad esempio, nel contesto dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) anche da parte degli organi di soluzione delle controversie: cfr. da ultimo, S.M. BLANCO, A. PEHL (a cura di), *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements. Justiciability and Standards of Review*, Cham, 2023.

²² K. JONES, *On-line Disinformation and Political Discourse. Applying a Human Rights Framework*, The Royal Institute of International Affairs Chatham House Working Paper, London, 2019.

Essi, oltre che in forza delle norme pattizie eventualmente applicabili (come la già citata Convenzione *on the International Right of Correction*) potrebbero infatti esser considerate forme specifiche del diritto alla restituzione e alla soddisfazione di cui agli artt. 35 e 37 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati.

Ovviamente i medesimi, in particolare l'ultimo, dovrebbero essere esercitati nel rispetto del principio di proporzionalità.

5. Il quadro normativo dell'Unione europea: dal Digital Services Act alle nuove tendenze

Quanto all'UE, non possiamo qui analizzare compiutamente una normativa complessa come il reg. 2022/2065, il noto Digital Services Act (DSA)²³, pienamente applicabile dal 17 febbraio 2024, ma cerchiamo almeno di individuare alcuni trend.

Ricordiamo innanzi tutto che la regolamentazione UE del fenomeno della disinformazione ha vissuto essenzialmente due fasi: a misure di prima generazione, dal 2015, di natura essenzialmente volontaria, hanno poi fatto seguito misure di seconda generazione, dal 2020, maggiormente eteroinposte.

Tra queste segnaliamo il codice di Codice di buone pratiche sulla disinformazione, del 2022, il quale non appare più come un mero atto di autoregolamentazione ma di coregolamentazione: esso, infatti, non solo è stato stilato in base a linee guida adottate dalla Commissione nel 2021, ma il mancato rispetto degli impegni ivi contenuti di applicare correttamente il DSA saranno sanzionabili direttamente dalle istituzioni UE.

Il DSA, infatti, prevede una serie di meccanismi di *enforcement pubblico e privato* che potrebbero essere utilizzati per contrastare la disinformazione online, ma che, va detto, non sono state concepite esclusivamente e *specificamente* a tal fine.

Come noto, il regolamento distingue e gradua gli obblighi che impone in funzione delle caratteristiche del fornitore del servizio e delle sue dimensioni: si passa da obblighi che si applicano a tutti i fornitori e che riguardano, in applicazione di un principio di trasparenza certamente in vigore nell'UE (a differenza di quanto abbiamo visto avvenire nell'ordinamento internazionale), essenzialmente la definizione in maniera chiara di termini e condizioni del servizio e della motivazione delle decisioni (art. 17, che prevede anche l'obbligo di chiarire se la stessa è stata adottata con l'ausilio di strumenti automatizzati), a obblighi più specifici che riguardano le piattaforme online, e quindi a misure ancora più penetranti che riguardano i fornitori molto grandi (Very Large Online Providers, VLOPs e Very Large Online Search Engines, VLOSEs), per i quali è prevista una maggiore rilevanza dell'*enforcement* pubblico.

²³ In generale v. gli scritti raccolti da G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, e più specificamente la Sezione monografica su *Il Digital Services Act e il contrasto alla disinformazione* su *MediaLaws*, 2/2023.

Va segnalato che la competenza a quest'ultimo (con un modello che ci ricorda il diritto antitrust) è ripartita tra UE e autorità nazionali: i relativi poteri sono conferiti alle autorità competenti dello Stato membro in cui il prestatore è principalmente stabilito, ossia in cui ha la sua sede principale ove sono esercitate le principali funzioni e il controllo operativo.

Per quanto concerne, invece, i prestatori che non sono stabiliti nell'Unione ma che vi comunque offrono i propri servizi – e che rientrano pertanto nell'ambito di applicazione del DSA – dovrebbe essere competente lo Stato membro in cui essi hanno nominato un rappresentante legale; al fine di garantire una efficace applicazione del DSA, è poi, comunque, prevista la competenza delle autorità di tutti gli Stati membri e della Commissione, per quanto concerne i prestatori che hanno omesso di designare un rappresentante legale.

Il regolamento, dopo aver definito il concetto di moderazione dei contenuti, all'art. 3, lett. t), impone ai fornitori una serie di obblighi di controllo delle segnalazioni di contenuti «illegali» ricevute da parte degli utenti; tuttavia, il fatto che tali obblighi riguardino esclusivamente i contenuti «illegali», appunto, potrebbe creare non pochi problemi nel caso di disinformazione, dal momento che la stessa non è detto sia tale *sic et simpliciter*.

Le segnalazioni, peraltro, impattano, ai sensi dell'art. 13, par. 4 DSA, sul regime di esenzione dalla responsabilità previsto dall'art. 6: in relazione ai contenuti segnalati, infatti, evidentemente, il provider non potrà dire di essere ignaro del loro contenuto e invocare quindi l'esenzione²⁴.

Ma, in materia di disinformazione, le norme più rilevanti, a causa della loro capacità di diffusione di contenuti, sono quelle che riguardano i VLOPs, ai quali sono imposti obblighi di valutazione annuale dei rischi (art. 34) e, in applicazione di tale valutazione, di adottare misure di attenuazione dei medesimi (art. 35). In particolare, si segnalano, ai sensi della lett. c) l'obbligo di rapida rimozione dei contenuti oggetto della notifica o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, in relazione all'incitamento illegale all'odio e alla violenza online e, della lett. k), il ricorso a un contrassegno ben visibile per identificare i c.d. *deep fakes*.

Lo strumento si inserisce pertanto nel contesto normativo preesistente predisposto dal DSA e, in particolare, nella disciplina sopra richiamata applicabile ai VLOP e ai VLOSE.

È importante sottolineare il recente caso di influenza straniera nel processo elettorale romeno, culminato nella dichiarazione di annullamento delle elezioni presidenziali da parte della Corte Costituzionale: la Corte rumena, sulla base di documenti declassificati provenienti dai servizi segreti romeni interni ed esterni, con la sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024, ha dichiarato l'annullamento del primo turno della procedura elettorale in parola a causa di accertate irregolarità e violazioni della normativa elettorale che hanno compromesso la libertà e la correttezza del voto espresso dai cittadini e le pari opportunità

²⁴ Sull'esenzione cfr. G.M. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di* bis in idem, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, p. 221 ss.

dei candidati elettorali. Ha inoltre dichiarato la necessità di ripetere la procedura «nella sua interezza».

La Corte ha ritenuto che la manipolazione del voto sia avvenuta attraverso azioni ibride e aggressive di origine russa che hanno favorito il candidato di estrema destra filo-russo, Calin Georgescu, e che tale manipolazione è avvenuta attraverso le tecnologie digitali, in particolare attraverso la piattaforma *TikTok*, nonché attraverso l'intelligenza artificiale e il finanziamento della campagna elettorale da fonti non dichiarate. A parere della Corte, tali anomalie hanno comportato una violazione del corretto svolgimento della campagna di comunicazione e, pertanto, del diritto degli elettori a essere adeguatamente informati nel contesto di un processo elettorale, nonché una violazione della legge elettorale in materia di finanziamento dei candidati. Ovviamente, il regime in parola presenta non poche intersezioni e interferenze con quello applicabile all'intelligenza artificiale: se per un verso, infatti, l'intelligenza artificiale può comportare l'innalzamento del livello di rischio, d'altro canto essa può pure, se correttamente utilizzata come strumento di filtro, consentire un contenimento delle misure di disinformazione²⁵.

La vicenda ha spinto la Commissione ad avviare un procedimento formale contro TikTok ai sensi delle dette norme del DSA, in particolare all'obbligo di valutare e mitigare adeguatamente i rischi sistemici relativi all'integrità elettorale. Sarà ora necessario valutare in che modo la piattaforma abbia gestito i rischi associati al processo elettorale e se abbia strutturato adeguatamente i propri sistemi di raccomandazione per prevenire la manipolazione o lo sfruttamento automatizzato del servizio, nonché le sue politiche in materia di pubblicità politica e contenuti politici a pagamento.

6. Conclusioni

In conclusione, ci pare di poter rintracciare un trend alla rilevanza internazionale delle misure di *enforcement* pubblico contro la disinformazione. Per quanto riguarda l'ordinamento internazionale, in particolare, si registra però una minore rilevanza del diritto pattizio il quale, infatti, in assenza di prassi applicativa, rimane sostanzialmente lettera morta, e quindi difetta non solo di efficacia ma addirittura di effettività e, per contro, una maggiore rilevanza del diritto consuetudinario e di principi di portata materiale più ampia e lasca, probabilmente perché idonei a consentire una maggiore flessibilità e, quindi, maggiori margini di manovra agli Stati.

²⁵ Sui rapporti tra IA e DSA, proprio con riguardo alla diffusione di informazioni, ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *La responsabilità per la diffusione online di informazioni tra Artificial Intelligence Act e DSA*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2023, p. 409 ss.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea si registra parimenti un superamento della distinzione classica tra diritto vincolante e diritto *soft* e l'utilizzazione di quest'ultimo come strumenti di co-regolamentazione²⁶.

Un'ultima considerazione: segnaliamo che sul versante degli strumenti di *enforcement* come uno di essi potrebbe essere rappresentato da un meccanismo analogo a quello al quale facevamo riferimento in apertura con riguardo alla condanna a danni punitivi, sempre che si riesca a superare le note resistenze europee a meccanismi ultracompensativi²⁷.

²⁶ Cfr. O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, p. 1051 ss.

²⁷ P. FRANZINA, *The Purpose and Operation of the Public Policy Defence as Applied to Punitive Damages*, in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019, p. 43 ss.

La disinformazione online come minaccia ibrida e gli strumenti utili per contrastarla nel panorama europeo. Alcune considerazioni alla luce dell'annullamento delle elezioni in Romania

DAVIDE VAIRA*

SOMMARIO: 1. L'annullamento delle elezioni in Romania alla luce di potenziali ingerenze della Russia. – 2. La disinformazione come minaccia ibrida nelle elezioni democratiche. – 3. La tutela della libertà di espressione e il contrasto alla disinformazione nel panorama europeo. – 4. Il *Democracy Shield*. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: L'annullamento delle elezioni in Romania a causa di potenziali ingerenze di Stati terzi – in particolare della Russia – nella campagna elettorale ha indotto l'Unione europea a riflettere sui limiti e sugli strumenti che uno Stato può adottare per contrastare il pericolo di minacce ibride, quali la disinformazione online, volte a destabilizzare i processi democratici e a indebolire i Paesi. Di qui, la necessità di definire e disciplinare il fenomeno e individuare i termini entro i quali operare un bilanciamento tra libertà di espressione e corretta informazione online. Il presente contributo, ripercorrendo gli accadimenti che si sono avuti in Romania, si pone l'obiettivo di analizzare la disinformazione online come forma di minaccia ibrida sia nel contesto dell'ordinamento internazionale, sia in quello del diritto dell'Unione europea, ponendo, poi, l'attenzione: sul *target* delle minacce ibride; sulla definizione e tutela dei valori democratici e dei diritti fondamentali a questi collegati; sull'adeguatezza dei meccanismi di difesa predisposti dagli Stati; sui tentativi di armonizzazione della disciplina in materia di annullamento delle elezioni a seguito di ingerenze da parte di Stati terzi. In particolare, il contributo si concentra sul *Democracy Shield* – strumento previsto dall'Unione europea per contrastare la disinformazione online e tutelare i principi democratici –, definendo la struttura, nonché individuando la modalità di funzionamento e valutando la potenzialità applicativa dello stesso.

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Cagliari, davide.vaira@unica.it. Il presente contributo è stato realizzato grazie al finanziamento del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) per il progetto di ricerca PRIN 2022 PNRR F53D23011940001 intitolato «*Hybrid Threats vs Democratic Resilience: An Analytical and Practical Toolkit (HYDRA)*».

PAROLE CHIAVE: Disinformazione – Minacce ibride – Democraticità – *Democracy Shield* - Piattaforme online – Elezioni.

1. L'annullamento delle elezioni in Romania alla luce di potenziali ingerenze della Russia

Il giorno 6 dicembre 2024 la Corte costituzionale rumena ha annullato i risultati delle elezioni presidenziali per sospette ingerenze da parte della Russia durante la campagna elettorale. Per comprendere la portata di tale annullamento e inquadrare le connesse problematiche giuridiche, appare opportuno ripercorrere gli accadimenti principali.

Il 2024 è stato un anno fondamentale per la politica internazionale, in quanto ha ospitato un numero di elezioni democratiche insolitamente alto, che hanno coinvolto anche attori di rilievo quali gli Stati Uniti e l'Unione europea e hanno ridefinito gli equilibri globali¹. Nei mesi di novembre e dicembre il *focus* si è concentrato sulle elezioni presidenziali in Romania. Le primarie si sono concluse con l'indicazione di tre diversi candidati: Ion-Marcel Ciolacu, già Primo Ministro del Paese e membro del Partito Social Democratico, Elena Lasconi di estrazione centrista, Călin Georgescu, indipendente, di orientamento filo-russo e contrario all'erogazione di aiuti all'Ucraina.

Nonostante la maggioranza relativa raggiunta al primo turno dal Partito Social Democratico di Ciolacu, i risultati delle coalizioni di centro e di destra hanno consentito ai rispettivi candidati di giungere al ballottaggio, originariamente previsto per l'8 dicembre. Al riguardo, particolare interesse ha suscitato il risultato raggiunto dalla coalizione dei tre partiti di estrema destra, sostenitrice di Georgescu, che ha superato il 31% dei voti, nella misura del triplo rispetto alle precedenti elezioni tenutesi nel 2020.

L'inatteso risultato raggiunto al primo turno dalla coalizione di Georgescu ha determinato numerose proteste nel Paese cui è seguita, in data 4 dicembre, la diffusione, da parte del Ministero dell'Interno, di documenti classificati, provenienti dal Servizio di Intelligence estero, dal Servizio di Intelligence rumeno e dal Servizio Speciale di Telecomunicazioni², a dimostrazione di ingerenze di uno Stato terzo sull'esito delle elezioni.

La diffusione di tali documenti ha determinato l'intervento della Corte costituzionale rumena, quale garante della correttezza del processo elettorale ai sensi dell'art. 146 lett. f) della Costituzione, che, con la decisione n. 32/2024 del 6 dicembre 2024³, ha annullato l'intero procedimento elettorale per sospette ingerenze da parte della Russia e che, in

¹ Per un approfondimento sull'argomento si veda G.M. RUOTOLO, *Nell'anno delle elezioni hanno tutti ragione. Alcune considerazioni sul ruolo di diritto internazionale ed UE nel contrasto alla disinformazione*, in questo Volume.

² Tali documenti, come espressamente riportato dalla sentenza della Corte costituzionale rumena, sono stati declassificati tramite apposite note informative registrate presso l'Amministrazione Presidenziale con n. DSN1/1741/4.12.2024, n. DSN1/1740/4.12.2024, n. DSN1/1742/4.12.2024, n. DSN1/1743/4.12.2024, rispettivamente n. DSN1/1701/2.12.2024.

³ Una traduzione della sentenza è presente in *Nomos – Le attualità del diritto*, anticipazioni al n. 3/2024.

applicazione dell'art. 83 par. 2 della Costituzione, ha confermato il mantenimento in carica del Presidente uscente fino all'elezione del successivo.

Nella sentenza, la Corte ha motivato la decisione affermando che l'«assicurare il rispetto del procedimento per l'elezione del Presidente» non deve essere inteso in senso restrittivo, in quanto consente anche l'annullamento *tout court* delle elezioni in caso di sospette irregolarità. Nella specie, il sospetto di un'indebita ingerenza da parte della Russia è nato dalla circostanza che, a differenza della campagna elettorale condotta in modo tradizionale dai candidati Ciolacu e Lasconi, diversamente, quella di Georgescu si è svolta quasi completamente attraverso piattaforme online e, in particolare, *TikTok*.

La scelta, che ha consentito a Georgescu di dichiarare una spesa elettorale pari a zero, ha suscitato diversi interrogativi in quanto, contemporaneamente, proprio sulla piattaforma *TikTok*, era divenuta virale una campagna filorusa contro gli aiuti a Kiev, che si basava principalmente sul risentimento della popolazione rumena per il trattamento preferenziale riservato ai rifugiati ucraini e sul timore di un'espansione del conflitto anche in territorio rumeno in caso di mantenimento del supporto all'Ucraina, in ragione della rilevanza strategica della Romania, geograficamente vicina alla prima. Alla campagna filorusa si è affiancata la campagna elettorale di Georgescu, i cui contenuti si sono rivelati difficilmente verificabili dagli algoritmi, in quanto i video spesso erano inseriti nella categoria 'intrattenimento', invece che nella categoria 'politica'.

La Corte costituzionale, ribadendo il diritto alle libere elezioni come uno degli strumenti fondamentali delle democrazie occidentali, ha focalizzato due particolari aspetti.

Per un verso, ha affermato la violazione di norme di legge sul finanziamento delle campagne elettorali, evidenziando che «(...) una campagna elettorale comporta costi e spese rilevanti, e la situazione analizzata rivela[va] un'evidente incongruenza tra la portata della campagna svolta e l'inesistenza assunta dal candidato in merito alle spese sostenute», da cui il sospetto di finanziamenti illeciti; per altro verso, ha sottolineato il sospetto di una campagna di disinformazione e di un uso non trasparente di tecnologie digitali, con le quali sono state «distort[e] la natura libera e corretta dell'esperienza di voto espressa dai cittadini e le pari opportunità dei concorrenti elettorali».

La Corte ha così evidenziato, quali requisiti necessari delle elezioni democratiche: la libertà di opinione ed espressione, legata al diritto all'informazione; il diritto di voto libero da ingerenze illecite di Paesi terzi; la trasparenza e la pari opportunità tra i candidati.

In merito alla decisione della Corte costituzionale rumena di annullare le elezioni, in dottrina si registrano posizioni contrapposte tra quanti hanno ritenuto che l'annullamento fosse inevitabile⁴, non essendo ammissibile la manipolazione delle informazioni in periodo elettorale e la violazione sistematica dei principi democratici, e quanti, invece, hanno

⁴R. RIZOIU, *Alegerile, anularea și regulile. Despre lege și gardienii săi*, in *Juridice Essentials*, 23 gennaio 2025.

considerato opinabile l'operato della Corte⁵, in quanto espressione di un'ingerenza giuridica in ambito prettamente politico, la cui motivazione è stata resa solo *ex post*⁶.

Sulla premessa che il risultato elettorale è strettamente legato al diritto di voto e che la corretta conduzione delle elezioni rientra nella sovranità nazionale e rappresenta un principio fondamentale⁷, la Corte costituzionale rumena ha accertato che le ingerenze esterne della Russia hanno determinato la distorsione della libertà di espressione del voto, nonché un trattamento iniquo tra i candidati – con la conseguente compromissione del diritto di elettorato passivo – e, infine, la violazione delle regole sul finanziamento delle campagne elettorali.

La decisione di annullamento delle elezioni rumene ha posto alcuni interrogativi che hanno indotto a richiedere l'intervento della Commissione di Venezia⁸ sia in merito alla circostanza che la Corte costituzionale, in data 2 dicembre 2024, ha ritenuto valide le elezioni, per poi annullarle a distanza di pochi giorni, sia in ragione del fatto che l'annullamento è stato supportato da motivi di sicurezza nazionale che, in quanto discrezionali, determinano incertezza nei processi elettorali e scarsa trasparenza⁹, conseguenze, queste, che nel caso di specie sono state accresciute dall'utilizzo di documenti di *intelligence*, per quanto declassificati.

In linea con l'orientamento già assunto negli anni precedenti¹⁰, la Commissione di Venezia, con rapporto del 27 gennaio 2025¹¹, ha tentato di individuare principi comuni in tema di annullamento delle elezioni, fissando standard procedurali e limiti volti a uniformare l'atteggiamento che gli Stati devono assumere in casi analoghi, al fine di

⁵ V. PERJU, *Analiza constituțională a Hotărârii CCR 32/2024 de anulare a alegerilor prezidențiale*, in *Juridice*, 7 dicembre 2024; V. CONSTANTIN, *Constituția non-suveranistă și contextul ei suveranist*, in *Juridice*, 8 gennaio 2025.

⁶ Un'approfondita disamina sui due orientamenti è presente in D.A. CĂRĂMIDARIU, A. VERTES-OLTEANU, *Safeguarding Democracy: constitutional insights from Romania's election annulment*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2025, p. 139 ss., p. 140.

⁷ In tal senso si veda il par. 21 della sentenza della Corte Costituzionale rumena.

⁸ Nello specifico, con una lettera del 13 dicembre 2024, il presidente dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha richiesto un report urgente alla Commissione di Venezia per rispondere alla domanda «*Under which conditions and under which legal standards can a constitutional court invalidate elections, drawing from the recent Romanian case?*»: Commissione di Venezia, *Urgent Report on the Cancellation of Election Results by Constitutional Courts*, CDL-AD(2025)003 del 27 gennaio 2025, p. 1.

⁹ D.A. CĂRĂMIDARIU, A. VERTES-OLTEANU, *Safeguarding Democracy*, cit., p. 157.

¹⁰ La Commissione di Venezia ha sviluppato negli anni diversi orientamenti volti ad una armonizzazione dei processi elettorali. Si segnala in particolare modo il Codice di buone pratiche sulle questioni elettorali (Commissione di Venezia, *Code of good practice in electoral matters*, CDL-AD(2002)023rev-cor del 25 ottobre 2018) e la relativa dichiarazione interpretativa (Commissione di Venezia, *Interpretative declaration of the Code of good practice in electoral matters as concerns digital technologies and artificial intelligence*, CDL-AD(2024)044 del 10 dicembre 2024); il report del 2009 sulla cancellazione dei risultati elettorali (Commissione di Venezia, *Report on the cancellation of election results*, CDL-AD(2009)054 del 14 dicembre 2009); il report del 2020 sulla risoluzione delle controversie elettorali (Commissione di Venezia, *Report on election dispute resolution*, CDL-AD(2020)025 del 8 ottobre 2020).

¹¹ CDL-AD(2025)003, cit.

bilanciare l'esigenza di salvaguardia dei processi democratici da ingerenze di Stati terzi con il rispetto della volontà degli elettori, espressa attraverso il voto.

Nello specifico, la Commissione, riprendendo quanto già affermato dalla Corte europea dei diritti umani e, prima ancora, dalla Commissione europea dei diritti umani¹², ha stabilito che le irregolarità nei processi elettorali interferiscono con la libertà di opinione e di espressione previsti dall'art. 10 CEDU solo se inficiano concretamente l'esito delle elezioni, mentre al contrario, là dove tale compromissione non ci sia, le dette irregolarità sono da considerarsi minori e dunque, non idonee a ledere il diritto a libere elezioni previsto dall'art. 3 del Protocollo 1 della medesima Convenzione¹³.

Ancora, la Commissione di Venezia ha sottolineato la necessità che le irregolarità derivanti dalle violazioni siano provate in maniera significativa e che le violazioni possano essere valutate liberamente dai singoli Paesi in termini di effettiva incidenza sulla validità delle elezioni o, anche, di accettazione dei risultati elettorali come soluzione meno gravosa¹⁴.

Allo stesso tempo, nel report urgente si è riconosciuto valore al potenziale derivante dai *social network*, in quanto strumenti che, se da un lato consentono una maggiore immediatezza nelle campagne elettorali, dall'altro determinano un maggiore rischio di disinformazione.

Sul punto, la Commissione di Venezia, premesso che, di regola, le espressioni politiche in uso nelle campagne elettorali rientrano nel perimetro della libertà di espressione – salvo ipotesi di eccessi, quali l'*hate speech*¹⁵ –, ha ravvisato nella disinformazione un fenomeno che rende complicato giustificare l'annullamento delle elezioni in assenza di un compendio probatorio particolarmente incisivo, evidenziando, tuttavia, che le prove richieste non devono arrivare a dimostrare l'influenza sui risultati elettorali in termini di assolutezza, ma, quantomeno, di 'più probabile che non'¹⁶.

Considerati i rischi che incombono sui processi elettorali, derivanti dalle ingerenze dei Paesi terzi, i quali possono agire con campagne di disinformazione online – come accaduto in Romania –, la Commissione di Venezia ha stabilito che la Corte costituzionale ha il potere di annullare le elezioni democratiche *ex officio*, ma che tale potere può essere utilizzato solo in casi eccezionali e come *extrema ratio*, nel rispetto dei requisiti di *due process*, ovvero di oggettività e di correttezza, e ha sottolineato la necessità di estendere, soprattutto con riferimento ai finanziamenti, alle campagne elettorali online la trasparenza richiesta per le campagne elettorali tradizionali.

¹² In tal senso Commissione EDU, decisione del 28 febbraio 1994, ric. n. 18997/91, *I.Z. c. Grecia*; Corte EDU, sentenza del 4 maggio 1999, ric. n. 43476/98, *Babenko c. Ucraina*.

¹³ In tal senso Corte EDU, sentenza del 13 ottobre 2015, ric. n. 48555/10, *Riz̃a e altri c. Bulgaria*, par. 174-176.

¹⁴ CDL-AD(2025)003, cit., p. 11-13.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 15 maggio 2023, ric. n. 45581/15, *Sanchez c. Francia*.

¹⁶ CDL-AD(2025)003, cit., p. 12.

A completamento del quadro introduttivo relativo all'annullamento delle elezioni in Romania, è opportuno ricordare quanto avvenuto nei mesi più recenti.

Il candidato Georgescu, a seguito della pronuncia di annullamento delle elezioni, ha adito la Corte EDU eccependo la violazione, da parte della Corte costituzionale rumena, dell'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, relativo al diritto a libere elezioni, e degli artt. 10 e 11 CEDU, relativi rispettivamente alla libertà di espressione e alla libertà di associazione e assemblea.

La Corte, nel dichiarare inammissibile la domanda, ha affermato, da un lato, che in virtù del principio di separazione dei poteri, previsto dall'ordinamento rumeno, l'autorità del Presidente è solo accessoria rispetto a quella del Parlamento e, pertanto, non può ritenersi che il Presidente sia parte della 'legislatura' rumena nei termini di cui all'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU; dall'altro lato ha ritenuto che, nel caso di specie, non fossero state presentate sufficienti prove a supporto della 'interferenza politica', tali da determinare la violazione degli articoli 10 e 11 CEDU¹⁷.

Al contempo, l'Alta Corte rumena ha respinto il ricorso di Georgescu contro la decisione della Commissione Elettorale di Bucarest che aveva respinto la sua rinnovata candidatura per le elezioni di maggio 2025, eccependo irregolarità nella documentazione presentata e indagini penali a suo carico, comprese quelle di attacco all'ordine costituzionale e creazione di una organizzazione fascista e razzista¹⁸.

Infine, il 22 maggio 2025 la Corte costituzionale rumena ha respinto il ricorso di George Simion¹⁹, successore e sostituto di Georgescu nella corsa presidenziale, che chiedeva l'annullamento del nuovo ballottaggio per sospette ingerenze straniere, confermando così la regolarità del nuovo processo elettorale, come sancita dall'Autorità Elettorale Permanente rumena²⁰, e la vittoria del candidato centrista Nicușor Dan, con il 53,6% dei consensi.

Il caso in esame presta il fianco a riflessioni sotto diversi profili.

Al di là delle questioni relative alla trasparenza dei finanziamenti in periodo elettorale e agli obblighi di sorveglianza disposti dal *Digital Services Act*²¹ (DSA) in capo alle 'piattaforme online di dimensioni molto grandi' (*Very Large Online Platforms*, VLOPs) – tra le quali rientra anche *TikTok*²² – sui contenuti caricati dagli utenti, sui quali, per esigenze di

¹⁷ Corte EDU, sentenza dell'11 febbraio 2025, ric. n. 37327/24, *Călin Georgescu c. Romania*.

¹⁸ ANSA, *Georgescu escluso da elezioni, Romania col fiato sospeso*, in *Ansa*, 11 marzo 2025.

¹⁹ Corte costituzionale rumena, comunicato stampa del 22 maggio 2025, disponibile al sito www.ccr.ro.

²⁰ La relazione dell'Autorità Elettorale Permanente Rumena è disponibile al sito www.roaep.ro.

²¹ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali).

²² Commissione Europea, *Press Release: Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines*, 25 aprile 2023, disponibile all'indirizzo ec.europa.eu.

concisione non è possibile soffermarsi²³, l'attenzione verrà focalizzata sugli spunti offerti dalla pronuncia della Corte costituzionale rumena in tema di indebita ingerenza di Stati terzi e sugli strumenti attraverso i quali gli Stati *target* possono difendersi ed esercitare la resilienza democratica, problematiche, queste, che verranno affrontate con riferimento al diritto dell'Unione europea, senza tralasciare richiami al diritto internazionale.

Così ricostruiti gli avvenimenti del caso in esame, si procederà ad analizzare la possibilità di inquadrare la disinformazione online, già utilizzata dalla Russia in passato, come minaccia ibrida (paragrafo 2). Successivamente, l'attenzione si focalizzerà sul *target* delle minacce ibride e sulla definizione e tutela dei valori democratici e dei diritti fondamentali a questi collegati (paragrafo 3). Infine, si tenterà una riflessione sugli strumenti di cui dispongono gli Stati per contrastare la disinformazione online e tutelare i principi democratici, tra i quali il *Democracy Shield* (paragrafo 4).

2. La disinformazione come minaccia ibrida nelle elezioni democratiche

La definizione di minaccia ibrida, intesa in senso generico, non è agevole, in quanto ricomprende un ampio ed eterogeneo ventaglio di comportamenti che possono essere esercitati da uno Stato – o da attori privati – al fine di indebolire un altro Paese²⁴. Il concetto di minaccia ibrida è in parte ricollegabile a quello di guerra ibrida²⁵, la cui diffusione si è avuta, in particolare, nel 2014, a seguito dell'annessione della Crimea al territorio russo.

La NATO²⁶ ha adottato la definizione di minaccia ibrida utilizzata anche dall'Unione Europea²⁷, secondo cui «le minacce ibride combinano attività convenzionali e non convenzionali, militari e non militari, che possono essere usate in modo coordinato dagli Stati o da attori non statali per raggiungere specifici obiettivi politici (...) [e che] prendono di mira le vulnerabilità critiche e cercano di creare confusione che impedirebbe un processo decisionale rapido ed efficace».

²³ Per un esaustivo approfondimento su tale aspetto si rinvia a G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Services Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, p. 45 ss.; G.M. RUOTOLO, *The DSA as a Protection for Democratic Processes by the Application of the Additional Obligations imposed on Very Large Online Platforms and Search Engines*, in G. MORGESE, I. OTTAVIANO, S. PUGLIESE, N. NUCCIA (a cura di), *EU Rules on Transparency and Liability for Online Platforms: Challenges and Perspectives*, Torino, 2025 (in corso di stampa).

²⁴ Per una ricostruzione approfondita al riguardo si veda G. GIANNOPOULOS, H. SMITH, M. THEOCHARIDOU, *The landscape of Hybrid Threats: A conceptual model*, Lussemburgo, 2021, p. 1 ss.

²⁵ North Atlantic Treaty Organization News, *NATO and EU discuss defence against hybrid warfare*, 15 marzo 2019, disponibile all'indirizzo www.nato.int.

²⁶ North Atlantic Treaty Organization: *Countering Hybrid Threats*, 7 maggio 2024, disponibile all'indirizzo www.nato.int. Occorre precisare che un richiamo al concetto di minaccia ibrida era presente, in via embrionale, già nei 'NATO Capstone Concepts' del 2010, si veda al riguardo M. AARONSON ET AL., *NATO Countering the Hybrid Threat*, in *PRISM*, vol. 2, n. 4, settembre 2011, pp. 111-124, p. 115.

²⁷ European Union External Action, *A Europe that protects: Countering Hybrid Threats*, giugno 2018, disponibile all'indirizzo www.eeas.europa.eu.

Successivamente, il *The Hague Centre for Strategic Studies* (HCSS)²⁸ e l'*European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats* (Hybrid CoE)²⁹ hanno definito la nozione di minaccia ibrida specificando l'idea che il *target* possa essere rappresentato sia dagli Stati che dalle istituzioni democratiche.

Nel concetto di minaccia ibrida è possibile far rientrare la disinformazione, non solo per espressa definizione da parte delle Istituzioni europee³⁰, ma anche perché la stessa, negli anni, si è rivelata uno strumento utile alla destabilizzazione dei Paesi.

Quanto all'utilizzo di minacce ibride durante le campagne elettorali, occorre operare una distinzione tra misinformazione, disinformazione e propaganda.

La misinformazione ricomprende informazioni false o fuorvianti che, tuttavia, non sono state diffuse con l'intento di nuocere, sicché, pur rientrando tra i fattori di rischio per i procedimenti democratici³¹, non è generalmente ritenuta minaccia ibrida³², in quanto non cagionata volontariamente.

La disinformazione, invece, riguarda informazioni false o manipolate, diffuse al preciso scopo di cagionare un danno, e può essere considerata una derivazione della propaganda³³ che, originariamente nata con una connotazione neutrale (in tal senso l'art. 20 par. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici – ICCPR), ha assunto poi una connotazione negativa³⁴.

Il *discrimen* tra misinformazione e disinformazione, pertanto, attiene all'intenzionalità di quest'ultima, che la eleva al rango di minaccia ibrida. Appare utile precisare che, nel presente elaborato, con la definizione di disinformazione si intendono non solo le informazioni false *tout court*, ma anche la manipolazione di informazioni, ritenuta altrettanto grave.

Per quel che qui rileva, in periodo elettorale la disinformazione rappresenta una minaccia soprattutto quando le notizie false o fuorvianti vengono diffuse da Paesi stranieri, poiché in tal caso, oltre alla violazione del diritto all'informazione e alla libertà di

²⁸ T. SWEIJS, S. ZILINČIK, *Cross Domain Deterrence and Hybrid Conflict*, The Hague Centre for Strategic Studies Report, dicembre 2019, p. 8.

²⁹ European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats, *Hybrid Threats as a Concept*, disponibile all'indirizzo www.hybridcoe.fi.

³⁰ Si veda al riguardo Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi sull'attuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali a norma dell'art. 35, paragrafo 3, del regolamento UE 2022/2065*, 26 aprile 2024, par. 63.

³¹ *Ibidem*, par. 27 a) e 40 a).

³² NATO's approach to counter information threats, 3 febbraio 2025, disponibile all'indirizzo www.nato.int.

³³ K. JONES, *Online Disinformation and Political Discourse: Applying a Human Rights Framework*, Chatham House, 2019, p. 7; M. CASTELLANETA, *La disinformazione nel conflitto in Ucraina: tra ius in bello e diritto alla libertà di espressione*, in O. PORCHIA, M. VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future – Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi*, Napoli-Torino, 2023, p. 327 ss.

³⁴ R. IVANČIČ, *On Disinformation and Propaganda in the Context of the Spread of Hybrid Threats*, in *Vojenské Reflexie*, 2023, p. 38 ss, p. 44; J.B. WHITTON, *Propaganda and International Law*, in *Recueil des Cours*, 1948, p. 530 ss, p. 550.

espressione, si configura anche la violazione del principio di non ingerenza che permea il diritto internazionale.

Sul punto va evidenziato come inizialmente la Corte internazionale di giustizia ebbe a precisare che per integrare una violazione del divieto di ingerenza negli affari interni di un Paese, sancito a livello consuetudinario per tutelare la sovranità degli Stati, fosse necessario che l'intervento assumesse carattere coercitivo³⁵.

Tuttavia, sia a livello internazionale³⁶, sia a livello europeo³⁷, si è precisato che la coercitività dell'azione non deve essere intesa come limitata all'uso della forza, ma può essere estesa a qualsiasi comportamento volto a privare uno Stato *target* della propria sovranità e libertà di azione.

Si è quindi posto il dubbio *se* la disinformazione possa rappresentare una reale minaccia per la sovranità dello Stato *target*, minando la libertà di azione dello stesso.

Si è ritenuto, al riguardo, che ogni decisione razionale, attribuibile allo Stato o alla popolazione – ad esempio in periodo elettorale –, è basata su fatti e che influenzare l'esito di tali decisioni diffondendo volontariamente false informazioni durante i processi decisionali corrisponde a un comportamento coercitivo, idoneo a violare il principio di non ingerenza³⁸.

Il divieto di ingerenza di Paesi stranieri negli affari interni di uno Stato, quindi, ha subito un ampliamento sia da un punto di vista pratico, in quanto le piattaforme digitali, che consentono la diffusione globale e immediata delle informazioni grazie all'ubiquità dei dati, rappresentano un veicolo attraverso il quale operare 'da remoto' anche in territori esteri, sia da un punto di vista concettuale, in quanto l'ingerenza non è più riferibile solo all'uso della forza, ma a qualsiasi strumento che impedisca a uno Stato di agire liberamente³⁹.

Ne deriva che, in periodo elettorale, il libero e ininterrotto flusso di informazioni costituisce, per un verso, un aspetto fondamentale per la corretta partecipazione dei cittadini ai dibattiti, per altro verso uno dei principali strumenti attraverso i quali manipolare le opinioni⁴⁰.

³⁵ CIG, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, par. 205.

³⁶ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, A/RES/2625(XXV) del 24 ottobre 1970.

³⁷ M.N. SCHMITT (a cura di), *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge, 2017, p. 317 ss.

³⁸ B. BAADE, *Fake News and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2019, p. 1357 ss., in particolare p. 1362-1365.

³⁹ G.M. RUOTOLO, *Nell'anno delle elezioni hanno tutti ragione*, cit.

⁴⁰ In tal senso di minaccia critica hanno parlato S. BRADSHAW, P.N. HOWARD, *Challenging Truth and Trust: A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation*, Oxford, 2018.

L'ingerenza e la manipolazione delle informazioni sono strumenti che la Russia ha utilizzato per rafforzare la propria posizione nel conflitto con l'Ucraina⁴¹, anche mediante l'*Internet Research Agency* (IRA), agenzia che, grazie a finanziamenti statali, ha il preciso compito di diffondere disinformazione e manipolare l'opinione pubblica online, con lo scopo di indebolire i Paesi terzi⁴².

Sospetti di ingerenza, non sempre provati, da parte della Russia nei confronti delle democrazie occidentali, si sono alimentati in occasione di eventi sensibili, quali la *Brexit*⁴³, il referendum sull'indipendenza della Catalogna⁴⁴, le elezioni statunitensi del 2016⁴⁵.

⁴¹ Al riguardo è opportuno segnalare alcune azioni e atti rilevanti adottati dall'Unione Europea al fine di contrastare l'attività della Russia volta a rafforzare la propria posizione nel conflitto con l'Ucraina. *Ex multis*, si segnala la recente Risoluzione del Parlamento Europeo, riguardante la disinformazione e falsificazione della storia da parte della Russia per giustificare la sua guerra di aggressione contro l'Ucraina, 2024/2988(RSP) del 23 gennaio 2025, tramite la quale il Parlamento Europeo, oltre a riconoscere e prendere le distanze dall'attività di disinformazione e manipolazione delle informazioni da parte della Russia, ha invitato le altre istituzioni, gli Stati e i cittadini ad agire per contrastare tale attività. Parallelismi si possono trovare anche nella dichiarazione dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari Esteri e la Politica di sicurezza del 24 febbraio 2022 sull'invasione dell'Ucraina da parte delle forze armate russe, del 24 febbraio 2022 (il cui testo è disponibile al sito www.consilium.europa.eu) e le contestuali conclusioni adottate dal Consiglio Europeo sul medesimo argomento (disponibili al sito www.consilium.europa.eu.) Quanto invece ad atti più concreti in materia, si segnalano la decisione PESC 2022/351 del Consiglio, del 1 marzo 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina e il relativo Regolamento 2022/350, del Consiglio, del 1° marzo 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, e che ha imposto sanzioni nei confronti dell'agenzia di stampa sovietica *Sputnik* e dell'emittente televisiva *RT - Russia Today*, impedendo loro la diffusione dei contenuti, in quanto accusate di essere sotto il controllo diretto o indiretto della Russia. La portata di tali azioni è stata tale che anche in sede di ricorso dinanzi al tribunale, con la causa *RT France c. Consiglio*, l'organo giurisdizionale, dopo aver rigettato la richiesta della ricorrente per assenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* sia con riferimento ai danni economici che reputazionali, ha espressamente riconosciuto la disinformazione come facente parte dell'arsenale di guerra moderna (Tribunale, ordinanza del 30 marzo 2022, T-125/22 R, *RT France c. Consiglio dell'Unione Europea*, punto 62 e Tribunale, sentenza del 22 luglio 2022, T-125/22, *RT France c. Consiglio dell'Unione Europea*, punto 56), in quanto la manipolazione dell'opinione pubblica può comportare la destabilizzazione degli equilibri politici portando, nel bilanciamento di interessi, alla soccombenza del diritto alla libertà di espressione dinanzi ad esigenze di interesse generale, pur rispettando il principio di proporzionalità. Per un approfondimento sull'argomento si veda A. MAFFEO, *Misure restrittive contro la Russia: il Tribunale rigetta la richiesta di sospensione di RT France*, in *Eurojus*, 2022, p. 300 ss.

⁴² R. DiRESTA ET AL., *The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency*, in *Congress of the United States – United States Senate Documents*, ottobre 2019, disponibile a digitalcommons.unl.edu.

⁴³ House of Commons, *Disinformation and 'Fake News': Final Report*, Eighth Report of Session 2017-19, 18 febbraio 2019, disponibile a publications.parliament.uk.

⁴⁴ O. LAUTMAN, *Catalonia: Where There's Trouble There's Russia*, in *CEPA*, 27 settembre 2021, disponibile a cepa.org.

⁴⁵ (U) Report of the Select Committee in Intelligence United States Senate on Russian Active Measures Campaigns and Interference in the 2016 U.S. Election, Volume 2: Russia's Use of Social Media with Additional Views, 16th Congress 1st Session, Report 116-xx, disponibile a www.intelligence.senate.gov.

Più in generale, in merito alla guerra in Ucraina, sospetti di manipolazione delle informazioni da parte della Russia hanno avuto portata globale⁴⁶ (ad esempio, in America Latina⁴⁷).

3. La tutela della libertà di espressione e il contrasto alla disinformazione nel panorama europeo

In periodo elettorale, la disinformazione tende a influenzare il dibattito pubblico e a coinvolgere le libertà di espressione, di opinione e di informazione, che rappresentano il bagaglio di diritti fondamentali riconosciuti agli individui a livello sia internazionale (si pensi all'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti umani o all'art. 19 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici), sia europeo.

Negli Stati Uniti l'operatività degli strumenti di contrasto alla disinformazione è limitata dal primo emendamento, che garantisce l'assolutezza della libertà di espressione, nonché dall'approccio *multi-stakeholder*, che lascia ampio margine di manovra alle piattaforme online⁴⁸.

Diversamente, nell'Unione europea, la tutela del fondamentale diritto del singolo a una corretta informazione consente agli Stati più incisive possibilità di intervento⁴⁹.

Invero, l'art. 6 TUE recepisce i diritti, le libertà e i principi sia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale all'articolo 11 prevede la «libertà di opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee senza che vi possano essere ingerenze da parte di autorità pubbliche e senza limiti di frontiera», sia della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che, pur richiamando anch'essa il diritto alla libertà di espressione, opinione e informazione, tuttavia, all'art. 10 ne prevede possibili restrizioni, qualora necessarie alla tutela della società democratica, e, all'art. 17, individua limiti agli abusi del diritto stesso.

⁴⁶ J. LANDAY, S. LEWIS, *US intelligence report alleging Russia election interference shared with 100 countries*, in *Reuters Online*, 20 ottobre 2023, disponibile a www.reuters.com.

⁴⁷ C. FLORES-SAVIAGA, D. GUERRERO, *In Latin America, fact-checking organizations and cross-regional collaborations attempt to counter Russia's Disinformation*, in *Power 3.0*, 6 luglio 2022, disponibile a <https://www.power3point0.org/>.

⁴⁸ O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard-law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2022, p. 1051 ss.

⁴⁹ Va precisato che questa posizione, che vede maggiori possibilità di intervento da parte degli Stati, è stata poi adottata anche all'interno dell'OCSE, tramite la *Recommendation of the Council on Information Integrity* del 17 dicembre 2024 (disponibile a legalinstruments.oecd.org) o l'*Action Plan on Public Governance for combating mis- and dis-information* del 5 ottobre 2022 (disponibile a legalinstruments.oecd.org) che prevedono raccomandazioni relative all'alfabetizzazione digitale e alla cooperazione con attori governativi per monitorare la disinformazione online e favorire la corretta informazione.

Si tratta di forme di tutela che si configurano anche come divieto di manipolazione fraudolenta delle opinioni e delle informazioni durante le elezioni. La manipolazione delle informazioni, infatti, è riconosciuta, a livello europeo, come rischio sistemico e, soprattutto in periodo elettorale, viene equiparata alla disinformazione non solo in quanto violazione delle libertà individuali appena citate, ma anche come ingerenza di un Paese straniero negli affari interni di un altro Stato⁵⁰.

Nonostante a livello europeo la problematica della disinformazione attraverso le VLOPs sia recente e la tutela dei tali diritti online sia poco discussa, si può ritenere che, quanto a quest'ultima, operi il principio di neutralità tecnologica, introdotto alla fine dello scorso millennio dalla Commissione europea⁵¹, secondo cui i diritti *offline* degli individui e il loro corrispettivo *online* sono equiparabili⁵².

In tema di informazione, i *social network* e le VLOPs sono sempre stati considerati neutrali, in quanto, pur potendo rappresentare un veicolo di disinformazione, sono uno strumento fondamentale per l'esercizio dei diritti umani⁵³ e della democraticità e, in periodo elettorale, per la tutela del libero scambio di idee tra candidati e cittadini.

Di qui, la necessità di rafforzare il *fact-checking*, vale a dire l'utilizzo, da parte delle piattaforme, di strumenti utili a discernere i contenuti informativi da quelli disinformativi, così da garantire una risposta rapida ed efficace alle minacce ibride – strumenti che, oggi, vengono principalmente adoperati sia tramite algoritmi e Intelligenza Artificiale⁵⁴, sia tramite la componente umana –, con l'auspicio, nel futuro, di realizzare *board* indipendenti e di coinvolgere maggiormente gli Stati mediante un *enforcement* pubblico.

⁵⁰ Risoluzione del Parlamento Europeo sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici dell'Unione europea, inclusa la disinformazione, 2022/2075 (INI) del 1° giugno 2023, disponibile a www.europarl.europa.eu.

⁵¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni, COM(1999) 539 final, 10 novembre 1999. Il principio di neutralità tecnologica è stato poi ripreso dalle Istituzioni europee per ribadire l'equiparazione dei diritti offline e online, come ad esempio nella Dichiarazione comune del Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione Europea sui Diritti e Principi Digitali per il Decennio Digitale, 2023/C 23/01 del 23 gennaio 2023, nella quale il principio di neutralità tecnologica viene indicato – al considerando 4 – tra i principi utili per il pieno rispetto dei diritti fondamentali durante la transizione digitale.

⁵² Sul punto G.M. RUOTOLO, *Non-fungible tokens e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2024, p. 393 ss.

⁵³ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Resolution adopted by the Human Rights Council on 11 July 2019*, *Human Rights Council, Forty-First Session, 24 June-12 July 2019*, A/HCR/RES/41/11, 17 luglio 2019.

⁵⁴ Sul punto A. FIVESON ET AL., *Shielding Democracy: Civil Society Adaptations to Kremlin Disinformation about Ukraine*, National Endowment for Democracy – International Forum for Democracy Studies, 2023; G.M. RUOTOLO, *La responsabilità per la diffusione online di informazioni tra Artificial Intelligence Act e DSA*, in *Quaderni di SIDIBlog*, vol. 10, 2023, p. 409 ss.

La necessità di un *enforcement* pubblico nel panorama digitale si lega al concetto di costituzionalismo digitale⁵⁵, volto a salvaguardare i diritti fondamentali online mediante l'estensione, a questo settore, delle regole democratiche e il tentativo, anche attraverso la cooperazione con le piattaforme online, di bilanciare l'innovazione tecnologica con la tutela dei diritti inviolabili, così da contrastare fenomeni – quali la disinformazione online – che rappresentano dei rischi per il corretto esercizio della libertà di espressione⁵⁶.

Con riferimento alla cooperazione pubblico-privata e al coinvolgimento delle piattaforme online nel contrasto alla disinformazione, tuttavia, è opportuno chiarire che la recente normativa contenuta nel *Digital Services Act* (DSA) denota la volontà dell'Unione europea di mantenere, tramite le istituzioni pubbliche, il controllo del settore digitale, così da rafforzare quel sovranismo digitale che le piattaforme hanno iniziato a erodere, arrivando a prevedere, con gli articoli 50-56 del citato Regolamento, il compito della Commissione europea di supervisionare le piattaforme, nonché la possibilità di intervenire in maniera diretta in caso di infrazioni, conducendo indagini e, eventualmente, irrogando sanzioni⁵⁷.

Nonostante si stia assistendo a una graduale attribuzione della regolamentazione e gestione delle libertà fondamentali online dagli attori statali tradizionali alle grandi piattaforme online al fine di contrastare la rapida obsolescenza normativa che il settore digitale comporta, tuttavia si denota la necessità - evidenziata anche dalla Corte EDU⁵⁸ - di garantire la possibilità di intervento dell'autorità pubblica, così da consentire agli Stati di garantire, tramite adeguati strumenti normativi, il bilanciamento tra libertà di espressione e i diritti contrapposti in modo da assicurare il rispetto delle restrizioni previste dalla legge⁵⁹.

Sotto altro profilo, tuttavia, è necessario che, nel bilanciamento tra il contrasto alla disinformazione e la tutela della libertà di espressione online, sia rispettato il principio di proporzionalità, come già evidenziato nel 2017 a livello internazionale da una dichiarazione congiunta⁶⁰ tra l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), l'Organizzazione degli Stati americani (OAS) e la Commissione africana sui diritti umani e dei popoli (ACHPR) e, prima ancora, da considerazioni sull'art. 19 dell'ICCPR, espresse dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite⁶¹.

⁵⁵ Per un esaustivo approfondimento sul concetto di costituzionalismo digitale si veda, *ex multis*, O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, p. 569-594.

⁵⁶ V. CAPUOZZO, A. TACENTE, *Sovranità digitale e libertà di espressione online nella dimensione europea e convenzionale*, in *Federalismi.it*, 2025, p. 16 ss., p. 18.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁸ Corte EDU, sentenza del 7 settembre 2023, ric. N. 77940/17, *Index.hu Zrt c. Ungheria*.

⁵⁹ V. CAPUOZZO, A. TACENTE, *Sovranità digitale e libertà di espressione online nella dimensione europea e convenzionale*, cit., p. 24, 26-28.

⁶⁰ United Nations, *Freedom of Expression Monitors Issue Joint Declaration on 'Fake News', Disinformation and Propaganda*, 3 marzo 2017, disponibile a www.ohchr.org.

⁶¹ Comitato dei diritti umani, *General Comment n. 34*, CCPR/C/GC/34 del 12 settembre 2011.

In ambito europeo, l'operazione di bilanciamento tra la libertà di espressione e il contrasto alla disinformazione trova il suo fondamento nei già richiamati art. 10 e 17 della CEDU.

Sul tema, va sottolineato che la Carta di Nizza richiama gli articoli CEDU non solo, come già detto, disciplinando in modo analogo la libertà di espressione, ma anche con un rinvio più generico. Invero, l'art. 52, par. 3, della citata Carta stabilisce che quando vi sono richiami ad articoli CEDU, il significato e la portata sono uguali a quelli contenuti nella Convenzione, così riconoscendo quest'ultima come una base minima di protezione valida anche per il diritto dell'Unione europea.

Nella stessa norma si riconosce anche la necessità di tutelare i diritti riconosciuti nel rispetto del principio di proporzionalità e dei limiti agli abusi degli stessi⁶².

Si è visto, in particolare, che la libertà di espressione comprende anche la libertà di opinione e di informazione che, se esercitata online, è strettamente collegata alla formazione del convincimento personale e funzionale allo svolgimento del processo democratico⁶³.

Le necessità di bilanciamento derivanti dalle contrapposte esigenze della società democratica hanno indotto la Corte EDU a intervenire in materia di libertà di espressione dapprima promuovendo il dibattito pubblico⁶⁴ e, in un secondo momento, approfondendo il rapporto tra libertà di espressione e diffusione di informazioni nel panorama digitale⁶⁵, ribadendo, da un lato, la necessità di un bilanciamento con i valori di dignità, sicurezza e ordine pubblico e, dall'altro, la possibilità per gli Stati di godere di flessibilità nel valutare la restrizione alla libertà di espressione, seppur entro i limiti dell'imprescindibilità e della proporzionalità⁶⁶. In merito, è intervenuta anche la Corte di giustizia dell'Unione europea che, sulla falsariga di quanto affermato dalla Corte EDU, ha ribadito la necessità di utilizzare

⁶² La necessità di bilanciare la libertà di espressione con i diritti contrapposti per evitarne abusi è richiamata anche dal Parlamento Europeo, *ex multis* nel documento *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*, PE 644.172 del novembre 2019, disponibile al sito www.europarl.europa.eu. In linea generale, il bilanciamento dei diritti e la necessità del rispetto del principio di proporzionalità è una posizione condivisa dagli Stati Membri, *ex multis* si v. Corte cost., sentenza del 9 aprile 2013, n. 85, in cui si afferma al punto 9 che «i diritti fondamentali [...] si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri».

⁶³ E. CHELI, *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessant'anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, p. 1405 ss.

⁶⁴ In Corte EDU, sentenza del 23 settembre 1994, ric. N. 15890/89, *Jersild c. Danimarca*, la Corte ha difeso e sottolineato l'importanza del dibattito pubblico, ritenendo che la condanna inflitta ad un giornalista per aver intervistato estremisti, autori di dichiarazioni razziste, violasse la libertà di espressione.

⁶⁵ In Corte EDU, *Index.hu Zrt c. Ungheria*, cit., la Corte ha ribadito che pur essendo l'ambito digitale un pilastro del pluralismo democratico, la libertà di espressione deve essere valutata alla luce del principio di proporzionalità.

⁶⁶ Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, ric. N. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*.

il principio di proporzionalità nel bilanciamento dei diritti⁶⁷, con una valutazione da farsi caso per caso⁶⁸.

Da un punto di vista teorico, la libertà di espressione, diritto fondamentale dell'individuo, si configura come abuso ai sensi dell'art. 17 CEDU o soccombe nell'operazione di bilanciamento di cui all'art. 10 CEDU solo nel caso in cui la veridicità dell'informazione sia manifestamente esclusa.

Tuttavia, sotto un profilo pratico, l'attuale orientamento è quello di contrastare in via preventiva la disinformazione attraverso l'individuazione di restrizioni anche in ipotesi di mero 'sospetto', di cui la sentenza della Corte costituzionale rumena rappresenta un esempio⁶⁹.

Di qui, tuttavia, il rischio di eccedere nelle restrizioni, arrivando a configurare una *collateral censorship* che, in periodo elettorale, finirebbe con il rappresentare un'eventualità ancora maggiore, perché collegata alla difficoltà di distinguere tra disinformazione e semplice diffusione di materiale o di opinioni di parte.

4. Il *Democracy Shield*

Nel panorama europeo, si riscontra, da parte delle Istituzioni e degli Stati, un sempre maggiore impegno nella lotta alla disinformazione, intesa come minaccia ibrida.

Infatti, mentre fino al 2020 i tentativi di contrasto alla disinformazione hanno avuto un taglio prevalentemente volontario, in epoca successiva la maggiore attenzione al problema ha determinato l'individuazione di strumenti di *soft law* e normative *ad hoc*. Di recente, a livello europeo, ha assunto rilevanza il *Democracy Shield*, iniziativa che, proposta in via informale nel dicembre 2023⁷⁰, ha assunto veste ufficiale nel luglio 2024 con l'inserimento dello stesso nelle proprie linee guida 2024-2029 da parte della Commissione europea⁷¹. Successivamente, nel dicembre 2024⁷², l'iniziativa è stata recepita dal Parlamento europeo, così andando ad arricchire il *Democracy Action Plan* europeo⁷³, volto a promuovere,

⁶⁷ CGUE, sentenza del 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*

⁶⁸ CGUE, sentenza del 6 novembre 2003, C-101/1, *Bodil Lindqvist*.

⁶⁹ Sul punto, seppur con riferimento alla diversa ipotesi di incitamento all'odio, si veda P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *Hate Speech e messaggi discriminatori: riflessioni internazionalistiche sul caso Casapound v. Facebook*, in *Quaderni di SIDIBlog*, vol. 7, 2020, p. 391 ss.

⁷⁰ AA.VV., *Raising the Democracy Shield: Safeguarding elections in the age of new technological threats*, in *Democracies-Technologies.org*, 13 dicembre 2023, disponibile su democracy-technologies.org.

⁷¹ U. VON DER LEYEN, *Political Guidelines for the next European Commission 2024-2029*, 18 luglio 2024, disponibile a commission.europa.eu.

⁷² European Parliament Think Tank, *Information Integrity Online and the European Democracy Shield*, 10 dicembre 2024, disponibile a www.europarl.europa.eu.

⁷³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sul piano d'azione per la democrazia europea (European Democracy Action Plan), COM(2020) 790 final del 3 dicembre 2020.

contrastando la disinformazione e le ingerenze di Stati terzi nei processi democratici, elezioni libere e corrette⁷⁴.

Il *Democracy Shield*, a seguito della circostanza che, nell'ambito del report sui rischi redatto dal *World Economic Forum 2024*⁷⁵, le minacce ibride in materia di informazione sono state indicate come il principale rischio che incombe sulle democrazie occidentali, ha suscitato grande interesse, ulteriormente ampliato dal recente annullamento delle elezioni in Romania.

In particolare, il *Democracy Shield*, nella sua attuale fase embrionale, mira a valorizzare cinque ambiti applicativi⁷⁶, riorganizzando idee e proposte avanzate in precedenza⁷⁷.

Il primo ambito, ritenuto prioritario per l'applicazione del *Democracy Shield*, riguarda il 'monitoraggio', rispetto al quale si è evidenziata la necessità di combattere la disinformazione in maniera preventiva e proattiva, auspicando l'individuazione di un sistema di monitoraggio dei contenuti caricati online dagli utenti, indipendente dalle piattaforme e più facilmente gestibile dagli Stati membri. A tal fine l'obiettivo è quello di incrementare le risorse per i *fact-checkers*, così da migliorare l'efficacia del loro operato, e di uniformare le modalità di monitoraggio attraverso la creazione di apposite *task forces* composte da soggetti pubblici e privati, quali ad esempio il *Counter disinformation network*⁷⁸.

L'idea di creare *task forces* non è recente. Già nel 2015, era stata istituita, da parte del Servizio europeo per l'azione esterna (EEAS), l'*East Stratcom*, cui il Consiglio europeo aveva

⁷⁴ Commissione Europea, *Protecting Democracy*, disponibile a commission.europa.eu.

⁷⁵ World Economic Forum, *The Global Risks Report 2024*, 2024, disponibile a www3.weforum.org.

⁷⁶ Va precisato che, essendo il *Democracy Shield* una iniziativa non ancora del tutto formalizzata, il contenuto e le finalità dello stesso non sono stati definiti con precisione. Al contrario, la sua costante evoluzione è dimostrata dalla scelta della Commissione Europea di pubblicare, a marzo 2025, una consultazione pubblica in cui vi era l'invito a presentare contributi sull'iniziativa e in cui venivano indicate anche le questioni chiave che il Democracy Shield intende affrontare, tra cui il contrasto alla disinformazione e alla manipolazione delle informazioni; l'integrità dei processi elettorali e il rafforzamento della struttura democratica; il rafforzamento della resilienza sociale tramite l'alfabetizzazione digitale; l'incoraggiamento della partecipazione dei cittadini (l'iniziativa è consultabile al sito ec.europa.eu). L'individuazione degli ambiti applicativi in oggetto al presente elaborato deriva invece da una *policy recommendation* posta in essere dalla *Democratic Shield Task Force*, composta da attori privati esperti del settore, richiamando strategie precedenti dell'Unione Europea di cui il *Democracy Shield* costituisce una continuazione e ricostruendo l'orientamento che le Istituzioni europee hanno inizialmente assunto, in modo da inquadrare i macro-settori in cui il Democracy Shield opererà con priorità e permettere una più agevole riflessione sulla possibile disciplina. Tale *policy recommendation* è consultabile al sito assets.make.org.

⁷⁷ Simili finalità e settori operativi – quali, ad esempio, il rafforzamento delle libertà e del pluralismo dei media o l'impegno civico inclusivo e la partecipazione dei cittadini – possono infatti essere individuati anche nel «Pacchetto per la difesa della democrazia» e nel «Piano d'azione per la democrazia europea», come evidenziato dalla Commissione Europea nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Sulla difesa della Democrazia, COM(2023) 6300 final, 12 dicembre 2023.

⁷⁸ S. NAZARI, *Collaborative Defense: Tackling Disinformation against the EU Elections*, in *Alliance4Europe*, 6 giugno 2024, disponibile a alliance4europe.eu.

dato mandato di contrastare le campagne di disinformazione russe⁷⁹. L'operato dell'*East Stratcom* è proseguito con l'istituzione, nel 2023, del *Foreign Information Manipulation and Interference – Information Sharing and Analysis Centre* (FIMI-ISAC), da parte dello stesso EEAS⁸⁰, affiancato dal progetto *EUvsDisinfo*, di cui si parlerà più avanti.

Inoltre, a livello europeo, è stato istituito l'Osservatorio europeo dei media digitali, già previsto nel Piano d'azione contro la disinformazione proposto dalla Commissione europea nel 2018⁸¹, che permette una cooperazione e un coordinamento tra *fact-checkers*, organizzazioni dei media ed esperti di alfabetizzazione mediatica, volto a garantire un migliore coordinamento a livello sovranazionale e ad agevolare il *fact-checking* rendendolo più efficace e veloce. Inoltre, l'Osservatorio europeo dei media digitali – analogamente al progetto *EUvsDisinfo* – svolge un ruolo preponderante per l'alfabetizzazione digitale.

Un secondo ambito attiene agli 'strumenti' con i quali contrastare in concreto la disinformazione. La maggiore innovazione in materia è rappresentata dall'Intelligenza Artificiale, utile ad accelerare e semplificare l'individuazione di contenuti di disinformazione sulle piattaforme online. Secondo il progetto del *Democracy Shield*, l'IA, già utilizzata in alcune piattaforme⁸², sarà utile non solo a distinguere i contenuti di disinformazione da quelli legittimamente rientranti nella libertà di espressione, ma anche a identificare gli attori e i canali della disinformazione, nonché a distinguere quest'ultima dalla misinformazione, così da consentire agli Stati di assumere i provvedimenti del caso.

Altri strumenti utili per il contrasto alla disinformazione sono quelli volti alla condivisione delle informazioni tra i Paesi, tra i quali il *Rapid Alert System* (RAS) del 2018⁸³, che consente di creare una rete di informazioni condivisa non solo tra gli Stati membri dell'Unione europea, ma anche tra questi e gli attori privati, così facilitando una risposta coordinata alle minacce ibride.

Non ultimi, tra gli strumenti di contrasto alle minacce ibride vi sono le sanzioni che l'Unione europea applica al fine di eliminare, o quantomeno ostacolare, ingerenze negli affari interni degli Stati membri (*ex multis*, nel mese di ottobre 2024 è stato approvato il

⁷⁹ European Union External Action, *Questions and Answers about the East StratCom Task Force*, 27 ottobre 2021, disponibile a www.eeas.europa.eu.

⁸⁰ Informazioni sul funzionamento del *Foreign Information Manipulation and Interference* (FIMI) – *Information Sharing and Analysis Centre* (ISAC) sono presenti al sito ufficiale fimi-isac.org.

⁸¹ Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione contro la disinformazione*, JOIN/2018/36 final del 5 dicembre 2018.

⁸² Centro Assistenza Facebook, *In che modo Facebook usa l'Intelligenza Artificiale per moderare i contenuti*, www.facebook.com.

⁸³ Servizio di Azione Esterna per l'Unione Europea (EEAS), *Rapid Alert System: Strengthening coordinated and joint responses to disinformation*, marzo 2019, disponibile a www.eeas.europa.eu.

regolamento (UE) 2024/2642⁸⁴ che riprende la decisione PESC 2024/2643⁸⁵ in tema di misure restrittive destinate ad arginare l'attività di destabilizzazione da parte della Russia)⁸⁶.

Un terzo ambito ritenuto rilevante per l'applicazione del *Democracy Shield* è quello relativo alla 'governance'. Si auspica, infatti, un aggiornamento della normativa europea e degli strumenti di *soft law* al fine di ricomprendere al loro interno previsioni volte a contrastare la disinformazione online. Sull'argomento, oltre all'intento di orientare il *Digital Markets Act*⁸⁷, il *Digital Services Act*⁸⁸ e l'*AI Act*⁸⁹ verso un più efficace contrasto alla disinformazione⁹⁰, numerose sono le iniziative e le previsioni che si sono avute nel corso degli anni.

Infatti, mentre inizialmente i codici di condotta prevedevano una forma di autoregolamentazione volontaria in capo alle piattaforme, che tuttavia attribuiva alle stesse

⁸⁴ Regolamento (UE) 2024/2642 del Consiglio, dell'8 ottobre 2024, concernente misure restrittive in considerazione delle attività di destabilizzazione praticate dalla Russia.

⁸⁵ Decisione PESC 2024/2643 del Consiglio, dell'8 ottobre 2024, concernente misure restrittive in considerazione delle attività destabilizzanti della Russia.

⁸⁶ È possibile notare un parallelismo tra gli obiettivi di questi due atti e le finalità del Regolamento (UE) 2022/350, cit., che riprende la Decisione PESC 2022/351, cit., che introducevano anch'essi misure restrittive in risposta alle azioni della Russia, legate in questo caso al conflitto in Ucraina.

⁸⁷ Regolamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali).

⁸⁸ Regolamento (UE) 2022/2065, cit.

⁸⁹ Regolamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁹⁰ U. VON DER LEYEN, *Mission letter to Henna Virkkunen, Executive Vice-President-designate for Tech Sovereignty, Security and Democracy*, 17 settembre 2024, disponibile a commission.europa.eu. Con specifico riferimento al contrasto alla disinformazione previsto da detti regolamenti va precisato che il DSA prevede obblighi in capo alle piattaforme, distinguendo tra obblighi generali alla trasparenza rivolti a tutte (artt. 24 e ss.) e obblighi più specifici relativi alla mitigazione dei rischi sistemici riservati alle Piattaforme online di dimensioni molto grandi (VLOPs) (sezione 5 del regolamento), che ricoprono un ruolo di vigilanza più stringente relativamente ai contenuti caricati dagli utenti. Oltre a ciò, il Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione, attualmente in fase di integrazione al DSA, prevede, soprattutto in periodo elettorale, la necessità per le VLOPs di rivolgere particolare attenzione alla pubblicità politica e ai contenuti di carattere politico, rafforzando gli strumenti di fact-checking – anche in vista del sempre più diffuso utilizzo di deep fake –, demonetizzando i contenuti falsi e bloccando gli account falsi, con la possibilità di incorrere in sanzioni pecuniarie in caso di omessa vigilanza. A differenza del DSA, il DMA non è specificamente rivolto a contrastare la disinformazione online. Ciò nonostante, la previsione volta a limitare la possibilità per i *gatekeeper* di acquisire dati degli utenti senza consenso esplicito (art. 5 par. 2), potrebbe indirettamente limitare la profilazione ed impedire così l'utilizzo di campagne di disinformazione mirata. Infine, l'AI Act prevede obblighi di etichettatura dei contenuti derivanti da IA generativa (ad esempio agli art. 50, parr. 2 e 4), finalizzati a permettere un immediato riconoscimento dei *deep fake*, prevedendo al contempo un divieto di utilizzo di sistemi di IA che consentano di manipolare il comportamento di una persona o di un gruppo di persone in modo da pregiudicare la loro capacità di prendere una decisione informata (art. 5, par. 1, lett. a). Dall'altro lato va tuttavia precisato che le istituzioni europee nell'individuare i sistemi di IA ad alto rischio ai sensi dell'allegato III del regolamento in questione, non hanno ricompreso in esso il settore dei media che quindi rimane disciplinato da obblighi meno stringenti in materia di trasparenza e supervisione umana.

una discrezionalità troppo ampia⁹¹, successivamente, alla *self-regulation* si sono affiancati alcuni obblighi imposti a livello normativo⁹², che hanno consentito un maggiore controllo da parte delle istituzioni, con conseguenti limiti alla discrezionalità dei *Service providers*.

Nello specifico, in ambito europeo, oltre a norme di nuovo conio, tra le quali il regolamento (UE) 2024/900 relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica⁹³ – che mira a uniformare la disciplina sulla materia, a garantire la trasparenza nella pubblicità politica e prevenire ingerenze dei Paesi terzi, al fine di salvaguardare il regolare processo di formazione dell’opinione pubblica, pur attribuendo un ampio potere agli Stati, cui demanda la scelta delle sanzioni da applicare – e il regolamento (UE) 2024/1083 sulla libertà dei media⁹⁴ – che prevede un rafforzamento della trasparenza sia attraverso previsioni a tutela dell’indipendenza editoriale, sia tramite il bilanciamento tra l’esigenza di coadiuvare i *service providers* nella rimozione dei contenuti illeciti e l’esigenza di salvaguardare i contenuti leciti da ingiuste rimozioni perpetrate in maniera potenzialmente abusiva dalle VLOPs –, sono stati elaborati anche Codici di condotta⁹⁵ e di buone pratiche⁹⁶, pacchetti di misure (sia sulla protezione dell’integrità delle elezioni⁹⁷ che, più in generale, sulla difesa della democrazia)⁹⁸

⁹¹ In tal senso, il primo codice di condotta contro la disinformazione del 2018 fu oggetto di numerose critiche in quanto troppo orientato alla visione statunitense, con ampi margini di manovra delle piattaforme nel bilanciamento dei valori e il riconoscimento di una rilevanza eccessiva alle dichiarazioni degli utenti circa la natura dei contenuti caricati online. Per un approfondimento si veda O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, p. 1051 ss.

⁹² Oltre a quanto già accennato *supra* (v. nota 90) in merito agli obblighi previsti dal DSA, il rafforzamento del codice di buone pratiche contro la disinformazione avvenuto nel 2022 ha altresì spinto verso un maggiore bilanciamento della libertà di espressione con i diritti contrapposti, allontanandosi dalla visione statunitense precedentemente adottata e aderendo così maggiormente ai valori europei, oltre a stabilire un ruolo più incisivo e autoritativo per le istituzioni europee, prevedendo la possibilità di *enforcement* contro le piattaforme in caso di omessa vigilanza o di altre violazioni. L’efficacia di tale codice rafforzato vede un ulteriore aumento con l’integrazione dello stesso nel DSA, iniziata nel febbraio 2025 e prevista, in maniera definitiva, per luglio 2025. Sul punto O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law*, cit.

⁹³ Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica.

⁹⁴ Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 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).

⁹⁵ Commissione Europea, *Code of Conduct for the 2024 European Parliament Elections*, disponibile a commission.europa.eu.

⁹⁶ Il testo del codice rafforzato di buone pratiche contro la disinformazione è disponibile al sito disinfocode.eu.

⁹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Proteggere l’integrità delle elezioni e promuovere la partecipazione democratica, COM(2021) 730 final del 25 novembre 2021.

⁹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Sulla difesa della democrazia, COM(2023) 630 final del 12 dicembre 2023.

e orientamenti⁹⁹ che hanno chiarito le modalità applicative delle previsioni in materia di processi elettorali.

Si sono così rafforzati, in questo ambito, i già esistenti obblighi di vigilanza dei *Service providers* – consistenti nella moderazione ed eventuale rimozione di contenuti illeciti caricati dagli utenti, come previsto dal DSA e dal Codice di buona condotta contro la disinformazione –, nonché gli obblighi di trasparenza – consistenti nella rendicontazione motivata dell'attività di moderazione e rimozione dei contenuti e nella possibilità di controllo tramite *audit*, fino ad arrivare all'*enforcement* e all'irrogazione di sanzioni da parte delle Istituzioni europee in caso di violazioni –, con l'intento di contrastare la disinformazione online nel settore.

Anche il Parlamento europeo, con una risoluzione del 18 dicembre 2024, ha istituito una Commissione speciale sullo scudo europeo per la democrazia (EUDS) che ha il compito di affiancare le Commissioni permanenti nei diversi settori, al fine di tutelare i valori europei contro le ingerenze provenienti da attori esterni, statali e non statali¹⁰⁰, in accordo anche con quanto previsto dalla 'bussola strategica europea'¹⁰¹.

Il quarto ambito riguarda il 'pluralismo' e la cooperazione tra Istituzioni, Stati e attori non statali.

Al fine di contrastare la disinformazione, infatti, si è ritenuta necessaria una cooperazione volta, per un verso, a permettere ai cittadini di acquisire maggiore consapevolezza in materia e, per altro verso, a rafforzare la diffusione delle informazioni veritiere, attraverso la chiusura di account falsi e la promozione di fonti affidabili, quali quelle giornalistiche.

⁹⁹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti della Commissione per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi sulla mitigazione dei rischi sistemici per i processi elettorali a norma dell'art. 35, par. 3, del regolamento (UE) 2022/2065, C/2024/3014 del 26 aprile 2024, da cui è derivato, nel febbraio 2025, il *DSA Elections Toolkit for Digital Services Coordinators*, volto a supportare in periodo elettorale gli Stati Membri e le piattaforme digitali nell'applicazione delle regole previste dal DSA e dai codici di condotta, per garantire la correttezza dei processi elettorali. Il documento è disponibile al sito digital-strategy.ec.europa.eu.

¹⁰⁰ Decisione del Parlamento Europeo sulla costituzione, le attribuzioni, la composizione numerica e la durata del mandato della commissione speciale sullo scudo europeo per la democrazia, 2024/2999(RSO) del 18 dicembre 2024. Nello specifico, l'art. 1 indica le attribuzioni della commissione speciale, tra cui rientrano, *ex multis*, l'individuazione di lacune normative che potrebbero essere sfruttate da attori terzi per ingerenze malevole nei processi democratici, l'alfabetizzazione mediatica e informatica, il pluralismo dei media, la valutazione della responsabilità delle VLOPs sul contenuto caricato dagli utenti e, più in generale, il contrasto alle minacce ibride. Il documento è disponibile al sito www.europarl.europa.eu.

¹⁰¹ La bussola strategica prevede, tra gli obiettivi, l'istituzione di un pacchetto di strumenti e gruppi di risposta contro le minacce ibride, con particolare attenzione al contrasto alla manipolazione delle informazioni e ingerenze da parte di attori stranieri. Per un approfondimento si veda Consiglio dell'Unione Europea, *Una bussola strategica per rafforzare la sicurezza e la difesa dell'UE nel prossimo decennio*, comunicato stampa, 21 marzo 2022. Il documento è disponibile al sito www.consilium.europa.eu.

Nel settore, iniziative sono state assunte da Organizzazioni non governative (si pensi, ad esempio, alla *Journalism Trust Initiative*¹⁰²), da Stati (si pensi alla proposta francese di un'Agenzia europea per la protezione delle democrazie¹⁰³) e, ancora, dalle stesse Istituzioni europee (si pensi al *Joint Action Plan on Disinformation* proposto dalla Commissione e dall'Alto Rappresentante¹⁰⁴ o, ancora, alle risoluzioni del Parlamento europeo del 2022¹⁰⁵ e del 2023¹⁰⁶ in materia di tutela dei processi democratici da ingerenze straniere).

Accanto a tali iniziative, la promozione delle fonti affidabili e della veridicità delle informazioni è stata auspicata anche da una risoluzione con la quale, nel 2021, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione europea a proporre un pacchetto di misure, vincolanti e non, per contrastare il fenomeno degli SLAPPs¹⁰⁷.

Per SLAPPs (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*) si intendono quelle azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica, avviate da soggetti influenti o finanziariamente forti – tra cui esponenti russi¹⁰⁸ –, che pongono il destinatario in una condizione di svantaggio tale da indurlo all'autocensura o che impediscono allo stesso la partecipazione pubblica mediante la promozione di procedimenti giudiziari abusivi che vanno a incidere negativamente sulle finanze o sulla reputazione del convenuto.

Sul tema, è intervenuta la Direttiva 2024/1069¹⁰⁹, definita anche direttiva 'anti-SLAPPs', volta a garantire la partecipazione pubblica, intesa come comprensiva delle libertà di espressione e di informazione, e a tutelare la questione pubblica, inclusiva della lotta alla disinformazione e alle ingerenze illecite nei processi democratici da parte di Paesi terzi, nel

¹⁰² L'iniziativa è consultabile al sito www.journalismtrustinitiative.org.

¹⁰³ E.MACRON, *Pour une Renaissance européenne*, 4 marzo 2019, disponibile al sito www.elysee.fr.

¹⁰⁴ Commissione Europea, *European Commission Contribution to the European Council: Action Plan against Disinformation*, 5 dicembre 2018, disponibile a commission.europa.eu.

¹⁰⁵ Risoluzione del Parlamento Europeo sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici dell'Unione europea, inclusa la disinformazione, 2020/2268(INI) del 9 marzo 2022, disponibile a www.europarl.europa.eu.

¹⁰⁶ 2022/2075 (INI), cit.

¹⁰⁷ Risoluzione del Parlamento Europeo sul tema «Rafforzare la democrazia e la libertà e il pluralismo dei media nell'UE: il ricorso indebito ad azioni nel quadro del diritto civile e penale per mettere a tacere i giornalisti, le ONG e la società civile», 2021/2036(INI) dell'11 novembre 2021, disponibile a eur-lex.europa.eu. La Commissione Europea ha accolto i solleciti del Parlamento Europeo presentando la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi (azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica), COM(2022)177 final, 2022/0117 (COD) 27 aprile 2022, da cui è poi nata la Direttiva (UE) 2024/1069.

¹⁰⁸ Parlamento Europeo, *Study requested by the LIBE committee – Open SLAPP Cases in 2022 and 2023*, 2023, disponibile a www.europarl.europa.eu.

¹⁰⁹ Direttiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi («azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica»). Tale atto legislativo rientra nel settore della cooperazione giudiziaria civile e deve essere recepito dagli Stati Membri entro il 7 maggio 2026.

rispetto del valore di democrazia, di cui all'art. 2 TUE, e del diritto di partecipazione alla vita democratica dell'Unione, stabilito dall'art. 10 par. 3 TUE.

La direttiva riconosce l'esigenza di garantire, a giornalisti, Organizzazioni non governative, accademici e società civile in generale, uno spazio che consenta un «dibattito aperto, libero ed equo per contrastare la disinformazione, la manipolazione delle informazioni e le ingerenze (...)», nel quale è ricompresa anche l'informazione via internet (Considerando 8 e ss. della Direttiva citata).

A tal fine, la Direttiva 2024/1069 invita gli Stati ad adottare, nei processi civili, validi ed efficaci strumenti, idonei ad evitare procedimenti multipli, a consentire il rigetto anticipato di domande manifestamente infondate, a imporre cauzioni a garanzia della copertura delle spese legali da parte dell'attore che intenda ostacolare la pubblicazione di contenuti informativi e, ancora, a tutelare il convenuto in caso di procedimenti proposti dinanzi all'organo giudiziario di un Paese extra-europeo. Il pluralismo ora evidenziato si ricollega poi al quinto e ultimo ambito, che si concentra sulla necessità di favorire la 'partecipazione' dei cittadini su larga scala, al fine di adeguare le misure di contrasto alla disinformazione alle esigenze realmente percepite dagli individui.

La partecipazione richiede, in via prodromica, l'alfabetizzazione digitale dei cittadini, volta a fornire agli stessi gli strumenti per poter discernere autonomamente tra contenuti veritieri e false informazioni.

Anche sotto tale profilo, il *Democracy Shield* intende proseguire una strada già intrapresa dall'Unione europea che, negli ultimi anni, si è consolidata non solo grazie all'operato dell'Osservatorio europeo dei media digitali, attraverso un supporto alle organizzazioni di alfabetizzazione dei media digitali, ma anche tramite il progetto *EUvsDisinfo* dell'*East Stratcom Task Force*, avanzato dal Servizio europeo per l'azione esterna (EEAS) per il tramite della Commissione europea¹¹⁰.

Il progetto si propone come strumento di contrasto alla disinformazione proveniente dalla Russia, attraverso campagne di sensibilizzazione contro la disinformazione e la creazione di un database contenente un elenco dettagliato di tutte le *fake news* pro-Cremlino diffuse negli anni, poi esteso anche alla disinformazione e manipolazione delle informazioni proveniente da altri Paesi terzi, liberamente accessibile dai cittadini¹¹¹.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto accaduto in Romania, se, per un verso, la disinformazione si è confermata come un mezzo efficace per la destabilizzazione delle democrazie, per altro

¹¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo, COM(2018) 236 final del 26 aprile 2018.

¹¹¹ *EuvsDisinfo, Contrastare le campagne di disinformazione in corso da parte della Russia: otto anni di EUvsDisinfo*, 5 luglio 2023, disponibile a euvsdisinfo.eu.

verso, gli strumenti di cui i Paesi *target* e le Organizzazioni Internazionali dispongono si sono rivelati ancora embrionali, anche in ragione della difficoltà di definire in maniera precisa cosa si intenda per minaccia ibrida.

Al riguardo è opportuno segnalare che se è innegabile lo sforzo speso dalle Istituzioni europee nel tentativo di disciplinare in maniera organica il contrasto alle minacce ibride e, per quanto qui di interesse, la lotta alla disinformazione, prevedendo strumenti in continuo aggiornamento ed espansione¹¹², è anche vero che lo stesso non sempre si è rivelato soddisfacente.

In proposito, con una relazione indipendente, la Corte dei conti dell'Unione europea¹¹³ ha sottolineato che molti degli strumenti o dei piani dell'UE si sono rivelati incompleti o non adeguati per un'efficace lotta alla disinformazione¹¹⁴, e ha invitato le Istituzioni europee a rafforzare settori e strumenti, quali il coordinamento e la rendicontazione dell'operato contro la disinformazione¹¹⁵, a migliorare i meccanismi operativi della divisione *East Stratcom*¹¹⁶, ad accrescere la partecipazione degli Stati al sistema di allarme rapido¹¹⁷, a potenziare il monitoraggio delle piattaforme online¹¹⁸, nonché ad adottare una strategia di alfabetizzazione mediatica dei cittadini¹¹⁹.

L'incremento costante del numero di azioni e strumenti adottati dall'UE per contrastare la disinformazione e la natura sempre più stringente degli stessi, sono espressione di una sempre crescente preoccupazione rivolta alla tutela dei valori democratici, oggetto di nuovi rischi non previsti e di difficile individuazione.

Sulla scia delle iniziative intraprese si inserisce il *Democracy Shield* che mira a razionalizzare, al fine di aumentarne l'efficacia, gli strumenti di contrasto alla disinformazione, ma che evidenzia anche come gli Stati e le Organizzazioni Internazionali stiano cercando di adeguare il proprio operato al nuovo panorama, quello digitale, divenuto

¹¹² Un'esauritiva ricostruzione dell'evoluzione degli strumenti a tutela dei processi democratici e del loro utilizzo nella lotta alla disinformazione è presente nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Report sulle elezioni del 2024 del Parlamento Europeo, COM(2025) 287 final del 6 giugno 2025.

¹¹³ Corte dei Conti dell'Unione Europea, Relazione speciale 09/2021: La disinformazione nell'UE: combattuta ma non vinta, 2021, disponibile al sito www.eca.europa.eu.

¹¹⁴ *Ibidem*. Tra gli esempi riportati dalla relazione vi è la dubbia indipendenza del progetto EUvsDisinfo, a causa della sua subordinazione al Servizio Europeo per l'Azione Esterna (punto VI), l'assenza di una strategia di alfabetizzazione mediatica (punto VIII e punto 90 e ss.), l'incompletezza del piano d'azione dell'UE contro la disinformazione (punto III), l'assenza di un quadro di monitoraggio per il piano d'azione dell'UE contro la disinformazione e per il piano d'azione per la democrazia europea (punto 111).

¹¹⁵ *Ibidem*, Raccomandazione 1 della relazione, p. 49.

¹¹⁶ *Ibidem*, Raccomandazione 2 della relazione, p. 50.

¹¹⁷ *Ibidem*, Raccomandazione 3 della relazione, p. 51.

¹¹⁸ *Ibidem*, Raccomandazione 4 della relazione, p. 52.

¹¹⁹ *Ibidem*, Raccomandazione 5 della relazione, p. 53.

il principale campo sul quale si conducono attività di importanza cruciale per le democrazie, come le campagne elettorali.

Se da un lato, l'idea alla base del *Democracy Shield* si pone in continuazione con strategie e piani già adottati dalle istituzioni europee, così mostrando, da parte dell'UE, una visione chiara del problema e, in particolare, su quale sia la strada da intraprendere per contrastare questo tipo di minacce ibride, dall'altro lato l'applicazione concreta di questi strumenti risulta complessa e richiede un costante bilanciamento di interessi al fine di evitare di sacrificare in modo spropositato la libertà di espressione a vantaggio di valori altrettanto rilevanti, ma contrapposti, quale il processo democratico delle elezioni in Romania.

Dunque, il *Democracy Shield* mira a sviluppare gli strumenti già previsti dall'UE, di pari passo con l'evoluzione delle minacce ibride, allo scopo di consentire una più efficace tutela che, tuttavia, a causa della portata dei valori e dei diritti in gioco, richiede un bilanciamento *case by case*, così da garantire il minor sacrificio possibile dei valori democratici.

Profili internazionalprivatistici del Data Act: tra continuità 'unilateralista' e residui di 'bilateralismo'

GIULIO MONGA*

SOMMARIO: 1. Introduzione: contesto, obiettivi del Data Act e questioni internazionalprivatistiche sottese. – 2. Unilateralismo e bilateralismo: caratteri generali. – 3. Il metodo unilateralista nel Data Act: continuità con le recenti tendenze e problematiche sottese. – 3.1 I criteri di collegamento previsti dall'art. 1, par. 3 Data Act e gli effetti «extraterritoriali» del regolamento. – 3.2 Il Data Act tra continuità unilateralista, extraterritorialità e rischi di «*regulatory overreaching*». – 3.2.1 Le ragioni di politica legislativa alla base dell'unilateralismo e i rischi di frizione con ordinamenti terzi. – 3.2.2 Il coordinamento tra Data Act e norme di conflitto: l'esempio della materia extracontrattuale. – 3.2.3 Il problema dell'effettività pratica del Data Act al di fuori dell'Unione europea: il «*regulatory overreaching*». – 4. Il Data Act e gli spazi residui per il metodo bilateralista: la ricerca del «diritto contrattuale nazionale» applicabile. – 4.1 La ricerca del «diritto contrattuale nazionale» applicabile ai contratti regolati dal Data Act. – 4.2 Possibili correttivi al metodo bilateralista: tra norme di applicazione necessaria, primato dell'Unione e limiti all'autonomia privata. – 5 Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo analizza i profili di diritto internazionale privato del Regolamento (UE) 2023/2854, noto come Data Act. Il Data Act costituisce un elemento centrale della Strategia europea per i dati, ed è volto a promuovere l'accesso equo e l'uso dei dati anche in un'ottica di valorizzazione dell'economia dell'Unione europea. Dal punto di vista internazionalprivatista, il regolamento si caratterizza per un approccio marcatamente unilateralista: esso determina in modo autonomo, attraverso l'art. 1, il proprio ambito di applicazione materiale e territoriale, prescindendo dall'uso di norme di conflitto. Tale impostazione, in linea con quanto già previsto da altri strumenti dell'Unione in materia digitale (come GDPR, DSA e DMA), appare suscettibile di comportare effetti extraterritoriali, con potenziali tensioni normative rispetto a ordinamenti terzi e il rischio di fenomeni di c.d. «*regulatory overreaching*». Lo scritto si sofferma, inoltre, sulla perdurante rilevanza del metodo bilateralista, in particolare per ciò che concerne i rapporti contrattuali regolati dal Data Act. L'articolo si propone di evidenziare come, nonostante la chiara impostazione unilateralista e improntata alla regolamentazione diretta dello strumento, nel quale non mancano logiche di tipo

* Dottore di ricerca, Avvocato del Foro di Milano, giulio.monga@gmail.com.

pubblicistico, resti spazio per le norme tradizionali di diritto internazionale privato, e segnatamente per il Regolamento Roma I. Quest'ultimo rileva, infatti, allo scopo di identificare il «diritto contrattuale nazionale» applicabile ai contratti relativi allo scambio di dati disciplinati dal Data Act. In questa prospettiva, il Data Act parrebbe costituire sia un correttivo all'operatività delle norme bilaterali, che un limite all'autonomia delle parti, a cui assegnare prevalenza in caso di contrasti con il diritto nazionale applicabile

PAROLE CHIAVE: Data Act – unilateralismo – bilateralismo – diritto internazionale privato – dati – regulatory overreaching – diritto contrattuale.

1. Introduzione: contesto, obiettivi del Data Act e questioni internazionalprivatistiche sottese

L'11 gennaio 2024 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (c.d. «Data Act»)¹. Lo strumento è divenuto pienamente applicabile a partire dal 12 settembre 2025, salvo alcune disposizioni che lo diverranno nel 2026 e nel 2027.

Obiettivo del Data Act è migliorare l'economia dei dati dell'Unione e promuovere un mercato dei dati competitivo, rendendo questi ultimi – in particolare quelli industriali, siano essi di carattere personale o non personale – più accessibili e utilizzabili, incoraggiando così l'innovazione basata sugli stessi ed aumentandone la disponibilità. A tal fine, il Data Act garantisce una maggiore equità dell'allocazione dei dati, chiarendo chi può utilizzare quali dati e a quali condizioni.

Il Data Act si colloca nel solco della «Strategia europea per i dati»² lanciata dalla Commissione europea nel febbraio 2020 e, più in generale, di una serie di strumenti legislativi in materia di dati e nuove tecnologie adottati dall'Unione nell'ultimo decennio³.

¹ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 19 febbraio 2020, *Una strategia europea per i dati*, COM/2020/66 final.

³ A questo proposito si vedano, tra gli altri: E.A. ROSSI, *Forget me... or not? La Corte di giustizia torna sul diritto di farsi dimenticare. Prima lettura di due recenti pronunce sul «diritto all'oblio*, in *Quaderni di SIDIblog*, 2019, p. 273 ss.; G.M. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis* in idem, in *Quaderni di SIDIblog*, 2021, p. 221 ss.; G.M. RUOTOLO, *Spirits in the material world: artificial intelligence act e responsabilità per la diffusione online di informazioni*, in *SIDIblog*, 26 ottobre 2023.

Tra questi si possono citare, a livello esemplificativo, il Regolamento (UE) 2016/679⁴ («General Data Protection Regulation» o «GDPR»), il Regolamento (UE) 2022/868⁵ («Data Governance Act» o «DGA») o il Regolamento (UE) 2022/2065⁶ («Digital Services Act» o «DSA»).

In questa sede interessa soltanto fornire una panoramica delle questioni di diritto internazionale privato sottese al Data Act, non essendo possibile soffermarsi nel dettaglio sul contenuto di diritto materiale dello stesso.

In particolare, due sono gli aspetti del regolamento che suscitano maggior interesse dal punto di vista internazionalprivatistico. Il primo di essi è costituito dall'utilizzo del metodo unilateralista, in continuità con quanto fatto dal legislatore dell'Unione in diversi recenti regolamenti in materia di internet, dati e nuove tecnologie. Il secondo è, invece, rappresentato dallo spazio residuo per le tradizionali norme di conflitto bilaterali, che sembrano in grado di ricoprire un ruolo anche nelle questioni oggetto del Data Act, in particolare per quanto riguarda la materia contrattuale.

2. Unilateralismo e bilateralismo: caratteri generali

Con il termine «unilateralismo», la dottrina internazionalprivatistica⁷ si riferisce ad una tecnica che ricerca la soluzione al problema della legge applicabile all'interno delle stesse norme di diritto materiale. Secondo tale tecnica, sono le norme di diritto sostanziale a determinare esse stesse – in maniera «unilaterale» – il proprio ambito di applicazione, sia materiale che territoriale. In altre parole, una norma unilateralista stabilisce autonomamente la propria «gittata», promettendosi di regolare tutte le fattispecie che ricadono nella stessa, a prescindere dall'operatività delle norme di conflitto. Per stabilire se ad una determinata fattispecie con elementi di internazionalità si applichi la norma dell'ordinamento giuridico X o dell'ordinamento giuridico Y, pertanto, il metodo unilateralista parte dall'analisi delle norme materiali degli ordinamenti in questione, chiedendosi se la fattispecie in esame rientri tra quelle che il primo o il secondo ordinamento abbia inteso regolare.

⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁵ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

⁶ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁷ V. *ex multis*: G.P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Zürich, 2014; S. FRANCO, *Unilateralism*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Chaltenam, 2017, p. 1779 ss.

Al metodo unilateralista si contrappone, tradizionalmente, quello bilateralista, di stampo savigniano, su cui si basa il moderno diritto internazionale privato europeo⁸. Questo metodo, al contrario di quello appena illustrato, parte dall'assunto per cui le norme di diritto materiale di un ordinamento giuridico nascono come applicabili, potenzialmente, a qualunque fattispecie, a prescindere dai relativi elementi di internazionalità. Pertanto, per stabilire quale sia la legge regolatrice del caso concreto, la tecnica bilateralista si fonda sulla c.d. «localizzazione» della fattispecie, ossia sull'individuazione dell'ordinamento giuridico con cui questa presenta il collegamento più stretto. Per compiere un simile esercizio sono però necessarie delle norme a ciò specificamente preposte. Si tratta, per l'appunto, delle norme di conflitto, fulcro del moderno diritto internazionale privato.

3. Il metodo unilateralista nel Data Act: continuità con le recenti tendenze e problematiche sottese

Come anticipato, il Data Act fa impiego della tecnica unilateralista. Il regolamento, infatti, contiene una disposizione, l'art. 1, che ne determina unilateralmente l'ambito di applicazione, tanto materiale quanto territoriale.

3.1. I criteri di collegamento previsti dall'art. 1, par. 3, del Data Act e gli effetti 'extraterritoriali' del regolamento

I primi due paragrafi dell'art. 1 del Data Act elencano nel dettaglio gli ambiti a cui si applicano le norme del regolamento, oltre che i tipi di dati interessati dalle stesse (vale a dire, dati sia personali che non personali, i quali si prestano a vari utilizzi elencati dal regolamento).

Il terzo paragrafo è il più rilevante dal punto di vista internazionalprivatistico, in quanto determina l'ambito di applicazione territoriale del regolamento, fornendo un elenco di soggetti a cui il Data Act si applica in presenza di determinati criteri di collegamento. Ai sensi di tale norma, il Data Act si applica, innanzitutto, «ai fabbricanti di prodotti connessi immessi sul mercato dell'Unione e ai fornitori di servizi correlati», indipendentemente dal luogo di stabilimento di entrambi, che potrebbe anche situarsi in uno Stato terzo (art. 1, par. 3, lett. a), del Data Act). Oltre che ai fabbricanti e ai fornitori, il regolamento si applica anche agli «utenti» dei prodotti e dei servizi appena citati, a condizione che si trovino nell'Unione (art. 1, par. 3, lett. b), del Data Act).

La norma continua col prevedere che il regolamento si applichi ai «titolari dei dati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, che mettono dati a disposizione dei destinatari dei dati nell'Unione» (art. 1, par. 3, lett. c), del Data Act). Simmetricamente, il

⁸ In questo senso, v. ad esempio: M. SONNENTAG, *Savigny Friedrich Carl von*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Chaltenam, 2017, p. 1609 ss.

Data Act trova, quindi, applicazione ai «destinatari dei dati» che sono nell'Unione e ai quali vengono messi a disposizione i dati (art. 1, par. 3, lett. d), del Data Act).

L'art. 1, par. 3, lett. e), del Data Act cita, poi, una serie di enti pubblici e di istituzioni dell'Unione a cui, a determinate condizioni, il regolamento si applica. L'elenco continua, quindi, con i «fornitori di servizi di trattamento di dati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, che forniscono tali servizi a clienti nell'Unione» (art. 1, par. 3, lett. f), del Data Act). Infine, come ultimi soggetti a cui si applica il regolamento, compaiono i «partecipanti agli spazi di dati» e i «venditori di applicazioni che utilizzano contratti intelligenti» (c.d. *smart contract*), oltre che le persone la cui attività commerciale, imprenditoriale o professionale comporti «l'implementazione di contratti intelligenti per altri nel contesto dell'esecuzione di un accordo».

Senza entrare nel merito – non essendo questa la sede per poterlo fare – delle nozioni richiamate dalla norma in commento, dall'analisi di quest'ultima emerge come il legislatore dell'Unione, nel determinare unilateralmente la gittata del Data Act, abbia utilizzato dei criteri di collegamento che si fondano, principalmente, sulla circostanza che uno dei soggetti considerati dal regolamento si rivolga verso il mercato dell'Unione o, a seconda dei casi, verso utenti, destinatari, o clienti ivi situati. Non è rilevante, invece, che i soggetti in questione – vale a dire, fabbricanti di prodotti connessi, fornitori di servizi correlati, titolari dei dati o fornitori di servizi di trattamento dei dati – siano stabiliti all'interno dell'Unione. Questi, infatti, anche se stabiliti in paesi terzi, dovrebbero conformarsi al Data Act nella misura in cui le loro attività rientrino tra quelle descritte dall'art. 1, par. 3, del Data Act e si rivolgano, rispettivamente, al mercato dell'Unione europea ovvero agli utenti, ai destinatari o ai clienti ivi stabiliti.

Conseguenza di tale impostazione è quella per cui il Data Act, in determinati casi, appare suscettibile di avere, se non un'applicazione vera e propria, quanto meno degli effetti «extraterritoriali», inducendo dei soggetti che non si trovano nell'Unione a conformare le proprie condotte alle regole da esso stabilite.

3.2. Il Data Act tra continuità unilateralista, extraterritorialità e rischi di «regulatory overreaching»

Come detto, il moderno diritto internazionale privato europeo, incluso quello previsto dai regolamenti dell'Unione, si fonda sul metodo bilateralista. In questo senso, pertanto, il ricorso alla tecnica unilateralista effettuato dal legislatore nel Data Act potrebbe sembrare un momento di rottura.

In realtà, l'utilizzo di tale tecnica si pone in continuità con le scelte che hanno caratterizzato numerosi strumenti in materia di dati e nuove tecnologie adottati nell'ultimo

decennio dall'Unione europea⁹. Tra questi, ad esempio, si possono menzionare i già richiamati GDPR e Digital Services Act, così come il Regolamento (UE) 2019/1150¹⁰ («Regolamento P2B») o il Regolamento (UE) 2022/1828¹¹ («Digital Markets Act» o «DMA»). Tutti questi strumenti, al pari del Data Act, contengono, infatti, disposizioni che ne determinano unilateralmente l'ambito di applicazione, sia materiale che territoriale, a prescindere dalle norme di conflitto dell'Unione e degli Stati membri¹².

3.2.1. Le ragioni di politica legislativa alla base dell'unilateralismo e i rischi di frizione con ordinamenti terzi

La segnalata tendenza unilateralista, nel solco della quale si colloca il Data Act, sembra figlia di una precisa strategia di «politica» legislativa, volta ad estendere in maniera sempre più marcata la sovranità dell'Unione europea sulla rete e in materia di dati. Esempificativo di questa volontà è proprio il già illustrato tentativo, effettuato dal Data Act così come dagli altri strumenti richiamati, di estendere il proprio ambito di applicazione in maniera «extraterritoriale».

⁹ Copiosi sono i contributi dottrinali relativi all'ambito di applicazione (unilaterale) degli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di dati e nuove tecnologie. A riguardo si citano, *ex multis*: D.J. SVANTESSON, *A "Layered Approach" to Extraterritoriality of Data Privacy Laws*, in *International Data Privacy Law*, 2013, p. 278 ss.; D.J. SVANTESSON, *The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and its Practical Effect on U.S. Businesses*, in *Stanford Journal of International Law*, 2014, p. 53 ss.; B. VAN ALSENOY, M. KOEKKOEK, *Internet and jurisdiction after Google Spain: The Extraterritorial Reach of the 'Right to be Delisted'*, in *International Data Privacy Law*, 2015, p. 105 ss.; D.J. SVANTESSON, *Extraterritoriality and Targeting in EU Data Privacy Law: The Weak Spot Undermining the Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2015, p. 226 ss.; C. KUNER, *The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and Future Challenges*, in B. HESS, C.M. MARIOTTINI (eds), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection*, Baden-Baden, 2015, p. 19 ss.; C. KUNER, *Extraterritoriality and Regulation of International Data Transfers in EU Data Protection Law*, in *International Data Privacy Law*, 2015, p. 235 ss.; C. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the Data Protection Regulation of the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 653 ss.; C. KUNER, *The Internet and the Global Reach of EU Law*, in M. CREMONA, J. SCOTT (eds), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, 2019, p. 112 ss.; T. CHRISTAKIS, *Data, Extraterritoriality and International Solutions to Transatlantic Problems of Access to Digital Evidence. Legal Opinion on the Microsoft Ireland Case (Supreme Court of the United States)*, in *Lawful Access to Data: The US v. Microsoft Case, Sovereignty in the Cyber-Space and European Data Protection*, CEIS & The Chertoff Group White Paper, 2017, p. 16 ss.; T. CHRISTAKIS, *"European Digital Sovereignty" Successfully Navigating Between the "Brussels Effect" and Europe's Quest for Strategic Autonomy*, Grenoble, 2020; C.G. GRANMAR, *Global Applicability of the GDPR in Context*, in *International Data Privacy Law*, 2021, p. 225 ss.; G.P. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, cit., p. 221.

¹⁰ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. Si veda, in particolare, l'art. 1, par. 2.

¹¹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Si veda, in particolare, l'art. 1, par. 2.

¹² Sul punto si vedano, ad esempio: M. HO-DAC, M. LEHMANN, *Digital Services Act – Part One: An Outside Look at the Monster*, in *EAPIL blog*, 22 febbraio 2023; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of Laws and the Internet*, II ed., Cheltenham, 2024.

Questa impostazione non appare, tuttavia, priva di criticità. In primo luogo, infatti, essa risulta potenzialmente foriera di generare conflitti con altri ordinamenti giuridici, interessati, al pari dell'Unione europea, ad estendere la propria sovranità e la propria disciplina sulla rete e sul trattamento dei dati. Si tratta di un problema piuttosto comune in materie come il diritto dei dati o delle nuove tecnologie, contraddistinte da sensibilità politiche spesso collimanti, che si concretizzano in normative di stampo unilateralista che pretendono di regolare le medesime fattispecie in maniera radicalmente differente. Esempio di questo è rappresentato dal conflitto regolatorio che, di recente, ha interessato l'Unione europea relativamente al tema del trasferimento dei dati personali verso gli Stati Uniti d'America, segnato da profonde tensioni tra la tutela della riservatezza accordata dall'Unione e la salvaguardia della sicurezza nazionale perseguita dall'ordinamento statunitense¹³.

I conflitti in questione riguardano, come accennato, normative che, al pari del Data Act, determinano unilateralmente la propria «gittata», prevedendo ambiti di applicazione «extraterritoriale». Questa caratteristica appare in grado di acuire i contrasti tra l'Unione e gli ordinamenti terzi in cui uno strumento come il Data Act è invocato. Si pensi, ad esempio, ad uno Stato extra-UE le cui norme a tutela della proprietà intellettuale siano, inesorabilmente, in contrasto con le regole del Data Act sul libero accesso e utilizzo dei dati¹⁴.

I conflitti in questione appaiono difficilmente risolvibili attraverso le regole e i metodi tradizionali del diritto internazionale privato, anche perché strumenti come il Data Act risultano fortemente impregnati da logiche di tipo pubblicistico. Esemplificativo, in questo senso, il fatto che ciascuno Stato membro abbia l'obbligo di designare un'autorità (amministrativa) competente per l'applicazione e l'esecuzione del regolamento nel proprio Stato di riferimento. Autorità che, al sussistere dei criteri di cui all'art. 1, applicheranno il Data Act, verosimilmente senza addentrarsi in questioni internazionalprivatistiche.

¹³ A riguardo si vedano, ad esempio: V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione del caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di comunicazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 683 ss.; G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 697 ss.; M. NINO, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbour: la sentenza Schrems*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2015, p. 286 ss.; M. NINO, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 755 ss.; I. OLDANI, *The Impact of the Schrems II Judgment on International Data Transfers*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2020, p. 547 ss.; T. CHRISTAKIS, *Transfer of EU Personal Data to U.S. Law Enforcement Authorities After the CLOUD Act: Is There a Conflict with the GDPR?*, in R.S. MILCH, S. BENTHALL, A. POTCOVARU (eds), *Building Common Approaches for Cybersecurity and Privacy in a Globalized World*, New York, 2019, p. 60 ss.

¹⁴ Questione analoga si pone con riferimento al c.d. «diritto all'oblio» previsto dalla normativa dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali (v. in particolare art. 17 GDPR). Sul punto si vedano, *ex multis*: B. VAN ALSENOY, M. KOEKKOEK, cit., p. 105 ss.; E.A. ROSSI, *La Corte di giustizia torna sul diritto di farsi dimenticare. Prima lettura di due recenti pronunce sul «diritto all'oblio»*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 273 ss.

3.2.2. Il coordinamento tra Data Act e norme di conflitto: l'esempio della materia extracontrattuale

Il problema della relazione tra il Data Act e le norme di conflitto di diritto internazionale privato si pone, invece, nel caso dei rapporti tra privati. Se sulla materia contrattuale si dirà in seguito, su quella non contrattuale viene qui in rilievo il rapporto con il Regolamento (CE) n. 864/2007¹⁵ («Regolamento Roma II»). Si pensi, ad esempio, al caso di un'azione per risarcimento danni per responsabilità di tipo extracontrattuale, intentata sulla base di presunte violazioni del Data Act (es. una violazione di diritti di proprietà industriale su una banca dati oggetto di comunicazione a terzi sulla base del Data Act).

A parere di chi scrive, il problema della legge applicabile potrebbe, in questo caso, trovare soluzione proprio nell'art. 1, par. 3, del Data Act. In forza di tale previsione, infatti, nelle materie da esso disciplinate, il Data Act troverebbe applicazione qualunque sia la legge eventualmente individuata dal Regolamento Roma II – strumento che, nella gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione europea, è di pari rango rispetto al Data Act.

Questa conclusione, di per sé coerente con un approccio di tipo unilateralista, dal punto di vista del diritto internazionale privato potrebbe essere sostenuta utilizzando due distinti argomenti, entrambi relativi al rapporto tra le norme di conflitto e le disposizioni di stampo unilateralista che, analogamente all'art. 1, par. 3, del Data Act, autodeterminano l'ambito di applicazione territoriale dello strumento di diritto materiale a cui appartengono (per semplificare, individuabili anche con la locuzione «norme sull'applicabilità»)¹⁶.

Il primo argomento poggerrebbe sulla natura di «norma di applicazione necessaria» (sulla cui nozione e potenziale rilevanza nell'ambito del Data Act ci si soffermerà in seguito al paragrafo 4.2) delle suddette norme sull'applicabilità. Tale tesi appare, tuttavia, poco convincente. Le norme di applicazione necessaria, infatti, sono, per loro natura, specifiche norme di diritto materiale, alle quali deve essere data priorità, ancor prima dell'intervento di qualsiasi norma di conflitto, proprio per via del loro contenuto. Le norme sull'applicabilità, invece, agiscono su un piano diverso. Si tratta, infatti, di disposizioni che determinano la «gittata» di un determinato strumento di diritto materiale al quale appartengono¹⁷, a prescindere dal fatto che questo contenga o meno norme che possono

¹⁵ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

¹⁶ Sul punto si veda l'analisi svolta da C. BENINI, *A Private International Law Perspective on the Extraterritorial Reach of EU Law: The "Docile" Attitude of EU Conflict of Law Rules*, in F. CASOLARI, M. GATTI (eds), *The Application of EU Law Beyond Its Borders*, The Hague, 2022, p. 25 ss., in particolare pp. 29-34. In particolare, l'autrice ha affrontato la tematica del rapporto tra norme di conflitto e norme relative all'ambito di applicazione di strumenti di diritto materiale dell'Unione partendo dalla prospettiva dell'art. 3 GDPR. Si ritiene che le riflessioni dell'autrice sul possano essere considerate anche nell'ambito del Data Act.

¹⁷ Sulla differenza tra norme di applicazione necessaria e norme relative all'applicabilità di strumenti di diritto materiale si vedano: C. BENINI, *A Private International Law Perspective on the Extraterritorial Reach of EU Law*, cit., p. 31; P. KINSCH, *L'autolimitation implicite des norms de droit privé matériel*, in *Revue critique*

essere considerare di applicazione necessaria, e che non contengono, di per sé, precetti di natura sostanziale.

Il secondo argomento si fonderebbe, invece, sull'esistenza di un rapporto genere-specie tra le norme di conflitto bilaterali (il Regolamento Roma II nell'esempio in commento) e quelle sull'applicabilità, di stampo unilateralista, come l'art. 1, par. 3, del Data Act. L'addentellato normativo di questa tesi sarebbe, in materia extracontrattuale¹⁸, l'art. 27 del Regolamento Roma II, in virtù del quale il regolamento in questione non pregiudica l'applicazione delle norme dell'Unione che, con riferimento a settori specifici, disciplinano i conflitti di legge in materia di obbligazioni extracontrattuali. Adottando questo approccio, l'art. 1, par. 3, del Data Act si troverebbe, quindi, ad agire come una sorta di norma di conflitto «speciale» che, nelle materie di propria pertinenza, prevarrebbe su quelle dettate dal Regolamento Roma II.

La tesi, giudicata convincente da chi scrive, pare salutata con favore da parte della dottrina¹⁹. Essa risulta, tuttavia, non condivisa da altra parte della dottrina²⁰, la quale segnala l'impossibilità di individuare un rapporto genere-specie tra le norme di conflitto bilaterali e le norme di applicabilità contenute in strumenti di diritto materiale, in virtù delle differenze funzionali che esisterebbero tra le stesse. La dottrina citata trova, piuttosto, la soluzione nella natura «docile» delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea, che lascerebbero il passo alle norme di applicabilità unilaterali – come l'art. 1, par. 3, del Data Act – ove si tratti di definire l'ambito di applicazione dello strumento di diritto materiale a cui queste appartengono. Questo, in particolare, per ragioni di coordinamento normativo all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in modo anche da favorire, in applicazione del principio dell'«effetto utile», gli obiettivi di politica legislativa perseguiti dallo specifico strumento di diritto materiale che contiene in sé una norma unilaterale che ne determina l'ambito di applicazione²¹.

de droit international privé, 2003, p. 404 ss., in particolare p. 407; M. MELCHER, *Substantive EU Regulations as Overriding Mandatory Rules?*, in *ELTE Law Journal*, 2020, p. 37ss., in particolare p. 42 per i fini che qui interessano; G.P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Zurigo, 2014, p. 428 ss.

¹⁸ Simili ragionamenti possono essere effettuati anche in materia contrattuale, utilizzando come addentellato normativo l'art. 23 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

¹⁹ A favore di questa tesi si veda, ad esempio: M. PASQUA, *Authorisations to Emit Greenhouse Gases – A Conflict-of-Laws Perspective*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, p. 409 ss. Si veda, in particolare, p. 426, in cui l'autore afferma: «Unilateral conflict rules that stand alongside a bilateral conflict rule, thus derogating from it, are most frequently found in the implied variant». Si veda anche G.P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, cit. In particolare, a p. 431, l'autore è chiaro nell'affermare: «da norma di applicazione necessaria (...) è una norma materiale (...) la norma unilaterale di delimitazione (...) è una norma, quanto meno in senso lato, di d.i.p.».

²⁰ In questo senso, critico al rapporto genere-specie, si veda C. BENINI, *A Private International Law Perspective on the Extraterritorial Reach of EU Law*, cit., pp. 32-34.

²¹ Sul principio dell'«effetto utile» si veda ad esempio: I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017. Per alcune riflessioni sull'utilizzo di tale principio per dirimere

3.2.3. Il problema dell'effettività pratica del Data Act al di fuori dell'Unione europea: il «*regulatory overreaching*»

Al di là della soluzione teorica accoglibile per quanto riguarda la questione relativa al rapporto tra norme unilaterali sull'applicabilità e norme bilaterali di conflitto, preme evidenziare come i ragionamenti appena svolti appaiano, da un punto di vista pratico, rilevanti soltanto nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

Al contrario, infatti, nel caso di una controversia incardinata di fronte all'autorità giudiziaria di un paese terzo, risulterebbe difficile pensare che tale giudice possa, in virtù delle pretese unilaterali del Data Act, assegnare, in qualsiasi caso, prevalenza a tale regolamento rispetto alle norme del proprio ordinamento. Questo non significa che il Data Act non possa essere applicato da un'autorità giudiziaria sita al di fuori dell'Unione europea, ma che potrebbe esserlo, eventualmente, soltanto se individuato come «legge applicabile» dalle norme dell'ordinamento giuridico terzo considerato.

Quest'ultima considerazione permette di poter dar conto di un'altra problematica connessa all'utilizzo del metodo unilateralista e alla possibile applicazione extraterritoriale del Data Act, rappresentata dal fenomeno del c.d. «*regulatory overreaching*». Con questa espressione, la dottrina²² si riferisce ad una caratteristica propria di norme che, al pari del Data Act, configurano, in astratto, un ambito di applicazione (extra)territoriale molto esteso, a cui fanno, però, da contraltare le scarse possibilità di applicazione reale di tali norme alle fattispecie che queste si propongono di disciplinare. Il rischio, in altre parole, è che le disposizioni del Data Act restino applicabili soltanto «sulla carta» ad una serie di fattispecie che, al contrario, il legislatore dell'Unione mirava a disciplinare attraverso tale strumento.

4. Il Data Act e gli spazi residui per il metodo bilateralista

Chiarita l'impostazione unilateralista del Data Act, occorre ora domandarsi se, nell'applicazione del regolamento, possano residuare degli spazi per il bilateralismo e, quindi, per il diritto internazionale privato tradizionale, al netto dei ragionamenti sopra svolti in merito alle possibili intersezioni tra l'art. 1, par. 3, del Data Act e il Regolamento Roma II.

la questione del rapporto tra norme di conflitto bilaterali e norme (unilaterali) sull'applicabilità si rimanda nuovamente a: C. BENINI, *A Private International Law Perspective on the Extraterritorial Reach of EU Law*, cit., p. 34; M. PASQUA, *Authorisations to Emit Greenhouse Gases – A Conflict-of-Laws Perspective*, cit., p. 424.

²² L'espressione è stata coniata per la prima volta da L.A. BYGRAVE, *Determining Applicable Law pursuant to European Data Protection Legislation*, in *Computer Law and Security Report*, 2000, p. 252 ss. L'espressione è stata, quindi, riproposta in D.J. SVANTESSON, *A "Layered Approach" to Extraterritoriality of Data Privacy Laws*, cit., p. 286. Sempre Svantesson ha, inoltre, espresso il medesimo concetto utilizzando la formula «*jurisdictional overreach*» in D.J. SVANTESSON, *The Google Spain case: Part of a harmful trend of jurisdictional overreach*, EUI Working Paper RSCAS, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2015.

4.1. La ricerca del «diritto contrattuale nazionale» applicabile ai contratti regolati dal Data Act

Punto di partenza per rispondere a questo interrogativo è, ancora una volta, l'art. 1 del Data Act. In particolare, nei parr. 5-10, la disposizione elenca una serie di strumenti normativi di diritto dell'Unione e nazionale la cui applicazione è, a seconda dei casi, fatta salva, non pregiudicata o integrata dal Data Act. Tra questi, vengono citati una serie di strumenti in materia di protezione dei dati personali (GDPR, Regolamento (UE) 2018/1725²³, Direttiva 2002/58/CE²⁴ – tutti richiamati dal par. 5), di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (par. 8) e di protezione dei consumatori (par. 9).

Soprattutto, per quanto qui interessa, l'art. 1, par. 10, chiarisce come il Data Act non precluda la conclusione di contratti di condivisione dei dati «volontari e legittimi», purché «conformi» ai requisiti del regolamento. La disposizione va letta in combinato disposto con il considerando 5, secondo cui il Data Act adegua «le norme di diritto contrattuale» nelle materie da esso disciplinate, e il considerando 9, il quale chiarisce che: «salvo che disponga altrimenti, il presente regolamento non pregiudica il diritto contrattuale nazionale, comprese le norme sulla formazione, la validità o l'efficacia dei contratti, o le conseguenze della risoluzione di un contratto».

Dalle disposizioni in ultimo citate emerge, quindi, come i contratti siano considerati dal legislatore come lo strumento principale per la condivisione e lo scambio di dati disciplinati dal Data Act. Di conseguenza, il regolamento stabilisce una serie di regole e requisiti di diritto sostanziale che dovrebbero essere rispettati dai contratti in questione, senza tuttavia pregiudicare il «diritto contrattuale nazionale». Quest'ultimo, pertanto, nelle intenzioni del legislatore dell'Unione dovrebbe continuare a ricoprire un ruolo rilevante nella disciplina dei contratti considerati dal Data Act, in particolare per quanto riguarda la formazione, la validità e l'efficacia di tali contratti, così come le conseguenze della loro risoluzione.

Per applicare il «diritto contrattuale nazionale» ad un contratto ricadente tra quelli considerati dal Data Act è però necessario, da un punto di vista internazionalprivatistico, individuare quale sia il diritto nazionale applicabile al contratto in questione. Per farlo, nell'assenza di indicazioni sul punto all'interno del Data Act, appare necessario ricorrere alle norme di diritto internazionale privato dell'Unione, rintracciabili nel Regolamento (CE) n. 593/2008²⁵ («Regolamento Roma I») per i contratti inclusi nell'ambito di applicazione di quest'ultimo, oltre che alle norme di conflitto dei vari Stati membri, per quanto non

²³ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE.

²⁴ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

²⁵ Regolamento (CE) n. 593/2008.

ricompreso all'interno dello stesso. È questo, in altre parole, uno spazio residuo che il Data Act sembra lasciare alle norme di conflitto bilaterali. Spazio che, a ben vedere, non sembra poi così ridotto²⁶.

4.2. Possibili correttivi al metodo bilateralista: tra norme di applicazione necessaria, primato dell'Unione e limiti all'autonomia privata

Preso atto della persistente rilevanza delle norme di conflitto bilaterali in materia contrattuale, occorre adesso interrogarsi sulla possibilità di individuare eventuali correttivi all'operatività delle stesse all'interno del Data Act. A questo proposito, pare utile soffermarsi su quanto stabilito dal citato considerando 9, secondo cui il Data Act, salvo che non disponga altrimenti, «non pregiudica il diritto contrattuale nazionale».

Da un punto di vista pratico si pensi, ad esempio, alla conclusione di un contratto relativo all'accesso ai dati stipulato tra due imprese e che preveda delle clausole che, pur se lecite dal punto di vista del diritto contrattuale applicabile, rientrano tra le «clausole contrattuali abusive» di cui all'art. 13 del Data Act. In tal caso, in virtù di quanto stabilito dall'art. 13, par. 1, Data Act, la clausola abusiva sarà considerata non vincolante per l'impresa alla quale è stata imposta unilateralmente, a prescindere da cosa possa dire il diritto nazionale a riguardo.

In una prospettiva di teoria generale di diritto dell'Unione europea e di diritto internazionale privato, la specificazione appena esaminata può assumere diversi significati. Innanzitutto, essa potrebbe essere intesa come una semplice affermazione, da parte del legislatore dell'Unione, del principio del primato del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri, espressione anche del principio dell'effetto utile a cui si è avuto modo di fare cenno sopra (v. par. 3.2.2).

In un'ottica internazionalprivatistica, invece, sono possibili diverse letture. In primo luogo, l'affermazione secondo cui il «diritto contrattuale nazionale» si applica soltanto nella misura in cui non contrasta con il Data Act potrebbe suggerire che il nuovo regolamento debba essere considerato come uno strumento che contiene al proprio interno alcune

²⁶ La questione della legge applicabile ai contratti redatti alla luce del Data Act sembra essere stata presa in considerazione anche dal gruppo di esperti chiamato dalla Commissione europea a redigere dei modelli di clausole contrattuali tipo non vincolanti relative all'accesso ai dati e al relativo utilizzo, nonché di clausole contrattuali standard non vincolanti per i contratti di cloud computing, che la stessa Commissione europea, ai sensi dell'art. 41 del Data Act, deve elaborare e raccomandare, prima del 12 settembre 2025, allo scopo di assistere le parti nella stesura e nella negoziazione di contratti equi, ragionevoli e non discriminatori dal punto di vista dei diritti e degli obblighi contrattuali. Il gruppo in questione, in particolare, ha elaborato due modelli di clausole contrattuali, contenuti in un report finale pubblicato sul sito della Commissione europea. Entrambi i modelli contengono una clausola relativa alla scelta della legge applicabile, demandata quindi all'autonomia delle parti nell'idea degli esperti. Il report in questione è accessibile online: Commissione europea, *Final Report of the Expert Group on B2B data sharing and cloud computing contracts*, 14 March 2025, disponibile a www.ec.europa.eu.

«norme di applicazione necessaria²⁷», rilevanti ai sensi dell'art. 9 Regolamento Roma I e del diritto internazionale privato nazionale.

L'art. 9 del Regolamento Roma I definisce le norme di applicazione necessaria come «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento». Esse costituiscono uno dei tradizionali correttivi alle norme di conflitto, in quanto intervengono in un momento logico precedente, disinnescandone alla radice l'applicazione.

Come si è già avuto modo di segnalare (v. par. 3.2.2), le norme di applicazione necessaria sono norme di diritto materiale che, nelle fattispecie da esse individuate, si applicano per una precisa scelta di politica legislativa, senza che l'interprete – a cui spetta il compito di identificarle in assenza di esplicite qualificazioni – debba fare ricorso alle norme di conflitto per individuare il diritto applicabile nel caso concreto. A tal proposito, si badi come, sebbene l'art. 9 Regolamento Roma I menzioni unicamente norme di applicazione di fonte statale, appaia possibile assegnare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea²⁸, il carattere di norma di applicazione necessaria anche a norme di fonte primaria del diritto dell'Unione europea²⁹.

Trattandosi di disposizioni di tipo materiale, le norme di applicazione necessaria vanno, quindi, individuate prendendo in considerazione il relativo contenuto, da considerare alla luce dei criteri forniti dall'art. 9 Regolamento Roma I. Devono, quindi, essere norme ritenute cruciali per la salvaguardia degli interessi pubblici – intesi anche come organizzazione politica, sociale ed economica – dell'ordinamento giuridico a cui appartengono. L'individuazione di tali norme è, come detto, rimessa all'interprete, anche se non mancano i casi di espresse auto-qualificazioni fornite a monte dal legislatore³⁰.

²⁷ Per un inquadramento della nozione si rinvia, *ex multis*, a: M. WILDERSPIN, *Overriding mandatory provisions*, in BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Chaltenam, 2017, p. 1330 ss. Si badi che il concetto di «norma di applicazione necessaria» è utilizzato anche dall'art 16 del Regolamento Roma II in materia di obbligazioni extracontrattuali.

²⁸ CGUE, sentenza del 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*

²⁹ Sulla possibilità che le norme di diritto dell'Unione europea possano essere qualificate come «norme di applicazione necessaria» si vedano, ad esempio: A. BONOMI, *Article 9 – Overriding Mandatory Provisions*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds), *Rome I Regulation*, Köln, 2017, p. 599 ss, in particolare p. 615; M. WILDERSPIN, *Overriding mandatory provisions*, cit., p. 1335.

³⁰ Per un esempio di norma che si qualifica esplicitamente come «norme di applicazione necessaria» si rimanda a G. ZARRA, *Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria. Brevi note sull'art. 28, co. 8, del DL 9/2020 in tema di emergenza COVID-19*, in *SIDIBlog*, 30 marzo 2020. All'interno dell'ordinamento dell'Unione si veda, invece, quanto affermato, a proposito dell'art. 6, par. 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, da M. WILDERSPIN, *Overriding mandatory provisions*, cit., p. 1335.

Nel caso del Data Act, in assenza di indicazioni giurisprudenziali sul punto³¹, chi scrive ritiene che possa essere dato rilievo sistematico al quadro strategico nel quale il nuovo strumento si pone, e del quale si è già potuto dare conto nel presente contributo (v. par. 1). Come si è avuto modo di saggiare, infatti, il Data Act costituisce uno dei tasselli di una strategia regolatoria dell'Unione europea la cui importanza per l'economia del continente è stata a più riprese sottolineata dalla Commissione europea³². Alla luce di tali obiettivi di politica legislativa, potrebbe quindi argomentarsi il carattere di «norma di applicazione necessaria» a quelle norme del Data Act – come il già citato art. 13 – alle quali, per volere del legislatore, occorre dare prevalenza rispetto al «diritto contrattuale nazionale» applicabile. A sostegno di questo argomento teleologico-sistematico, si invitano a considerare le riflessioni relative alla presenza di norme di applicazione necessaria in altri strumenti in materia di dati e nuove tecnologie emanati dal legislatore dell'Unione europea negli ultimi anni, come i già citati GDPR³³, Digital Services Act³⁴ e Regolamento P2B.

A ben vedere, peraltro, l'eventuale qualifica di norme di applicazione necessaria in capo ad alcune disposizioni del Data Act rileverebbe, da un punto di vista pratico, soprattutto nei casi in cui le norme di conflitto bilaterali individuassero come diritto contrattuale applicabile il diritto di uno Stato terzo. Viceversa, infatti, nell'ipotesi in cui risultasse applicabile il diritto di uno Stato membro, la prevalenza su queste ultime delle norme Data Act potrebbe, da un punto di vista metodologico, essere giustificata sia sulla base del principio del primato del diritto dell'Unione, sia facendo uso di argomenti analoghi a quelli sopra illustrati in relazione al rapporto tra norme di conflitto e norme unilaterali sull'applicazione (v. par. 3.2.2), conducendo quindi all'applicazione delle norme del Data Act sulla base del medesimo art. 1, par. 3. Quest'ultimo, adottando l'approccio appena ricordato, si troverebbe ad agire, nell'ambito dei contratti regolati dal Data Act, come norma di conflitto «speciale» ai sensi dell'art. 23 Regolamento Roma I, il cui tenore ricorda il già esaminato art. 27 Regolamento Roma II.

Le riflessioni in merito alla prevalenza del Data Act rispetto al diritto di uno Stato terzo individuato, in base alle norme del Regolamento Roma I, come legge applicabile ad un determinato contratto ricadente tra quelli regolati del Data Act, valgono anche nel caso in cui siano le parti di tale contratto ad aver scelto il diritto di un paese situato al di fuori dell'Unione europea come legge applicabile. In questo caso, infatti, anche tenendo a mente

³¹ Si rammenta, a questo proposito, che il Data Act è applicabile dal 12 settembre 2025, salvi gli ulteriori termini previsti dall'art. 50.

³² Si veda COM/2020/66 final, cit.

³³ Non è possibile, in questa sede, soffermarsi nell'analisi dettagliata del tema. Per quanto riguarda il GDPR si rimanda ai seguenti contributi: D. LOPES, *GDPR – Main International Implications*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2020, p. 9ff; M. MELCHER, *Substantive EU Regulations as Overriding Mandatory Rules?*, cit., p. 41.

³⁴ Per quanto riguarda la presenza di norme di applicazione necessarie nel Digital Services Act si veda: E.A. ROSSI, *The Digital Services Act (DSA) and Conflict of Laws*, in *Revue des affaires européennes*, 2023, p. 625 ss.

il combinato disposto dai considerando 5 e 9 e dall'art. 1, par. 10, del Data Act, le norme del regolamento sui dati potrebbero comunque prevalere su quelle del diritto dello Stato terzo selezionato dalle parti in virtù dell'art. 3, par. 4, Regolamento Roma I. Tale norma, in particolare, stabilisce che, nel caso in cui la parti di un contratto scelgano come «applicabile» al suddetto contratto una legge diversa da quella di uno Stato membro, tale scelta non andrebbe ad inficiare «l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente». Ciò, peraltro, a condizione che tutti gli altri elementi della fattispecie siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri. In altre parole, secondo questa interpretazione, il nuovo regolamento potrebbe andare ad influire – limitandola – sull'autonomia contrattuale delle parti, dal momento che la scelta di legge contenuta in un contratto regolato dal Data Act non permetterebbe di derogare alle norme contenute in quest'ultimo, alle quali le parti non possono derogare convenzionalmente³⁵. Ciò a condizione che tutti gli elementi pertinenti del contratto in questione si trovino all'interno dell'Unione europea, come previsto dall'art. 3, par. 4, del Regolamento Roma I.

5. Conclusioni

Come si è potuto vedere, nella prospettiva del diritto internazionale privato, il Data Act costituisce un esempio di utilizzo del metodo unilateralista, in quanto determina autonomamente il proprio ambito di applicazione territoriale e materiale, a prescindere dall'operatività delle norme di conflitto.

Non si tratta di un esempio isolato ma, al contrario, di uno strumento che, da questo punto di vista, si colloca nel solco di una serie di strumenti normativi in materia di internet, dati e nuove tecnologie adottati negli ultimi anni all'interno dell'Unione europea. Esso rappresenta un ulteriore tassello di una strategia regolatoria del legislatore dell'Unione che pare volta ad estendere la propria sovranità sulla rete. Come si è visto, peraltro, questo approccio non è privo di criticità, soprattutto per quanto riguarda gli effetti extraterritoriali della nuova disciplina e il rischio del c.d. «*regulatory overreaching*».

Infine, non è trascurabile il fatto che il Data Act lascia degli spazi al diritto nazionale contrattuale e, di conseguenza, al metodo alle norme di conflitto bilaterali allo scopo di individuare quale sia, di volta in volta, il diritto nazionale applicabile. Si tratta di spazi non ridotti, anche se alle disposizioni del Data Act deve essere comunque garantita prevalenza in caso di contrasti con il diritto contrattuale nazionale applicabile, sia esso il diritto di uno Stato membro che, nei casi contemplati dall'art. 3, par. 4, del Regolamento Roma I, il diritto di uno Stato terzo.

³⁵ Un esempio di queste norme inderogabili potrebbe essere rappresentato dall'art. 13, par. 9, del Data Act, ai sensi del quale: «Le parti di un contratto contemplato dal paragrafo 1 non escludono l'applicazione del presente articolo, non vi derogano né ne modificano gli effetti».

SEZIONE II

Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile

***Soft* Commitments for *Hard* Problems: The (Unfinished) Quest for Intergenerational Justice and the Normative Struggle to Protect the Rights of Future Generations**

VERONICA BOTTICELLI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction: the (unsolved) *dilemma* of protecting future generations between conceptual paradoxes and legal gaps – 2. Sustainable development and intergenerational equity in the international legal framework: a brief *tour d'horizon* – 3. The *Pact for the Future*: more reiteration than innovation, ‘the *soft law* way’ – 4. The *Declaration on Future Generations*: where aspirations meet (harsh) realities – 5. Beyond the *Pact* and the *Declaration*: how international legal practice is tackling normative *lacunae* and fostering future generations’ interests, needs, and rights – 6. Conclusion: future (im)perfect?

ABSTRACT: This article explores whether and to what extent international law is currently well equipped to safeguard the aspirations, needs, interests, and rights of future generations (FGs). Using the recently adopted *Pact for the Future* and its annexed *Declaration on Future Generations* as a reference point, the present contribution critically examines the adequacy and shortcomings of existing international legal frameworks in addressing intergenerational concerns. Beginning with foundational principles such as sustainable development and intergenerational justice, the analysis extends into the realm of *soft law* and normative developments within international discourse. Special attention is given to the content and structure of both the *Pact* and the *Declaration*, with a particular focus on their (in)adequacy in providing effective and enforceable protections for FGs. While acknowledging these shortcomings, the article seeks to foster a constructive and forward-looking dialogue. It examines emerging developments in the practice of both courts and international organizations, that signal potential for strengthening the legal recognition of future generations. Beyond critique, the piece identifies evolving trends that may lead to a more inclusive and future-oriented international legal order, contributing to ongoing efforts to embed long-term thinking into global legal frameworks and to promote a stronger commitment to the rights of those yet to come.

* Postdoctoral Researcher in International Law, University of Milan, veronica.botticelli@unimi.it. This contribution presents some provisional findings of the research conducted under the PRIN 2022 Project, entitled: ‘FUEL-IT: FUTURE gENERATIONS and international LAW: boosting an ITALIAN response’. The contribution has been updated as of 11 July 2025.

KEYWORDS: The Pact for the Future – Declaration on Future Generations – sustainable development – intergenerational equity – future generations – *soft law*.

*«Time present and time past
Are both perhaps present in time future
And time future contained in time past.
If all time is eternally present
All time is unredeemable.»*

(T. S. ELIOT, *Four Quartets: Burnt Norton*, 1936)

1. Introduction: the (unsolved) *dilemma* of protecting future generations between conceptual paradoxes and legal gaps

In his seminal work *The Art of Conjecture* (1967), the French philosopher Bertrand de Jouvenel emphatically declared that «knowledge of the future is a contradiction in terms»¹. As such, there can be no such thing as «future science» insofar as there can no be future facts *stricto sensu*, and «there is no science without facts»².

When applied to law, on the premise that the latter could be considered as a (social) science³, such observations encapsulate a core dilemma faced by several legal systems in their efforts to recognize and safeguard the potential aspirations, needs, interests, and rights of future generations (hereinafter also referred to as FGs). Irrespective of the prevailing legal framework under consideration – whether of an international, supranational (such as within the European Union) or domestic nature –, this challenge remains largely theoretical until translated into practice.

However, it is imperative that any individual who engages with the study of the multifaceted nature attached to what we can describe as the ‘phenomenon of future’ must

¹ B. DE JOUVENEL, *The Art of Conjecture*, New York, 1967, p. 5.

² P. VAN DER DUIN, *The Crystal Ball is not a Black Box: Futures Research in Scientific and Organizational Perspective*, in *Journal of Future Studies*, 2014, p. 125.

³ For a perspective on the early stages of the discussion surrounding the (supposed) scientific nature of law, see G. W. GOBLE, *Law as a Science*, in *Indiana Law Journal*, 1934, p. 294 ff. For some classical exposition of international law as a science, see L. OPPENHEIM, *The Science of International Law: Its Task and Method*, in *American Journal of International Law*, 1908, p. 313 ff.; R. AGO, *Science Juridique et Droit International*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1956; F. CASTBERG, *La Méthodologie Du droit International Public*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1934. On the consolidation of this self-representation, see the remarks of A. ORFORD, *Scientific Reason and the Discipline of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 369 ff. For a criticism of this self-representation, M. KOSKENNIEMI, *Letter to the Editors of the Symposium*, in *American Journal of International Law*, 1999, p. 351 ff.; J. CRAWFORD, *International Law as Discipline and Profession*, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 2012, p. 471 ff.; A. RASULOV, *What Is Critique? Notes towards a Sociology of Disciplinary Heterodoxy in Contemporary International Law*, in J. D’ASPREMONT, T. GAZZINI, A. NOLLKAEMPER, W. WERNER (eds), *International Law as a Profession*, Cambridge, 2017, p. 189 ff., at 207-219; A. ORFORD, *International Law and the Politics of History*, Cambridge, 2021, p. 7-8, 71, and p. 285-310.

grapple with its conceptual underpinnings from the very outset. Indeed, the magnitude of the challenge is already evident in the seemingly simple yet inherently complex question of whom the expression of ‘future generations’ is meant to exactly encompass. Questions arise as to whether ‘future generations’ should be understood as referring exclusively to human beings who have *not yet* been born, or whether its scope ought to be expanded to also include children and young people currently existing, whose lives will extend well beyond the temporal horizon that presently delineates the scope of legal protection *hic et nunc*.

Turning to the analysis of the normative development of the term ‘future generations’ within the framework of international law, a survey of contemporary scholarship reveals a notable lack of *consensus* regarding its conceptual scope. While some scholars advocate for a more inclusive interpretation – one that also extends to currently existing individuals, particularly children and youth (but, at times, also including entities such as the nature and the ‘post-human’⁴), whose lives will extend well into the future⁵ –, others adopt a rather restrictive view, confining the notion exclusively to individuals who have *not yet* come into existence and whose number and identity remain inherently indeterminate⁶.

In the realm of evolving legal and institutional frameworks, the United Nations (UN) provides valuable guidance, albeit still in a ‘work-in-progress’ phase. A first contribution in this regard is the *Policy Brief*⁷ issued by UN Secretary-General António Guterres as part of

⁴ On post-humanist theories and human rights applied to non-human entities, see in general U. BAXI, *Human Rights in a Post Human World: Critical Essays*, Oxford, 2009; V.A.J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, Oxford, 2019; J. C. GELLERS, *Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law*, New York, 2021. As concerns the protection of the rights of nature, see instead M. V. BERROS, *Rights of Nature in the Anthropocene: Democratizing Environmental Law*, in M. LIM (ed), *Charting Environmental Law Futures in the Anthropocene*, Singapore, 2019, p. 21 ff.; S. BAGNI, M. CARDUCCI, *How to See the Invisible? The Recognition of the “Rights of Nature”*, in H. RUIZ-FABRI, V. ROSOUX, A. DONATI (eds), *Representing the Absent*, Baden, 2023, p. 439 ff.; J. GILBERT, *Creating Synergies between International Law and Rights of Nature*, in *Transnational Environmental Law*, 2023, p. 671 ff.; H. ARLING, *International Rights of Nature: Reasons for a Paradigm Shift and Ways Forward*, in *Völkerrechtsblog*, 14 December 2023.

⁵ See, *inter alia*, A. MALHOTRA, *A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law*, in E. AGIUS, S. BUSUTTI (eds), *Future Generations and International Law*, New York, 1998, p. 39 ff., spec. p. 40-41; S. I. SKOGLI, *The Right to Continuous Improvement of Living Conditions and Human Rights of Future Generations – A Circle Impossible to Square?*, in J. HOHMANN, B. GOLDBLATT (eds), *The Right to the Continuous Improvement of Living Conditions: Responding to Complex Global Challenges*, Oxford-New York-London-New Delhi-Sidney, 2021, p. 147 ff., spec. p. 148; E. DONGER, *Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization*, in *Transnational Environmental Law*, 2022, p. 263 ff., spec. p. 273-274.

⁶ A. GOSSERIES, *On Future Generations’ Future Rights*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2008, p. 446 ff.; R. ARAÚJO, L. KOESSLER, *The Rise of the Constitutional Protection of Future Generations*, LPP Working Paper No. 07-2021, p. 5 ff.; D. BERTRAM, *“For You Will (Still) Be Here Tomorrow”: The Many Lives of Intergenerational Equity*, in *Transnational Environmental Law*, 2023, p. 121 ff., spec. p. 137-138.

⁷ United Nations, *Our Common Agenda*, Policy Brief 1: *To Think and Act for Future Generations*, March 2023, www.un.org, p. 3. On the matter, see also *Elements Paper for the Declaration for Future Generations*, www.un.org, where it has been posited that «[f]or the purpose of this Elements Paper, “future generations” have been defined as all those generations that do not yet exist, are yet to come and who will eventually inherit this planet».

the *Our Common Agenda* report in 2021⁸. The Policy Brief consistently employed the expression ‘future generations’ to reference all individuals – of an indeterminate number and scope – who will succeed the current generation. This definition underscores the potential consequences of current actions (or, perhaps, inaction) on their effective ability to exercise rights and fulfil fundamental needs.

As is evident, this definition played a crucial role in shaping international discourse on intergenerational equity, thus paving the way for the convening of the *Summit of Future* (hereinafter, also ‘Summit’ or SoF) in 2024⁹. The idea for such a Summit was introduced in 2020, framed within the Declaration commemorating the 75th anniversary of the UN. In the wake of the COVID-19 pandemic¹⁰, the UN General Assembly called for a strengthening of international governance, tasking the UN Secretary-General with the development of concrete proposals to address this challenge. The result was the 2021 publication of *Our Common Agenda*, a Policy Brief which presented a vision for «networked and inclusive multilateralism» aimed at enhancing intergenerational solidarity and rejuvenating global cooperation.

On 22-23 September 2024, more than 130 heads of State and Government, alongside representatives from UN agencies, NGOs, civil society, academia, the private sector, and youth groups, gathered in New York for the highly anticipated Summit. The overarching theme of the Summit – ‘*Multilateral Solutions for a Better Tomorrow*’ – encapsulated the ambition to reconfigure international cooperation in response to a range of escalating global challenges, including climate change, artificial intelligence, armed conflict, and inequality. The central aim of the Summit was the adoption of a so-called *Pact for the Future* (hereinafter, ‘Pact’),¹¹ a 42-page document accompanied by two thematic annexes: the *Global Digital Compact* and the *Declaration on Future Generations* (hereinafter, ‘Declaration’)¹².

The negotiations that led to the adoption of the Pact were arduous and politically sensitive, lasting more than nine months¹³. A bloc of seven countries – spearheaded by Russia and including Belarus, Korea, Iran, Nicaragua, and Syria – attempted to delay and revise the agreement by invoking, *inter alia*, the principle of non-interference in domestic

⁸ General Assembly, *Our Common Agenda: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/75/982 of 5 August 2021.

⁹ United Nations, *Summit of the Future: Multilateral Solutions for a Better Tomorrow*, New York, 22-23 September 2024, www.un.org.

¹⁰ General Assembly, *Declaration on the Commemoration of the Seventy-Fifth Anniversary of the United Nations*, UN Doc. A/RES/75/1 of 28 September 2020.

¹¹ General Assembly, *The Pact for the Future*, UN Doc. A/RES/79/1 of 22 September 2024.

¹² General Assembly, *Modalities for the Summit of the Future*, UN Doc. A/RES/76/307 of 12 September 2022.

¹³ For a general overview of the negotiation process, see R. PONZIO, *The UN's New Pact for the Future: A Milestone That Can Set a Path for Change*, in *Just Security*, 2 October 2024.

affairs¹⁴. Nonetheless, the Pact and its annexes were ultimately endorsed by consensus, representing a significant – though, as we will see, imperfect – step forward in global governance.

During the drafting process, a significant definitional shift occurred: the expression ‘future generations’ was explicitly limited in the Declaration to «those generations that do not yet exist»¹⁵. This narrower framing effectively pushed the temporal horizon forward, and clarified the intended subjective scope of both legal and policy commitments towards what we will come after us.

Despite being articulated in relatively constrained language, the Pact seems to advocate for a multidimensional understanding of inter-generationality, thereby forging conceptual linkages between the past, present and future. Within this framework, children and youth are emphatically portrayed as «agents of change»¹⁶, entrusted not only with representing their peers, but also with conveying the perspectives of previous generations. In doing so, they serve as conduits for intergenerational dialogue and contribute to the formulation of common policies. While this framework is conceptually forward-looking, it also raises important normative and institutional questions, particularly regarding the legitimacy of representation, the boundaries of agency, and the mechanisms necessary to ensure that future-oriented governance genuinely incorporates the voices and interests of those most directly impacted.

Notwithstanding the overall aspirational rhetoric and renewed emphasis on multilateralism, the final outcome documents of the Summit ultimately fell short of the ambitious expectations that had preceded it. Both the *Pact for the Future* and the *Declaration on Future Generations* are *soft law* instruments that rely heavily on prior normative frameworks, largely reaffirming the commitments enshrined in Agenda 2030 and the related seventeen Sustainable Development Goals (SDGs)¹⁷. Rather than establishing binding obligations, they present broadly framed and cautiously worded pledges. Several critical and longstanding global challenges – including, *inter alia*, reform of the UN Security Council, the broader crisis of multilateralism, the restructuring of the international financial

¹⁴ General Assembly, *Belarus, Democratic People's Republic of Korea, Iran (Islamic Republic of), Nicaragua, Russian Federation and Syrian Arab Republic: * amendment to draft resolution A/79/L.2*, UN Doc. A/79/L.3 of 20 September 2022; on such ‘move’, see also P. WINTOUR, *Russia Isolated at UN Summit After Surprise Bid to Derail Pact*, in *The Guardian*, 22 September 2024.

¹⁵ UN Doc. A/RES/79/1, cit., Annex II, *Declaration on Future Generations*, p. 52, «Cognizant that future generations are all those generations that do not yet exist, and who will inherit this planet (...)».

¹⁶ *Ibid.*, p. 23, «(...) Recognizing children and youth as agents of change and the need for intergenerational dialogue and engagement, including with and among children, youth and older persons, to be taken into consideration in our policy and decision-making processes in order to safeguard the needs and interests of future generations (...)».

¹⁷ General Assembly, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1 of 25 September 2015.

architecture (IFA), the need for climate change mitigation, and the progressive disarmament – received scant attention or remained unresolved.

Compounding these shortcomings was a deepening geopolitical divide, not along traditional East-West lines, but increasingly between the Global North and Global South. Wealthier States – often (self)perceived as the primary architects and beneficiaries of the existing international order – faced increasing pressure from developing and post-colonial States, demanding a more just and inclusive framework for global cooperation. Such normative and political tensions contributed to the structural weaknesses of both the *Pact* and the *Declaration*, ultimately shaping the diluted language adopted in the final texts. Crucially, the question of how to ensure the institutional representation of future generations in contemporary governance remains unresolved, underscoring the persistent gap between aspirational discourse and concrete institutional implementation.

As is evident, while the Summit represented a significant attempt to revitalise multilateralism and foreground intergenerational equity, it ultimately exposed persistent normative and structural limitations. Both the *Pact* and the *Declaration* stand as expressions of rhetorical commitment to future-oriented governance, yet they fall short of enacting binding legal innovations. Their reliance on *soft law* and broadly formulated commitments emphasize, once again, the enduring gap between aspirational discourse and enforceable institutional change.

This critical yet constructive appraisal of the Summit and its principal outcomes serves as a foundation for the subsequent analysis, which turns to the evolving ways in which international law is beginning to conceptualise and engage with the notion of 'future generations'. The remainder of this study will examine the normative, institutional, and doctrinal dimensions of this emerging discourse, with a focus on definitional ambiguity, the role of *soft law* instruments, and the extent to which intergenerational equity is being substantively integrated into the architecture of international legal norms. Positioned within a broader analytical and historical framework, this inquiry ultimately aims to assess whether and to what extent the international community's (light) commitment to future generations is translating into meaningful legal and institutional innovation or, rather, seems condemned to linger as a promise half kept, if not entirely betrayed.

2. Sustainable development and intergenerational equity in the international legal framework: a brief *tour d'horizon*

The concept of intergenerational equity, underscoring the imperative to protect the interests of future generations, has been foundational to the broad discourse on sustainable development since the release of the early 1987 report by the World Commission on

Environment and Development (WCED), *Our Common Future*¹⁸. Commonly referred to as the *Brundtland Report* – after Gro Harlem Brundtland, WCED’s Chair –, the document introduced the accepted definition of sustainable development, known as «development that meets the needs of the present generations without compromising the ability of future generations to meet their own»¹⁹. This formulation places future generations at the core of sustainable development, affirming both the necessity of equity and the finite capacity of the planet to sustain human activity.

The precise legal status of sustainable development within international law remains, however, debated²⁰. Without delving into the long-standing discussion over its exact nature, it is worth noting that sustainable development has variously been described over time as a general principle of international law²¹, a norm crystallizing into customary international law²², a legal concept with some undefined «normative weight»²³, or an obligation of means²⁴. Despite these divergent interpretations, its influence on the development of international legal doctrine and the jurisprudence of international courts and tribunals is indisputable. However, regardless of the classification ultimately ascribed to it, sustainable development can be nowadays viewed as a universally recognized ‘objective’ of the international community.²⁵

The *Brundtland Report* highlighted two critical dimensions of sustainable development: the essential ‘needs’ of the world’s poor²⁶, which deserve urgent attention, embracing an intra-generational dimension, and the constraints imposed by technology and social organization on the environment’s ability to satisfy both present and future needs, thus including an inter-generational dimension²⁷. Notably, it avoids privileging present over

¹⁸ General Assembly, *Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future*, UN Doc. A/42/427 of 4 August 1987.

¹⁹ *Ibid.*, para. 27, «(...) development that meets the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs».

²⁰ K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Oxon-New York, 2017, p. 43-78; C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leiden, 2009, p. 145-186; V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 377 ff.; J. VERSCHUUREN, *The Principle of Sustainable Development as a Legal Norm*, in D. FISCHER (ed), *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Cheltenham, 2022, p. 228 ff.

²¹ D. TLADI, *Sustainable Development in International Law: An Analysis of Key Enviro-Economic Instruments*, Pretoria, 2007, p. 103.

²² P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, p. 254.

²³ V. LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in A. BOYLE, D. FREESTONE (eds), *International Law and Sustainable Development*, Oxford, 1999, p. 19 ff.

²⁴ V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law*, cit., p. 390-391.

²⁵ *Ibid.*, p. 384.

²⁶ D. TLADI, *Intragenerational Equity: A New Name for International Environmental Justice*, in *Fundamina*, 2003, p. 203.

²⁷ C. REDGWELL, *Principles and Emerging Norms in International Law: Intra- and Inter-generational Equity*, in C. P. CARLARNE, K. R. GRAY, R. TARASOFSKY (eds), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016, p. 185 ff.; A. BOYLE, C. REDGWELL (eds), *Birnie, Boyle and Redgwell's International*

future needs, asserting instead that the essential needs of the poor – both now and in the future – must take priority.

Although the *Brundtland Report* laid the groundwork for the later recognition of the principle of intergenerational equity, it did not explicitly define the term. Earlier efforts, such as the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment²⁸, also called for environmental protection for future generations but fell short of clearly articulating intergenerational equity as a principle²⁹.

It was not until the 1992 Rio Declaration, a key outcome of the so-called *Earth Summit*, that a more definitive stance on sustainable development was taken³⁰. Principle 3 of the Rio Declaration emphasizes that development should be pursued in a way that fairly addresses both the developmental and environmental needs of current and future generations³¹. This principle anchors the concept of equity not only in outcomes, but also in the processes of development, aligning environmental protection with the right to development. Additionally, Principle 4 asserts that environmental protection is an integral component of the development process and cannot be treated in isolation, with the aim of ensuring the achievement of sustainable development³².

As is evident, the concept of sustainable development, as articulated in the *Brundtland Report*, has evolved significantly over time. Initially focused on the sustainable use of natural resources and the conservation of the environment, it has since expanded into a multifaceted construct, nowadays understood as encompassing three essential yet interrelated pillars: environmental, social, and economic³³.

Agenda 21, another *soft law* document adopted at the 1992 *Earth Summit*, aptly encapsulates the integrated dimension of sustainable development, while also emphasizing

Law and the Environment, Oxford, 2021, p. 117 ff.; P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R. MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2018, p. 229.

²⁸ General Assembly, *United Nations Conference on the Human Environment*, UN Doc. A/RES/2994 of 15 December 1972.

²⁹ *Ibid.*, Principle 1: «Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to *protect and improve the environment for present and future generations*. In this respect, policies promoting or perpetuating apartheid, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated» (emphasis added).

³⁰ Report of the United Nations Conference on Environment and Development, *Rio Declaration on Environment and Development*, UN Doc. A/CONF.151/26 of 12 August 1992, Annex I.

³¹ *Ibid.*, Principle 3: «The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations».

³² *Ibid.*, Principle 4: «In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it».

³³ See, among others, D. MCGOLDRICK, *Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1996, spec. p. 777; N. SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2008, sp. 162.

the importance of safeguarding future generations³⁴. Paragraph 8.7 calls on governments to create national sustainable development strategies capable of striking a fair balance between social responsibility, economic growth, and environmental preservation, with the broader and ultimate goal of ensuring benefits for future generations³⁵.

Even more encouraging signals come from the 1997 UNESCO *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations towards Future Generations*³⁶, whose Preamble states that it is part of the «ethical mission» of the Organisation to take responsibility for protecting the future³⁷, observing that UNESCO has a «moral obligation» to develop guidelines with a long-term perspective³⁸.

Despite the influence of these instruments, fundamental questions about intergenerational equity remain unsolved. Ambiguity persists regarding *which* future generations should be considered, *what* time frames are appropriate, *what* exactly constitutes a ‘need’, and *how* the interests of present and future generations should be balanced. Furthermore, these foundational texts provide limited substantive guidance on the specifics of what intergenerational equity truly entails, leaving room for interpretation.

The consideration for future generations goes beyond classic sustainable development instruments, highlighting the importance of examining international legal frameworks that address a broader range of subjects beyond the conventional scope of sustainable development. A conspicuous number of international treaties and other legal instruments now incorporate references to future generations, signalling a broader integration of intergenerational responsibility into global governance, especially as regards community interests³⁹. From the UN Charter’s Preamble, which commits to «save succeeding generations from the scourge of war», to various conventions and other *soft law* instruments addressing, *inter alia*, biodiversity, climate change, peace and security, nuclear and industrial

³⁴ United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), *Agenda 21*, Rio de Janeiro, 2012.

³⁵ *Ibid.*, Principle 8.7: «Its goals should be to ensure socially responsible economic development while protecting the resource base and the environment for the benefit of future generations».

³⁶ UNESCO, *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations towards Future Generations*, 1997, www.unesco.org.

³⁷ *Ibid.*, Preamble: «Recognizing that the task of protecting the needs and interests of future generations, particularly through education, is fundamental to the ethical mission of UNESCO, whose Constitution enshrines the ideals of ‘justice and liberty and peace’ founded on ‘the intellectual and moral solidarity of mankind».

³⁸ *Ibid.*, Preamble: «Convinced that there is a moral obligation to formulate behavioural guidelines for the present generations within a broad, future-oriented, perspective».

³⁹ See, in general, I. FEICHTNER, *Common Interests*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, February 2007. More recently, R. WOLFRUM, *Identifying Community Interests in International Law: Common Spaces and Beyond*, in E. BENVENISTI, G. NOLTE (eds), *Community Interests Across International Law*, Oxford, 2018, p. 19 ff.

safety, education, health, cultural heritage, and scientific progress, future generations are progressively recognized as key stakeholders in legal frameworks⁴⁰.

In a similar vein, Dire Tladi has underscored the pervasive inclusion of the expression 'sustainable development' in many recently concluded environmental treaties, frequently encompassing the notion of intergenerational equity, albeit often articulated in general or aspirational terms⁴¹. However, as observed by Edith Brown Weiss, not all environmentally harmful activities raise intergenerational concerns: for instance, noise pollution or surface water pollution may not necessarily produce enduring consequences across generations⁴².

Generally speaking, while references to future generations commonly appear in preambles or broadly framed provisions, such language generally lacks binding legal force, although the interpretative significance of preambular language has been repeatedly emphasised by the International Court of Justice (ICJ or 'the Court') which, in several landmark cases, stressed out that preambles serve an essential function in elucidating the normative intent and contextual framework of treaty provisions,⁴³ in accordance with Articles 31(2) and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties⁴⁴.

References to the concept of 'future generations' in international treaties – especially those addressing environmental concerns – are most commonly framed in terms of shared aspirations or interests between present and future populations, typically articulated as overarching general objectives rather than enforceable commitments. These references are often embedded in preambular language or general declarations of purpose, thereby signalling aspirational intent rather than creating binding legal duties upon States. For instance, the 1992 Convention on Biological Diversity affirms the objective of conserving biological diversity for the benefit of both present and future generations⁴⁵. The preambles

⁴⁰ A non-exhaustive list of existing legal instruments referring to the concepts of 'future generations' or 'intergenerational equity' is annexed to the United Nations, *Our Common Agenda*, Policy Brief 1: *To Think and Act for Future Generations*, March 2023, www.un.org, p. 20-21. More recently, see A. GIANELLI, *La tutela delle future generazioni nel diritto internazionale: regola, principio o valore?*, in M. FRULLI (ed), *L'interesse delle future generazioni nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023, p. 19 ff.

⁴¹ D. TLADI, *Sustainable Development in International Law*, cit., p. 42-43.

⁴² See further E. BROWN WEISS, *Intergenerational Equity*, in *Max Planck Encyclopaedia for Public International Law*, April 2021, para. 10.

⁴³ ICJ, Judgment of 27 August 1952, *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, paras. 196-198; ICJ, Judgment of 18 July 1966, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second Phase*, paras. 49-50; ICJ, judgment of 12 November 1991, *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, para. 56; ICJ, judgment of 13 December 2007, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, para. 106.

⁴⁴ On the function of preambles *vis-à-vis* treaty interpretation, see M. MOÏSE-MBENGUE, *Preamble*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, September 2006; J. KLABBERS, *Treaties and Their Preambles*, in M. J. BOWMAN, D. KRITSIOTIS (eds), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Oxford, 2018, p. 172 ff.; M. H. HULME, *Preambles and Treaty Interpretation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2016, p. 1281 ff.

⁴⁵ Convention on Biological Diversity, 1992, Preamble: «(...) determined to conserve and sustainably use biological diversity for the benefit of present and future generations».

of both the 1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters⁴⁶ and the 2001 Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants reiterate the imperative of protecting the environment in the interest of future generations⁴⁷. As is evident, while such provisions reflect a growing awareness of intergenerational responsibilities, they fall short of establishing concrete, justiciable obligations under international law.

However, more substantive references can be found in provisions that impose clear duties or responsibilities on States regarding future generations. These provisions are typically embedded in the core articles or principles of international instruments. For instance, the 1992 Water Convention of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) emphasises the need to manage water resources in a manner that does not undermine the ability of future generations to meet their own needs⁴⁸. Similarly, the 1992 UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) highlights the necessity of protecting the climate system for the benefit of both present and future generations⁴⁹.

A further example can be found in the 1976 Convention on the Prohibition of Military or Hostile Use of Environmental Modification Techniques, which acknowledges the potential benefits of such technologies for both present and future generations, particularly with regard to peaceful applications that could enhance environmental management⁵⁰. In a slightly more explicit way, the 1997 Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management goes further and highlights the potential burden placed upon future

⁴⁶ UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), 1998, Preamble: «[R]ecognizing also that every person has... the duty, both individually and in association with others, to protect and improve the environment for the benefit of present and future generations (emphasis added)».

⁴⁷ Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 2001, Preamble: «(...) aware of the health concerns, especially in developing countries, resulting from local exposure to persistent organic pollutants, in particular impacts upon women and, through them, upon future generations (emphasis added)».

⁴⁸ Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, 1992, Article 5(c): «Water resources shall be managed so that the needs of the present generation are met without compromising the ability of future generations to meet their own needs».

⁴⁹ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 1992, Article 3(1): «The Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities. Accordingly, the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof (emphasis added)».

⁵⁰ Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 1977, Preamble: «(...) Realizing that the use of environmental modification techniques for peaceful purposes could improve the interrelationship of man and nature and contribute to the preservation and improvement of the environment for the benefit of present and future generations».

generations in the management of nuclear waste, envisaging a scenario where future generations may inherit the negative consequences of current actions⁵¹.

Interpreting and operationalizing the concepts of 'interests' and 'needs' as referenced in the abovementioned international legal instruments presents significant challenges, given that these terms are frequently employed interchangeably despite their distinct normative and legal connotations. 'Interests' are inherently fluid, context-specific, and often difficult to predict or concretise over time. In contrast, 'needs' are generally regarded as more fundamental and universal, typically encompassing essential human requirements such as access to clean air, potable water, and adequate shelter. References to the 'needs' of future generations are common in international instruments, frequently drawing on the *Brundtland Report's* conception of sustainable development. However, these references vary widely in their specificity, from broad and (merely) aspirational language to detailed and operationalised provisions, such as those addressing the sustainable management of forest resources. By contrast, the concept of 'rights' of future generations remains currently underdeveloped in international law⁵².

While the articulation of the rights of future generations may, in due course, acquire greater precision within the framework of international law, contemporary practice indicates that such recognition remains inchoate and far from attaining the status of an established legal principle. At present, international jurisprudence has not endorsed intergenerational equity as an autonomous legal foundation for the resolution of disputes. Nevertheless, the ICJ has, on several occasions, acknowledged the relevance of future generations' needs and interests, and certain members of the bench – most notably, as it will be seen, the late Judges Weeramantry and Cançado Trindade – have repeatedly invoked the principle in their separate or dissenting opinions.

A salient illustration is found in the ICJ's 1996 advisory opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, wherein the Court recognised the distinctive nature of

⁵¹ Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, 1997, Article 4: «Each Party shall take the appropriate steps to ensure that at all stages of spent fuel management, individuals, society and the environment are adequately protected against radiological hazards. In so doing, each Contracting Party shall take appropriate steps to: [...] vi) strive to avoid actions that impose reasonably predictable impacts on future generations greater than those permitted for the current generation; vii) aim to avoid imposing undue burdens on future generations».

⁵² The debate concerning the existence of 'rights' of future generations has recently intensified, encompassing a spectrum of positions – from those firmly opposing the formal recognition of such rights, to more progressive interpretations that regard future generations as legitimate subjects under international law. For a more rigid position, see S. HUMPHREYS, *Against Future Generations*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 1061 ff.; for a more progressive stance, see P. LAWRENCE, *Justice For Future Generations: Climate Change and International Law*, Cheltenham, 2014; M. WEWERINKE-SINGH, A. GARG, S. AGARWALLA, *In Defence of Future Generations: A Reply to Stephen Humphreys*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 651 ff.

nuclear armaments, particularly their «ability to cause damage to generations to come»⁵³. In his dissenting opinion, Judge Weeramantry underscored the necessity of according juridical recognition to the rights of future generations, contending that such rights had transcended their nascent phase and had become embedded within international law through a confluence of treaty practice, doctrinal commentary, and general principles recognised by the community of civilised nations⁵⁴.

Likewise, in the 1993 *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* case⁵⁵, Judge Weeramantry, in a concurring opinion, referenced the concept of intergenerational equity and cited Brown Weiss' seminal work *In Fairness to Future Generations*⁵⁶ to support the application of equitable principles to the rights of future generations⁵⁷. The issue was also addressed in the 1995 *Nuclear Tests* case⁵⁸, where both Judges Weeramantry and Palmer raised concerns about intergenerational equity in their dissenting opinions. Judge Palmer articulated the dual responsibility of each generation as both trustee of the planet for future generations and beneficiary of its resources, asserting that this duality imposes obligations while also conferring rights.⁵⁹ Judge Weeramantry, for his part, described intergenerational equity as «an important and rapidly developing principle of contemporary environmental law»⁶⁰.

In the 1997 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* case, the ICJ implicitly addressed intergenerational concerns when it addressed the long-term environmental risks associated with the construction and operation of a dam built on the Danube River, emphasizing that the necessity of evaluating such impacts with regard to both present and future generations⁶¹.

Additional jurisprudential support can be found in the separate opinions of Judge Cançado Trindade. In *Pulp Mills on the River Uruguay*, he asserted that «it can hardly be doubted that the acknowledgment of inter-generational equity forms part of conventional wisdom in international environmental law»⁶². Similarly, in *Whaling in the Antarctic* – where the ICJ also referred to the Preamble of the International Convention for the Regulation of Whaling, which recognizes «the interest of nations of the world in safeguarding for future

⁵³ ICJ, advisory opinion of 8 July 1996, *Legality of the Treaty or Use of Nuclear Weapons*, para. 244.

⁵⁴ *Ibid.*, Separate opinion of Judge Weeramantry, para. 455.

⁵⁵ ICJ, judgment of 14 June 1993, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, p. 38.

⁵⁶ E. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, New York, 1988.

⁵⁷ ICJ, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, cit., Separate opinion of Judge Weeramantry, para. 242.

⁵⁸ ICJ, judgment of 20 December 1974, *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, p. 457.

⁵⁹ *Ibid.*, Separate opinion of Judge Palmer, para. 114.

⁶⁰ *Ibid.*, Separate opinion of Judge Weeramantry, para. 341.

⁶¹ ICJ, judgment of 25 September 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, para. 140.

⁶² ICJ, judgment of 20 April 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, p. 135, para. 122.

generations the great natural resources represented by the whale stocks»⁶³ –, he affirmed the widespread presence of the principle across a broad array of instruments in both international environmental law and general public international law⁶⁴.

Although the concept of future generations, alongside the reference to their needs and interests, is frequently referenced in international legal instruments, the existing normative framework remains extremely fragmented and lacks legal clarity. A plethora of *soft law* instruments – most notably the UNESCO Declaration – have played a crucial role in promoting the concept of intergenerational equity. However, they do not constitute a coherent or binding legal architecture capable of systematically addressing the long-term interests of FGs across the spectrum of global governance. This deficiency underscores a broader structural concern: in the absence of clearly delineated responsibilities and enforceable standards, particularly with respect to obligations that extend across temporal boundaries, the principle of intergenerational equity risks functioning as a rhetorical construct rather than a substantive mechanism for justice.

From a doctrinal standpoint, the legal personality of future individuals remains unsettled, posing considerable challenges to their recognition as rights-holders within the framework of international (human rights) law. Nevertheless, *soft law* remains a pivotal instrument in the development of international legal norms, facilitating the crystallization of emerging standards, guiding treaty interpretation, and fostering non-adversarial approaches to complex and multifaceted global challenges, such as climate change and biodiversity conservation. Its capacity to engage a heterogeneous array of actors and to operate flexibly within evolving legal contexts elevates it as an indispensable component of contemporary global governance.

However, to render the principle of intergenerational equity genuinely effective, there is a pressing need for the adoption of a more robust and formalized legal instrument, accompanied by an institutional mechanism capable of providing normative clarity, ensuring accountability, and embedding long-term sustainability within the fabric of the international legal order.

⁶³ ICJ, judgment of 31 March 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, para. 56.

⁶⁴ *Ibid.*, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 47.

3. *The Pact for the Future*: more reiteration than innovation, ‘the *soft law* way’

The concept of *soft law* remains one of the most debated and fluid in international legal theory⁶⁵. While there is no universally accepted definition⁶⁶, the expression is generally used to refer to non-binding norms that are formulated in legal or quasi-legal terms and that influence the behaviour of States and international actors⁶⁷.

Within the framework of public international law, *soft law* denotes rules or standards that do not meet the formal criteria of binding legal obligations as established under Article 38(1) of the ICJ Statute – namely, treaties, customary international law, and general principles of law –, but that nevertheless participate in the normative ecosystem of the international legal order⁶⁸. Importantly, adopting a binary distinction between law and non-law does not preclude recognition of a normative spectrum: *soft law* norms may exhibit varying degrees of specificity, institutional endorsement, or behavioural traction, and they often serve as precursors to, or interpretive guides for, the development of *hard law*⁶⁹. The ‘softness’ of such norms lies not in their subject matter or language alone, but in their current lack of formal legal bindingness, notwithstanding their potential to crystallize into binding obligations through practice, *opinio juris*, or incorporation into treaty regimes⁷⁰.

In the context of the evolving debate on *soft law*, the recently adopted *Pact for the Future* exemplifies many features of contemporary non-binding instruments. While its inherent lack of formal enforceability might suggest diminished legal authority, this does not necessarily equate to normative weakness. On the contrary, the Pact derives significance from its steady anchoring in foundational principles of international law and its forward-looking articulation of emerging norms and principles such as intergenerational equity and solidarity.

⁶⁵ A. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 901 ff.; D. SHELTON (ed), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2003; D. THÜRER, *Soft Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March 2009; A. BOYLE, C. CHINKIN (eds), *The Making of International Law*, Oxford, 2007; H. ASCENSIO, *La soft law, nouvel objet ou nouvel intérêt? Le point de vue d’un internationaliste*, in P. DEUMIER, J.-M. SOREL (eds), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 91 ff.

⁶⁶ J. CERONE, *A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition*, in S. LAGOUTTE, T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. CERONE (eds), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, 2016, p. 14 ff., p. 15.

⁶⁷ J. ELLIS, *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 313 ff., p. 315; J. KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 167 ff., p. 168; D. SHELTON, *Normative Hierarchy in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 291 ff., p. 319.

⁶⁸ See, e.g., D. SHELTON, *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft Law’*, in D. SHELTON (ed), *Commitment and Compliance*, cit., p. 6.

⁶⁹ See, e.g., C. CHRISTINE, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ff., p. 851.

⁷⁰ J. CERONE, *A Taxonomy of Soft Law*, cit., at p. 20.

The *Pact for the Future* situates itself within a broader normative continuum that reiterates, while 'humanizing' them, core principles and peremptory norms of general international law including, *inter alia*, the prohibition of the threat or use of force, the right to self-determination, and the principle of permanent sovereignty over natural resources. Such foundational values are revisited and re-contextualised in the light of deepening structural inequalities, which are increasingly exacerbated by unregulated globalisation and the continued dominance of resource-exploiting economic models, traditionally characterised by asymmetrical power relations between developed and developing states. Concurrently, the Pact reaffirms the centrality of human rights and the intrinsic dignity of every individual, advocating for enhancing protection mechanisms for the benefit of vulnerable categories and groups. This evolution reflects the increasing juridical recognition of vulnerability as a normative construct and hermeneutic tool in the contemporary international legal discourse.

In this sense, the *Pact for the Future* does not stand in a vacuum. Rather, it explicitly reaffirms prior multilateral commitments, most notably those enshrined in the 2030 Agenda and related SDGs. It significantly builds on these existing frameworks by adapting their principles to address evolving global challenges such as climate change, technological disruption, and worryingly deepening geopolitical fragmentation. In doing so, it reinforces the international community's pledge to 'leave no one behind', while also articulating a forward-looking vision grounded in intergenerational equity.

Although formally non-binding, the Pact wields considerable normative and political influence. It shapes global and national policy agendas, informs legislative and regulatory processes across multiple levels of governance, and increasingly guides judicial and quasi-judicial reasoning. The consensus-based adoption of the resolution endorsing the Pact by UN Member States affirms its exceptional political resonance and its potential to contribute to the development of customary international law and institutional practice.

The principal impediment to the Pact's transformative potential does not lie in the absence of normative content – it demonstrates substantial doctrinal coherence –, nor in a lack of legal grounding, as its provisions could be interpreted both as a reaffirmation of extant international obligations and a catalyst for their progressive development. Rather, its critical shortfall lies in the deficit of sustained political will and the absence of a resilient and thriving multilateralism capable of operationalising its normative aspirations. In an era increasingly marked by resurgent protectionism, inward-looking nationalism, and, in several contexts, democratic backlash and reactionary populism, there is a tangible risk of reverting to a pre-normative international order, one characterized by unrestrained assertions of sovereignty, systemic impunity, and the erosion of collective responsibility.

The *Pact for the Future* represents a meaningful, though not transformative, milestone in contemporary multilateral diplomacy, emerging from over eighteen months of negotiations co-facilitated by the Permanent Representatives of Germany and Namibia, pursuant to UN

General Assembly Resolution 76/307 and Decision 77/568. The objective of the *Pact for the Future* is to consolidate the multiple dimensions of intergenerational justice within a single, comprehensive framework, committing Member States to fifty-six actions across five key areas: advancing sustainable development and its financing; promoting international peace and security; fostering science, technology, and digital innovation; addressing the interests of youth and future generations; and transforming global governance. Notwithstanding its achievements, the negotiation process revealed enduring divisions, particularly along the Global North-South axis.

Sustainable development – the Pact’s most frequently cited concept, appearing 147 times in the document – remains its central focus. The Pact echoes and further reinforces the 2030 Agenda, emphasizing commitments to poverty eradication, climate finance, resilient infrastructure, and international tax cooperation. However, proposals for reforming the international financial law architecture remain a key point of contention.⁷¹ While many developed countries rhetorically endorse the principles of equity and inclusivity, they have resisted meaningful negotiations within the UN framework, preferring to address such matters through institutions like the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank, where their influence is disproportionately greater. This has fuelled frustration among Global South nations, which perceive this dynamic as perpetuating systemic inequalities that hinder access to development and climate financing. A modest step forward is the proposal for biennial summits aimed at enhancing coordination between the UN system and international financial institutions.⁷²

In the area of climate governance, earlier drafts of the Pact contained language advocating for a transition away from fossil fuels⁷³. However, this was eventually removed under pressure from oil- and gas-producing countries. The final text aligns with the compromise reached at COP28, committing to a «just, orderly, and equitable» transition toward net-zero emissions by 2050, while pledging to double energy efficiency and triple global renewable energy capacity⁷⁴. The Pact also calls for scaled-up adaptation finance, the operationalization of the loss and damage fund, and the conclusion of negotiations on a legally binding instrument to combat plastic pollution by the end of 2024⁷⁵.

⁷¹ For an overview, see C. MANGER-NESTLER, *Impacts of International Law on the Restructuring of the Global Financial System*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 2011, p. 165 ff.; C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, 2015, p. 60 ff.; for a debate on possible reforms of the international financial architecture, see United Nations, *Our Common Agenda*, Policy Brief 6, *Reforms to the International Financial Architecture*, May 2023; UNCTAD, *Trade and Development Report 2023: Growth, Debt and Climate: Realigning the Global Financial Architecture*, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, 2023.

⁷² UN Doc. A/RES/79/1, cit., Action 48, p. 31.

⁷³ United Nations, *The Pact for the Future*, Zero Draft, 26 January 2024, para. 32.

⁷⁴ United Nations Framework Convention on Climate Change, *COP 28: United Arab Emirates Climate Change Conference, 2023, Conference outcome document*.

⁷⁵ UN Doc. A/RES/79/1, cit., Action 10, p. 10.

In a similar vein, the Pact's original aspiration in the field of peace and security – encompassing disarmament, counterterrorism, outer space governance, and reform of the UN Security Council⁷⁶ – underwent a significant dilution in the course of the negotiation process. The language which advocated for limitations on the use of the veto in cases of mass atrocity was eventually removed, emphasizing the political perception of the issue at stake. At the same time, the Pact acknowledges the imperative for a more representative, transparent, and accountable UN Security Council, calling for injustices based on colonialism affecting Africa and other underrepresented regions to be rectified⁷⁷. However, strong disagreements persist as regards the categories of membership and the scope of veto powers⁷⁸.

As regards disarmament, the Pact reiterates the longstanding consensus that «a nuclear war cannot be won and must never be fought»⁷⁹, making reference to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons⁸⁰. Nevertheless, the ongoing non-participation of the five recognized nuclear powers in the Treaty gives rise to questions regarding its broader efficacy. The Pact also reaffirms the obligations enshrined in the 1972 Biological Weapons Convention⁸¹ and calls for the comprehensive exclusion of biological agents and toxins as weapons. Whilst certain delegations sought stronger language referencing prior UN commitments, a significant number of non-nuclear States advocated for more ambitious disarmament objectives.

Overall, the Pact stands as a comprehensive document that outlines significant and multifaceted commitments across a range of thematic areas, including science and technology cooperation, youth and civil society participation, and environmental protection. However, the long-term relevance and effectiveness of the initiative will ultimately be contingent on the international community's capacity to sustain political momentum, deepen institutional dialogue, and bridge entrenched geopolitical divides. It is a reflection of enduring global aspirations and a test of whether multilateralism can still serve as a vehicle for equitable and enduring global progress.

4. The *Declaration on Future Generations*: where aspirations meet (harsh) realities

Presented as a 'companion' instrument, the *Declaration on Future Generations* further elaborates the Pact's anticipatory vision, seeking to operationalise the principle of

⁷⁶ General Assembly, *Decision 62/557: Questions Related to the Security Council*, UN Doc. A/62/L.49/Rev.1 of 2008.

⁷⁷ UN Doc. A/RES/79/1, cit., Action 39(a).

⁷⁸ *Ibid.*, Action 39(g).

⁷⁹ *Ibid.*, Action 25, p. 18.

⁸⁰ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, UN Doc. A/CONF.229/2017/8 of 7 July 2017 (opened for signature on 20 September 2017).

⁸¹ United Nations, *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, 1972*.

intergenerational equity through the identification of the interests, needs, and potential rights, of future generations. As the ethical imperative to thoroughly address the long-term consequences of present-day decisions gains prominence – particularly in areas such as, among others, sustainable development, climate governance, and conservation of biodiversity –, the Declaration reflects a growing normative consciousness around the notion that future generations are entitled to a just, liveable, and secure world.

Nevertheless, despite its broad rhetorical scope and moral resonance, the *Declaration on Future Generations* remains a non-binding instrument. Its language suggests a certain, albeit undefined, degree of commitment, yet ultimately reflects the aspirational character of current international law’s approaches to long-term responsibility. The Declaration does not establish enforceable rights or obligations, nor does it provide accountability and protection mechanisms capable of ensuring meaningful protection for those not yet born. Instead, it serves primarily as a symbolic affirmation of intergenerational equity, a principle that underscores the ethical continuity between present and future generations, but which remains insufficiently developed in legal terms. As such, the Declaration operates more as a normative reference point than a source of binding rules *stricto sensu*. Its carefully calibrated language signals a growing rhetorical commitment to long-term justice, while simultaneously serving as a ‘barometer’ of the international community’s unreadiness – or, perhaps, reluctance – to transform long-term ethical imperatives into durable legal and institutional commitments.

Pursuant to UN General Assembly Decision 77/568, Member States undertook the elaboration of a *Declaration on Future Generations*, to be annexed to *The Pact for the Future* upon its adoption. This initiative signalled a significant symbolic commitment to the normative embedding of long-term governance considerations within the UN framework. However, the drafting process was explicitly delineated as a non-binding political exercise, thereby precluding the articulation of new legal obligations. The appointed co-facilitators – H.E. Mr. Brian Christopher Manley Wallace of Jamaica and H.E. Ms. Yoka Brandt of the Netherlands – convened virtual informal consultations in January 2024 to collect input from Member States, UN entities, and civil society stakeholders.

The Zero Draft, issued on 26 March 2024, set out a broad aspirational agenda oriented toward the realization of a just, sustainable, and peaceful future⁸². The draft invoked core principles such as intergenerational equity, environmental stewardship, human rights, and international solidarity. Initial reactions from states and stakeholders called for heightened normative clarity, increased ambition, and more operational specificity. Crucial thematic areas included gender equity, socio-economic justice, indigenous rights, the ethical governance of emerging forms of technologies, and institutional mechanisms for

⁸² Declaration on Future Generations, Zero Draft, www.un.org.

intergenerational equity and solidarity. However, such inputs sought to refine political content and enhance symbolic resonance rather than establish new juridical frameworks.

Following these consultations, Rev.1 of the Declaration was released on 31 May 2024⁸³, accompanied by an explanatory note outlining substantive and linguistic modifications⁸⁴. A subsequent stakeholder briefing on 12 June 2024 reaffirmed demands for participatory governance mechanisms, particularly for youth and marginalised populations, and emphasised the precautionary principle as a guiding norm in addressing long-term global risks, including climate change, biodiversity loss, and technological externalities.

Revisions in Rev.2⁸⁵ and Rev.3⁸⁶ progressively refined the text's normative density. Rev.3 in particular consolidated linkages to foundational international instruments, including the UN Charter, the Universal Declaration of Human Rights, and the 2030 Agenda for Sustainable Development, thereby situating the Declaration within a broader *corpus* of both *hard law* and *soft law*. Despite these incorporations, the Declaration refrains from establishing justiciable rights or treaty-based obligations. Rather, it affirms a set of guiding principles – such as equity, sustainability, precaution, and ethical stewardship – that carry persuasive authority but lack binding legal force under international law.

The most recent iteration further expands the Declaration's conceptual scope by addressing cultural restitution, transboundary technological cooperation, and anticipatory governance. It endorses a 'whole-of-society' approach and advocates for systemic reform to enhance institutional foresight, address structural vulnerabilities, and strengthen inclusive and participatory decision-making. Nevertheless, the text maintains its character as a non-binding declarative instrument, functioning as a *soft law* vehicle rather than a source of *lex lata*.

From a legal-technical perspective, the *Declaration on Future Generations* exemplifies the strengths and limitations of non-binding normativity in the international legal system. While it contributes to the *progressive development of international law* as envisaged under Article 13(1)(a) of the UN Charter, it does not establish obligations *erga omnes* nor does it trigger enforcement mechanisms. Its normative influence is thus contingent on political uptake, domestic incorporation, and interpretive reception within existing legal frameworks, including treaty bodies, international courts, and national jurisdictions.

Accordingly, the Declaration should be understood as a normative instrument of symbolic and discursive value. It articulates ethical imperatives rooted in the principle of intergenerational equity, yet simultaneously reveals the structural inertia of international legal regimes in accommodating non-contemporaneous rights-holders. Its long-term legal relevance will depend on its capacity to inform State practice, guide treaty interpretation

⁸³ Declaration on Future Generations, Rev.1, www.un.org.

⁸⁴ Explanatory Note on the Rev.1 of the Declaration on Future Generations, www.un.org.

⁸⁵ Declaration on Future Generations, Rev.2, www.un.org.

⁸⁶ Declaration on Future Generations, Rev.3, www.un.org.

under Article 31(3)(c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and gradually consolidate emerging customary norms.

Ultimately, while the Declaration may shape the contours of future legal discourse, it does not presently impose binding obligations. It operates as a moral compass and soft law reference point, illuminating the normative trajectory of global governance, but also underscoring the persistent reluctance of states to codify enforceable commitments on behalf of future generations.

5. Beyond the *Pact* and the *Declaration*: how international legal practice is tackling normative *lacunae* and fostering future generations' interests, needs, and rights

As such, *soft law* plays a pivotal role in fields characterized by normative dynamism and political sensitivity – such as environmental protection, disarmament or, as for the purpose of our analysis, the interests of future generations – where formal legal agreements remain largely elusive. It is within this conceptual and doctrinal framework that *The Pact for the Future* and the *Declaration on Future Generations* must be situated, as instruments whose legal character may be soft, but whose normative ambition seeks to shape future developments in international law. Yet, expectations surrounding these initiatives have largely been disappointed: the *soft law* nature of the instruments has not only defined their formally non-binding form, but has also permeated their substantive content, resulting in weak legal commitments framed as aspirational goals rather than enforceable obligations.

While earlier iterations of the documents included express references to rights – most notably, the right of FGs to the highest attainable standard of health – such language has been systematically excised from the final texts. Instead, the Declaration adopts a lexicon of *needs*, *interests*, *prosperity*, and *well-being*, deliberately eschewing the terminology of rights and obligations that could entail legal accountability on the part of States. Even in its operative provisions, particularly the ‘Actions’ section, the Declaration abstains from engaging with any form of rights-based language. The furthest it ventures is to reaffirm the «primary role and responsibility of governments, at all levels, in accordance with their respective constitutional frameworks, towards safeguarding the needs and interests of future generations»⁸⁷, a formulation devoid of any binding normative content.

This linguistic and conceptual strategy stands in stark contrast to *The Pact for the Future*, which does engage more explicitly with the notion of human rights, even though confined to the present generation. The negotiating history of the Pact reveals a fault line between authoritarian Governments and the G77 coalition – who favoured a development-centred discourse – and Western States, particularly European Union members, which sought a more robust human rights framing. The final compromise reveals the dominance of a

⁸⁷ UN Doc. A/RES/79/1, cit., Annex II, *Declaration on Future Generations*, p. 60.

cautious consensus: a text that acknowledges human rights but narrowly constrains their temporal scope.

This deliberate exclusion of future generations from the scope of rights discourse raises profound concerns regarding the viability of intergenerational equity within international law. The reliance on the language of interests and needs, echoing several soft law instruments, risks rendering the Pact and the Declaration normatively toothless, particularly if juxtaposed with the progressive developments at the domestic level, where courts and legislatures have begun to explicitly affirm the rights of future generations.

While this omission is disheartening from a rights-based perspective, it may reflect a deeper tension within international legal theory and practice. Scholars such as Stephen Humphreys have argued for a pragmatic focus on the present generation's duties, cautioning against the inflationary risks of recognising future generations as rights-holders absent a corresponding enforcement and representation mechanism. Such 'duty-based' approach has also found resonance in judicial practice, most notably in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). Indeed, in the landmark case of *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*⁸⁸ – the sole application among the 'triad' of climate change cases lodged before the ECtHR⁸⁹ (together with *Duarte Agostinho*⁹⁰ and *Caréme*⁹¹), which eventually succeeded in reaching the merits phase –, the ECtHR explicitly avoided grounding its reasoning in the rights of future generations, despite numerous references to the temporal dimension of States' obligations under the European Convention⁹². Instead, the Court framed climate obligations as incumbent upon States *vis-à-vis* current rights-holders, thereby reinforcing a conception of intergenerational responsibility that is mediated through existing legal subjects⁹³. This decision to «resist the allure» of future generations as direct beneficiaries of rights⁹⁴ aptly illustrates the caution

⁸⁸ ECtHR, judgment of 9 April 2024, application no. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland* [GC].

⁸⁹ The literature is repleted with articles and commentaries on the *KlimaSeniorinnen* judgment, including some offering 'rapid reaction' analyses: see inter alia M. MILANOVIĆ, *A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments*, in *EJIL:Talk!*, 9 April 2024; for a perspective assessment of the three climate cases, see C. HERI, *Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 925 ff.; for a retrospective discussion on the ECtHR's case law and some reflections on the future 'legacy' of such proceedings, see L. ACCONCIAMESSA, *Il contenzioso climatico davanti alla Corte europea dei diritti umani, tra aspettative, rischi e realtà*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, p. 369 ff.

⁹⁰ ECtHR, decision of 9 April 2024, application no. 39371/20, *Duarte Agostinho and Others v Portugal and 32 Others* [GC].

⁹¹ ECtHR, decision of 9 April 2024, application no. 7189/21, *Carême v France* [GC].

⁹² ECtHR, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, cit., paras. 420 and 548.

⁹³ *Ibid.*, para. 545.

⁹⁴ L. NETTO, *Resisting the Allure of Future Generations' Rights: The ECtHR's Approach to Climate Action in KlimaSeniorinnen*, in *Völkerrechtsblog*, 19 April 2024; A. BRUCHER, A. DE SPIEGELEIR, *The European Court of Human Rights' April 9 Climate Rulings and the Future (Thereof)*, in *Verfassungsblog*, 29 April 2024; C. HERI,

with which international tribunals are approaching the concept. The ECtHR's interpretation sought to reconcile forward-looking climate obligations with the doctrinal boundaries of the Convention, limiting itself to mandating reforms within Switzerland's legal framework to enhance the fulfilment of positive obligations under Article 8 (right to private and family life)⁹⁵.

By contrast, other international bodies have taken more expansive views. For instance, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in its advisory opinion no. OC-23/17⁹⁶ and subsequent judgments such as *Lhaka Honbat v. Argentina*⁹⁷ and *La Oroya v. Peru*⁹⁸, has moved toward an eco-centric framework that encompasses both anthropocentric and non-anthropocentric dimensions. The IACtHR has distinguished between the right to access clean water (an anthropocentric right) and the broader substantive component of the right to a healthy environment (RHE), which includes the right to water free from pollution and neatly reflects a collective, intergenerational interest⁹⁹. These developments aligned with emerging scholarship advocating for an eco-centric turn in international law¹⁰⁰, and suggest a growing judicial willingness to recognise future generations, and nature itself, as legal subjects¹⁰¹.

In this context, the 2023 *Maastricht Principles on the Human Rights of Future Generations* attempt to codify an evolving consensus¹⁰². They articulate a coherent normative framework that affirms the legal standing of future generations and delineates States' extraterritorial obligations to respect, protect, and fulfil their rights¹⁰³. Complementing this,

KlimaSeniorinnen, the prohibition of actio popularis cases, and future generations – a false dilemma?, in *EJIL:Talk!*, 19 December 2024.

⁹⁵ ECtHR, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, cit., para. 573.

⁹⁶ IACtHR, advisory opinion of 15 November 2017, no. OC-23/17, *Environment and Human Rights*.

⁹⁷ IACtHR, judgment of 6 February 2020, *Indigenous Communities Members of the Lhaka Honbat (Our Land) Association v. Argentina*. For a rapid breakdown of the judgment, see S. DE MOOERLOSE, C. I. DE CASAS, *The Lhaka Honbat Case Of The Inter-American Court Of Human Rights: The Long-Awaited Granting Of 400,000 Hectares Under Communal Property Rights*, in *EJIL:Talk!*, 16 July 2020.

⁹⁸ IACtHR, judgment of 22 March 2024, *Community of La Oroya v. Peru*. For a preliminary analysis of the judgment, see L. D'APOTE, *Diritto ad un ambiente salubre e democrazia ambientale: il caso La Oroya tra dimensione locale e globale*, in *SIDIBlog*, 15 February 2025.

⁹⁹ IACtHR, *Community of La Oroya v. Peru*, cit., para. 124.

¹⁰⁰ S. DE VIDO, *A Quest for an Eco-centric Approach to International Law: the COVID-19 Pandemic as Game Changer*, in *Jus Cogens*, 2021, p. 105 ff.; F. CERULLI, *Antropocentrismo vs ecocentrismo nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 159 ff.

¹⁰¹ On this topic, see recently M. F. TINTA, "Rights of Nature" in *Human Rights Courts or a Parallel Protection System?*, in *EJIL:Talk!*, 23 April 2025.

¹⁰² *Maastricht Principles on The Human Rights of Future Generations*, 3 February 2023, www.rightsoffuturegenerations.org.

¹⁰³ *Ibid.*, Principle 2.1: «Future generations are legally entitled to human rights on the basis of amongst others: a) international law in its various forms which recognizes human rights for all people, without limiting these rights to present generations; b) international law in its various forms that explicitly or implicitly recognize obligations and responsibilities towards future generations, and seek to ensure intergenerational equity; and c) general principles of law, as reflected in laws, norms, customs and values of States and peoples from all global regions and belief systems that recognize obligations and

the current UN Special Rapporteur on the Right to Development, Mr. Surya Deva – after that both the Human Rights Council and the UN General Assembly recognised a human right to a clean, healthy and sustainable environment for all people¹⁰⁴ – has recently called for a four-pronged paradigm shift: (1) adopting a rights-based approach to FGs; (2) expanding the definition of FGs to include all future organisms and ecosystems; (3) mainstreaming FGs protection across all institutional mandates; and (4) enhancing institutional representation for FGs in international governance¹⁰⁵.

More recently, these theoretical foundations and developments in practice received authoritative affirmation in advisory opinion no. OC-32/25 dealing with the climate emergency and human rights, issued by the IACtHR on 3 July 2025¹⁰⁶. Drawing extensively from its earlier advisory opinion no. OC-23/17, the IACtHR affirms the centrality of both *intra-* and *inter-*generational equity in the context of the climate emergency. It observes that intergenerational equity is not only reflected in the constitutional and legislative frameworks of numerous States across the Americas, but also forms part of a growing normative trend toward recognising future generations as bearers of rights¹⁰⁷. Furthermore, developing its previous findings in *La Oroya* case – where the IACtHR regarded the RHE as a matter of «universal interest owed to present and future generations»¹⁰⁸ –, it extends this reasoning to the newly articulated right to a healthy climate, emphasizing that this right must be interpreted in light of the principles of *intra-* and *inter-*generational equity¹⁰⁹.

Despite such advances, institutional reform at the UN level remains stalled. The Declaration merely «takes note» of the Secretary-General's proposal to appoint a Special Envoy for Future Generations, stopping short of endorsing a permanent mechanism¹¹⁰. Proposals to repurpose the dormant Trusteeship Council to serve as a guardian for FGs have failed to garner political traction¹¹¹. This inertia renders the UN's response increasingly

responsibilities towards future generations, or that are and will continue to be relevant to the protection of the human rights of all, without limiting them to present generations».

¹⁰⁴ Human Rights Council, *The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/HRC/RES/48/13 of 18 October 2021; General Assembly, *The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/RES/76/300 of 1 August 2022.

¹⁰⁵ Human Rights Council, *Right to Development of Children and Future Generations, Report of the Special Rapporteur on the Right to Development, Surya Deva*, UN Doc. A/HRC/57/43 of 24 July 2024.

¹⁰⁶ IACtHR, Advisory opinion of 23 May 2025, no. OC-32/25, *The Climate Emergency and Human Rights*.

¹⁰⁷ *Ibid.*, para. 307.

¹⁰⁸ IACtHR, *Community of La Oroya v. Peru, cit.*, para. 141.

¹⁰⁹ IACtHR, *The Climate Emergency and Human Rights, cit.*, para. 313.

¹¹⁰ Recent scholarship has put forward several proposals for the representation of future generations: see P. LAWRENCE, *Justifying Representation of Future Generations and Nature: Contradictory or Mutually Supporting Values?*, in *Transnational Environmental Law*, 2022, p. 553 ff; P. LAWRENCE, *International Law Must Respond to the Reality of Future Generations: A Reply to Stephen Humphreys*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 669 ff.

¹¹¹ D. AMOROSO, G. CILIBERTO, *La rappresentanza degli interessi delle generazioni future attraverso la riforma del Consiglio di amministrazione fiduciaria delle Nazioni Unite*, in P. GARGIULO, I. INGRAVALLO, P. ROSSI (eds), *L'ONU nei nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie*, Napoli, 2023, p. 167 ff.

disconnected from domestic innovations, where national ombudspersons for future generations (e.g., in Hungary and Wales) have already been institutionalised¹¹².

Yet, one positive development must be acknowledged: the Declaration's preambular articulation of a clear definition of 'future generations' as «all those generations that do not yet exist, and who will inherit this planet»¹¹³ While definitional precision has long been lacking in international law – with some interpretations blurring the distinction between present and future youth, with the former acting as a 'proxy' for the latter¹¹³ – this formulation provides a welcome clarification that could inform subsequent jurisprudence and treaty-making.

The inclusion of future generations in the UN General Assembly's 2023 request for an advisory opinion from the ICJ on States' obligations in respect of climate change adds further weight to the evolving discourse¹¹⁴. The campaign, led by Vanuatu and other Pacific Island nations¹¹⁵, reflects a mounting frustration with the inadequacies of the existing climate treaty regime and the existential risks posed to small island States¹¹⁶. The resolution mandates the ICJ to address legal obligations not only to current populations but also explicitly to future generations.

This referral provides the Court with substantial interpretive discretion. It may choose to finally define future generations, or leave the term unspecified; it may affirm the relevance of customary norms such as the no-harm principle and *due diligence* in their intergenerational application; it may elect to adopt an evolutionary interpretation of human

¹¹² P. LAWRENCE, *Justifying Representation of Future Generations and Nature: Contradictory or Mutually Supporting Values?*, in *Transnational Environmental Law*, 2022), p. 553 ff.; L. BECKMAN, *Democratic Legitimacy, Institutions for Future Generations and the Problem of Constitutional Power*, in H. RUIZ FABRI, V. ROSEAU, A. DONATI (eds), *Representing the Absent*, cit., p. 393 ff.; M. SZABÓ, *Representing the Interests of Present and Future Generations at the Same Time - A Case Study of the Hungarian Ombudsman for Future Generations*, in H. RUIZ FABRI, V. ROSEAU, A. DONATI (eds), *Representing the Absent*, cit., p. 413 ff.

¹¹³ For an early (re)conceptualization of children and young people as 'proxies' for future generations, see F. IPPOLITO, *The Best Interests of the Child: Another String to the Environmental and Climate Protection Bow?*, in *Questions of International Law (Zoom-Out)*, 2022, p. 7 ff., p. 18; F. IPPOLITO, *Children's Environmental Rights Under International and EU Law: Changing Face of Fundamental Rights in Pursuit of Ecocentrism*, The Hague, 2023, spec. p. 226 ff.; F. IPPOLITO, *Unweaving the Tangled Web of Environmental Rights of Children and Future Generations*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2024, p. 177 ff., p. 190; A. NOLAN, *Children and Future Generations Rights before the Courts: The Vexed Question of Definitions*, in *Transnational Environmental Law*, 2024, p. 522 ff.; K. SULYOK, *Transforming the Rule of Law in Environmental and Climate Litigation: Prohibiting the Arbitrary Treatment of Future Generations*, in *Transnational Environmental Law*, 2024, p. 475 ff.

¹¹⁴ General Assembly, *Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Obligations of States in Respect of Climate Change*, UN Doc. A/RES/77/276 of 4 April 2022. For an analysis of the resolution, see O. SPIJKERS, *United Nations General Assembly Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Obligations of States in Respect of Climate Change*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, 2023, p. 13 ff.

¹¹⁵ M. WEWERINKE-SINGH, D. HINGE SALILI, *Between Negotiations and Litigation: Vanuatu's Perspective on Loss and Damage from Climate Change*, in *Climate Policy*, 2020, p. 681 ff.

¹¹⁶ See *Pacific Island Students Fighting Climate Change*, <https://www.pisfcc.org/>.

rights norms, thereby determining their applicability to subsequent generations¹¹⁷. Taken together, these diverse interpretive choices will determine whether the ICJ advances a transformative vision of climate justice, or merely reaffirms the current equilibrium.

Critics of the future generations concept argue that it lacks precision and may obscure the urgent needs of vulnerable populations in the present, particularly in developing countries. Indeed, a future-oriented framing may be seen as privileging mitigation over adaptation, thus aligning with the policy priorities of developed States. Conversely, proponents underscore that the dichotomy between intergenerational and intragenerational justice is false: many States, especially in the Global South, advocate for a balance between the two. Indigenous legal traditions, moreover, collapse this distinction altogether, situating future generations as integral to communal and ecological obligations.

The proceedings have revealed a spectrum of views on this issue. Many States – including for instance Micronesia¹¹⁸, Samoa¹¹⁹, and Vanuatu¹²⁰ – emphasized the indivisibility of the rights of present and future generations, asserting that obligations under international environmental and human rights law apply across temporal boundaries. For these states, intergenerational and intragenerational justice are not competing paradigms but mutually reinforcing imperatives. Peru, for example, invoked the principle of intergenerational equity as requiring sustainable stewardship of environmental resources¹²¹, while Palestine stressed the need for immediate legal clarity to ensure enforceable obligations that address the temporal scope of harm¹²².

Other participants advanced a more cautious, if not critical, view. Russia, for instance, questioned the legal coherence of recognizing future generations as subjects of international law, arguing that harm to individuals not yet born is speculative and cannot establish responsibility¹²³.

The ICJ now faces a complex interpretive task. It may choose to define, or perhaps leave undefined, the concept of future generations, to recognize the intergenerational application of customary principles such as the ‘no-harm rule’ and ‘due diligence’, and to

¹¹⁷ On the concept of ‘due regard’ towards future generations, see C.E. FOSTER, *Due Regard for Future Generations? The No Harm Rule and Sovereignty in the Advisory Opinions on Climate Change*, in *Transnational Environmental Law*, 2024, p. 1 ff.

¹¹⁸ ICJ, oral proceedings, verbatim record no. CR 2024/45, *Obligations of States in respect of Climate Change*, p. 28.

¹¹⁹ ICJ, oral proceedings, verbatim record, no. CR 2024/49, *Obligations of States in respect of Climate Change*, p. 28.

¹²⁰ ICJ, oral proceedings, verbatim record no. CR 2024/35, *Obligations of States in respect of Climate Change* p. 100 and 114.

¹²¹ ICJ, oral proceedings, verbatim record no. CR 2024/47, *Obligations of States in respect of Climate Change*, p. 40.

¹²² ICJ, oral proceedings, verbatim record no. CR 2024/46, *Obligations of States in respect of Climate Change*, p. 55.

¹²³ ICJ, oral proceedings, verbatim record no. CR 2024/40, *Obligations of States in respect of Climate Change*, p. 61.

incorporate evolving human rights norms. The Court's treatment of participatory rights, particularly those of youth who stand at the threshold of both present and future categories, may also shape its approach to satisfaction and redress. In doing so, it must navigate between doctrinal rigor and political legitimacy, avoiding the reproduction of asymmetries entrenched in international climate governance.

In parallel with these developments at the global level, a landmark regional initiative was recently launched in Africa. On 2 May 2025, the Pan African Lawyers Union (PALU), backed by a coalition of civil society organisations, submitted a request for an advisory opinion to the African Court on Human and Peoples' Rights (AfCtHPR)¹²⁴. Filed under Article 4 of the African Court's Protocol, the request urges the Court to clarify African States' human rights obligations in relation to climate change under regional instruments such as the African Charter on Human and Peoples' Rights, the Maputo Protocol, and the Kampala Convention¹²⁵. Among the issues presented are the duties of States toward future generations, the legal protection of vulnerable populations including children, indigenous communities, and people with disabilities, and the positive obligations of States to ensure equitable, accountable climate transitions. Crucially, the request also addresses State responsibility in relation to third-party actors, including multinational corporations, and the legal imperative of international cooperation to avert climate catastrophe on the continent. This request reflects an increasingly assertive regional jurisprudence and elevates the role of African institutions in shaping the global legal discourse on climate justice.

The ICJ, after the advisory opinion recently delivered by the International Tribunal for the Law of the Sea¹²⁶, and together with the pending requests before both the IACtHR¹²⁷ and the AfCtHPR, now share a unique opportunity to deliver complementary and mutually reinforcing legal visions on the rights of future generations. Whether these judicial bodies will embrace a transformative approach or merely reaffirm existing normative boundaries remains uncertain. Yet, absent a deeper and more binding recognition of future generations within international law, instruments such as *The Pact for the Future* and the *Declaration on Future Generations* risk remaining merely aspirational in both form and substance, offering symbolic commitments that fail to match the magnitude of the crisis at hand.

¹²⁴ AfCtHPR, *Request for an Advisory Opinion on the Human Rights Obligations of African States in Addressing the Climate Crisis*, 2 May 2025. For a comment on the request, see Y. SUEDEI, *Africa's Turn: The African Court's Advisory Opinion on Climate Change*, in *EJIL:Talk!*, 22 May 2025.

¹²⁵ For a preliminary analysis of the request for an advisory opinion and its possible implications and outcomes, see M. A. TIGRE, S.A. SAMUEL, *Africa's Advisory Opinion Request: Taking Climate Justice to the Continent's Highest Court*, in *Climate Law: A Sabin Center Blog (Columbia Law School)*, 7 May 2025.

¹²⁶ ITLOS, advisory opinion of 21 May 2024, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, p. 1.

¹²⁷ IACtHR, *Request for an Advisory Opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile*, 9 January 2023.

6. Conclusion: future (im)perfect?

While the *Summit for Future* represents a renewed performative commitment to multilateral cooperation, its main substantive outputs – *The Pact for the Future* and the annexed *Declaration on Future Generations* – exposes the inability of the intergovernmental system to generate legal obligations in areas of long-term, structural importance. The issue is not the absence of international cooperation, but rather its normative dilution: outcomes are increasingly framed in broad, aspirational language that reflects the lowest common denominator among States. Despite the invocation of transformative goals, the legal form and content of these instruments remain firmly rooted in *soft law*, signalling a steady reluctance to translate intergenerational concerns into binding commitments under international law.

This legal inertia is particularly evident in the field of future generations' protection, where the rhetoric of responsibility is not matched by enforceable guarantees. The prevailing 'intergovernmentalism' appears structurally constrained, more capable of producing mere symbolic consensus than of codifying obligations to be invoked, interpreted, applied, and enforced. As such, the current multilateral legal framework falls short in providing a rights-based, future-oriented normative order.

In response, international legal authority is increasingly shifting away from traditional diplomatic channels. A growing jurisprudential turn is underway: international and regional courts – such as the ICJ, the IACtHR, and the AfCtHPR – are being called upon to clarify and extend States' obligations in relation to climate change, environmental harm, and intergenerational equity. These judicial fora are not merely interpreting existing law; rather, they are actively contributing to its evolution by filling the normative gaps left by State-centric processes.

Simultaneously, grass-roots initiatives – particularly strategic litigation led by civil society, youth movements, indigenous groups, and subnational actors – are playing an increasingly constitutive role in shaping legal expectations. Domestic and regional (human rights) courts are progressively recognizing principles such as the rights of future generations, ecological integrity, and climate justice, drawing on international norms even where formal treaties are lacking. These developments suggest that *soft law* instruments, while non-binding in form, may still acquire normative traction through interpretive uptake and iterative legal practice.

This shifting dynamic underscores a broader structural transformation in the sources and formation of international law. Courts and 'bottom-up' legal actors are emerging as vehicle for boosting major legal developments in areas where political negotiation alone has failed to produce legal norms and related obligations. Rather than undermining the international legal system, these developments may in fact revitalize it, embedding long-term, rights-based principles into a fragmented but evolving legal order.

In order for *The Pact for the Future* and the *Declaration on Future Generations* to attain more than symbolic relevance, they must be integrated into this broader legal ecosystem: invoked in litigation, interpreted by courts, and gradually crystallised into international customary or treaty law. Should this not be the case, there is a risk that they will become mere artefacts of aspirational diplomacy, ambitious in appearance but ultimately inert and useless.

Passing the baton: systemic interpretation of climate change obligations before international courts and tribunals

ANDREA LONGO*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Unpacking ITLOS’ methodological approach: systemic and mutually supportive interpretation of UNCLOS obligations. – 2.1. The rule of reference. – 2.2. Article 237 UNCLOS. – 2.3. Systemic integration. – 3. The applicable law in practice: Which treaties inform the interpretation of Articles 192 and 194 UNCLOS? – 4. Passing the baton: Climate change and systemic interpretation before the IACtHR and the ICJ. – 4.1. The advisory proceedings before the IACtHR. – 4.2. The advisory proceedings before the ICJ. – 5. Conclusion.

ABSTRACT: On 21 May 2024 ITLOS delivered its long-awaited advisory opinion on State obligations in respect of climate change and ocean acidification. The Tribunal drew a link between UNCLOS and GHG emissions, attracting climate change under the purview of the Convention, but was less keen on entertaining questions relating to the protection of the marine biodiversity and human rights, arguably falling shorts of meeting the fundamental premise that «problems of ocean space are closely interrelated and need to be considered as a whole», as enshrined in UNCLOS preamble. The present paper argues that, instead, the Tribunal’s contribution to the fight against climate change went much beyond the text of the Opinion, for it offered a thorough methodological account of systemic interpretation that other courts and tribunals will find it hard to ignore in their own dealings with climate change cases. Against this background, the paper unpacks the Tribunal’s reasoning and its application to the Questions before it, to then explore how the IACtHR and the ICJ could use it in addressing the respective requests for advisory opinion on climate change currently pending.

KEYWORDS: climate change – ocean space – biodiversity – human rights – systemic interpretation – international adjudication.

* Guest Researcher in International Law, University of Basel, a.longo31@campus.unimib.it. The article was accepted for publication on 30 June 2025. Subsequent developments fall outside of its scope.

1. Introduction

The years 2022-2025 will be remembered as the time in which the global efforts against climate change landed before international courts and tribunals. In December 2022 the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (COSIS) submitted a request for an Advisory Opinion to the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)¹ asking it to clarify the scope of State obligations under the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)² in respect of the threats from climate change and ocean acidification. This was followed by Colombia and Chile's request for an Advisory Opinion from the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the impact of the climate emergency on human rights (*Solicitud*)³, and by United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 77/276 of 29 March 2023, requesting an Advisory Opinion from the International Court of Justice (ICJ) on the obligations of State in respect of climate change (UNGA Request)⁴.

Though substantially different under several aspects, the three proceedings all address questions relating to climate change and its impacts on the marine environment and ecosystems, including the individuals and communities thriving on them. While the risk of having conflicting opinions is high, judicial propriety, the different scope of the questions and the different depth of each court and tribunal's scrutiny leave the doors open for diverse and all-encompassing guidance on the content of State obligations in respect of climate change. Notably, while the ICJ's jurisdiction is general and broad, the scope of ITLOS's and IACtHR's jurisdiction is limited respectively to law of the sea instruments, especially UNCLOS, and to the conventional system of protection of the individual envisaged under the American Convention on Human Rights (ACHR)⁵ and related Protocols.

On May 21st, 2024, the first of these advisory proceedings came to an end when ITLOS delivered its long-awaited Opinion⁶. Unsurprisingly, the Tribunal found greenhouse gas (GHG) emissions to constitute 'marine pollution' within the meaning of Art. 1(1)(4) UNCLOS, attracting climate change under the Convention's purview and consequently expanding its material scope. The Tribunal's willingness to engage with questions beyond

¹ Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, *Request for Advisory Opinion*, 12 December 2022 (COSIS Request), available at www.itlos.org.

² United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 (UNCLOS).

³ Republic of Colombia and Republic of Chile, *Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights*, 9 January 2023 (*Solicitud*), available at www.corteidh.or.cr.

⁴ United Nations General Assembly, *Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change*, UN Doc. A/RES/77/276 of 29 March 2023 (UNGA Request).

⁵ American Convention on Human Rights of 1969 (ACHR).

⁶ ITLOS, Advisory Opinion of 21 May 2024, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Case No. 31* (ITLOS Opinion).

those strictly speaking regulated under the text of the Convention reflects the important distinction between formal and material scope of treaties⁷, and was logically necessary to justify its subsequent reasoning on systemic interpretation: by expanding the material scope of the Convention, the Tribunal could interpret it in light of a wide range of rules of international law beyond the Convention itself. Hence, it concluded that the existing climate change treaties must inform the interpretation and application of Arts. 192 and 194 UNCLOS.

In so doing, ITLOS partially upheld UNCLOS fundamental premise that «the problems of ocean space are closely interrelated and need to be considered as a whole»⁸. The Opinion reflects the judges' unanimous view that the protection of the marine environment from climate change and ocean acidification impacts requires such an interrelated approach. However, ITLOS did not engage thoroughly with key biodiversity law instruments and avoided any reference whatsoever to international human rights ones. While this seems contrary to the very premise of the interconnected nature of the ocean space, ITLOS judges were certainly aware of the wider scope of the advisory proceedings pending before the IACtHR and the ICJ, arguably providing a better fit for engaging with questions beyond law of the sea and climate change strictly speaking. As a matter of fact, the *Sollicitud* employs very explicit language inviting the IACtHR to adopt an integrated approach, whereas the UNGA Request recalls a wealth of legal instruments and obligations beyond climate change ones, also aimed at orienting the Court to adopt such an interpretative approach.

Against this background, the paper argues that ITLOS' contribution to the fight against climate change goes much beyond merely recognising its connection with UNCLOS. Indeed, the Tribunal offered legal practitioners and scholars around the world a powerful methodological tool to clarify the scope of State climate change obligations in a more interrelated and equitable way, paying due consideration to the protection of human rights and of biodiversity, including the marine environment and ecosystems. Accordingly, I deep dive into the three advisory proceedings at hand, exploring to what extent ITLOS' method of systemic interpretation may influence the IACtHR's and the ICJ's respective findings on the interconnections of the ocean space. By so doing, I do not address other recent instances of international litigations dealing with questions of climate change⁹. Instead, first

⁷ E. CAVALCANTI DE MELHO FILHO, *The Normative Porosity of the UN Convention on the Law of the Sea: From "Human Rights at Sea" to the "Ocean Climate Nexus"*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2025, p. 101 ff.

⁸ UNCLOS Preamble, third *consideranda*.

⁹ See, *inter alia*, European Court of Human Rights (ECtHR), judgment of 9 April 2024, application no. 53600/20, *Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*; ECtHR, judgment of 9 April 2024, application no. 7189/21, *Carême v France*; ECtHR, judgment of 9 April 2024, application no. 39371/20, *Case of Duarte Agostinho and Others v Portugal and 32 Others*. Also, at the time of writing, the African Court of Human and Peoples' Rights received a request of Advisory Opinion on the

I cursorily examine ITLOS Advisory Opinion, focusing in particular on its systemic interpretation approach (Section 2). Then, building on an analysis of the content and scope of the due diligence obligations at stake, I first unpack the Tribunal’s interpretation of UNCLOS obligations in light of the existing climate change treaties to then offer some general reflections on State obligations beyond climate change, especially focusing on the protection of marine biodiversity and human rights. Finally, building on the analysis of the questions submitted to the IACtHR and the ICJ as well as on State and non-State actors’ statements, I draw some considerations on possible developments before such courts in respect of the interconnections among climate change, oceans, biodiversity, and human rights (Section 4). The last section concludes.

2. Unpacking ITLOS’ methodological approach: systemic and mutually supportive interpretation of UNCLOS obligations

On December 12th, 2022, the COSIS submitted a letter requesting an Advisory Opinion from ITLOS on the content and scope of State obligations under UNCLOS to prevent, reduce and control pollution of the marine environment (Question a), and to protect and preserve such environment from climate change impacts and ocean acidification (Question b)¹⁰. The Questions appeared confined to UNCLOS strictly speaking, and were preceded by an introductory section presenting the legal basis for the Tribunal to accept the request. This is particularly relevant to the discussion below: the Request does not include any reference to treaties other than the Convention and the ITLOS Statute, in light of the Tribunal’s unchallenged advisory jurisdiction¹¹.

When the Opinion was delivered in May 2024, the Tribunal addressed its own jurisdiction rather briefly, instead devoting most of its efforts to substantial matters.¹² Significantly, it recognised the relationship between the marine environment and climate change, observing that GHG emissions are attracted under UNCLOS definition of ‘marine pollution’¹³. Progressive as it sounds, such an outcome was almost taken for granted. The

human rights obligations of African States in respect of climate change. The text of the request is available at www.climatecasechart.com.

¹⁰ COSIS Request, cit., questions a) and b), p. 3.

¹¹ On the scope of the Tribunal’s advisory jurisdiction, *ex multis*, T. TREVES, *Advisory Opinions Under the Law of the Sea Convention*, in J. MOORE, M. H. NORDQUIST (eds), *Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Leiden, 2001, p. 81 ff. More recently, *ex multis*, L. MAROTTI, *Sulla funzione consultiva del Tribunale internazionale del diritto del mare*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, p. 1171 ff. In respect of the advisory proceedings at hand, *ex multis*, R. BARNES, *An Advisory Opinion on Climate Change Obligations Under International Law: A Realistic Prospect?*, in *Ocean Development & International Law*, 2022, p. 180 ff.; Y. TANAKA, *The Role of an Advisory Opinion of ITLOS in Addressing Climate Change: Some Preliminary Considerations on Jurisdiction and Admissibility*, in *Review of European, Comparative, and International Environmental Law*, 2022, p. 206 ff.

¹² The extent of the Tribunal’s advisory jurisdiction falls outside the scope of this paper and will not be addressed further.

¹³ UNCLOS, cit., Art. 1(1)(4).

vast majority of States and non-State actors argued in favour of the integration of climate change into the material scope of UNCLOS obligations¹⁴ – a position already supported by an increasing number of scholars.¹⁵ Less predictable was, instead, the Tribunal's detailed account of the applicable law, specifically of the tools fostering coherence between UNCLOS and other rules contained in the broader international legal order. First, ITLOS paraphrased Art. 293(1) UNCLOS, observing that «the Convention, the COSIS Agreement and other relevant rules of international law not incompatible with the Convention constitute the applicable law in this case»¹⁶. Whereas it avoided engaging with the debate as to the exact scope of the wording «other rules of international law not incompatible with the Convention» – regrettably so¹⁷ – it chose to focus directly on the relationship between UNCLOS provisions and such other not incompatible rules. Notably, it seized the opportunity to articulate the functioning of three mechanisms regulating such a relationship: rules of reference, Art. 237 UNCLOS, and the principle of systemic integration¹⁸.

2.1. The rule of reference

The rule of reference (or *renvoi*) is a provision recalling a substantive rule, technical standard, or recommended procedures or practices laid down in the same referring instrument (internal *renvoi*) or in a separate one (external *renvoi*)¹⁹. Its primary function is to assist the

¹⁴ Only Indonesia went as far as to expressly deny GHG emissions to fall under UNCLOS purview: see Indonesia's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 57–64, available at www.itlos.org. Such a position was reiterated by China: see China's oral statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, p. 28, lines 1 ff., available at www.itlos.org. In addition, in the written proceedings China and Brazil found that ITLOS lacked jurisdiction and, consequently, did not engage with the substantial aspects of the Request.

¹⁵ See, *inter alia*, A. BOYLE, *Climate Change, Ocean Governance and UNCLOS* in J. BARRETT, R. BARNES (eds), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, London, 2016, p. 217 ff.; D. CZYBULKA, *Article 192*, in A. PROELSS (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Oxford, 2017, p. 1278, para. 2; J. HARRISON, *Saving the Oceans Through Law*, Oxford, 2017, p. 255; R. J. ROLAND HOLST, *Taking the current when it serves: Prospects and challenges for an ITLOS advisory opinion on oceans and climate change*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2023, p. 221.

¹⁶ ITLOS Opinion, cit., para. 127.

¹⁷ The dominant view considers this to be a reference to «foundational or secondary rules of general international law such as the law of treaties or the rules of State responsibility», or to «primary rules of international law other than the Convention» as necessary to interpret and apply particularly «broadly worded or general provisions (... of the Convention»: Permanent Court of Arbitration (PCA), award of 14 August 2015, *The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, paras. 190 f.; PCA, award of 5 September 2016, *Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. Sao Tome and Principe)*, paras. 207 ff. See, *contra*, PCA, award of 17 September 2007, *Guyana v Suriname*, and ITLOS, judgment of 1 July 1999, *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, both suggesting the direct application of human rights norms and principles in the context of an UNCLOS dispute.

¹⁸ ITLOS Opinion, cit., paras. 131-137.

¹⁹ On the multiple rules of reference in UNCLOS, see *ex multis*, D. VIGNES, *La valeur juridique de certaines règles, normes ou pratiques mentionnées au TNCO comme 'généralement acceptées'*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1979, p. 712 ff.; W. VAN REENEN, *Rules of Reference in the new Convention on the Law of*

interpretation and application of the obligations laid out in the referring provision by reference to other binding or non-binding norms. UNCLOS contain numerous differently formulated rules of references, reflecting the lack of coordination amongst the drafting committees during the works of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. As a result, each *renvoi* may produce a different effect depending on the strength or vagueness of its formulation, varying from those triggering the incorporation of the recalled rules and standards into the referring instrument (stronger formulations) to those simply recognising their existence and relevance to the matter at hand (more vague formulations).

In particular, Part XII of the Convention is full of different external *renvois*, evidence of the complex and interconnected character of the challenges underpinning the protection and preservation of the marine environment, which may be effectively addressed only by looking at all relevant rules existing in the international legal order. In this respect, external rules of reference are a mechanism of progressive change, for they expose UNCLOS to new developments occurring within a separate regime. Most notably, international environmental law comprises multiple treaties and soft-law instruments which may, depending on the scope of the referring UNCLOS provision, assist the interpreter in determining the State's course of action in respect of the UNCLOS obligation at hand.

2.2. Article 237 UNCLOS

The present Advisory Opinion provided the opportunity for ITLOS to articulate the scope and function of Art. 237 UNCLOS. Located at the very end of Part XII of the Convention, this provision constitutes a special coordination clause specifically aimed at regulating the relationship between Part XII UNCLOS and other treaties on the protection and preservation of the marine environment²⁰. The article presents a very linear structure, establishing a 'double relationship of compatibility'²¹ between the Part XII UNCLOS and external instruments. Paragraph 1 of the article gives prominence to the specific obligations undertaken under other instruments – including «special conventions and agreements

the Sea in particular connection with pollution of the sea by oil from tankers, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1981, p. 3 ff.; B. VUKAS, *Generally Accepted International Rules and Standards*, in W. T. VUKOWICH (ed) *The Law of the Sea – Selected Writings*, Leiden, 2004, p. 25 ff.; B. H. OXMAN, *The Duty to Respect Generally Accepted International Standards*, in *New York University Journal of International Law & Politics*, 1991, p. 109 ff.; M. FORTEAU, *Les renvois inter-conventionnels*, in *Annuaire français de droit international*, 2003, p. 71 ff.; C. REDGWELL, *Mind the Gap in the GAIRS: The Role of Other Instruments in LOSC Regime Implementation in the Offshore Energy Sector*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2014, p. 600 ff.; L. N. NGUYEN, *Expanding the Environmental Regulatory Scope of UNCLOS through the Rule of Reference: Potentials and Limits*, in *Ocean Development & International Law*, 2022, p. 419 ff.; D. GEORGOULA, *The LOSC Renvois as a Source of Untapped Jurisdiction*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2023, p. 228 ff.

²⁰ In this respect, it is 'special' compared to the general coordination clause in Art. 311(2) UNCLOS.

²¹ R. VIRZO, *Applicable Law and Evolutionary Interpretation of the "Legal Order for the Seas and the Oceans": the ITLOS and UNCLOS Arbitral Tribunals Experience*, in A. GATTINI (eds) *Time and International Adjudication*, Leiden, 2024, p. 467.

concluded previously» and «agreements which may be concluded in furtherance of the general principles set forth in this Convention»²². Instead, paragraph 2 clarifies that such obligations should be implemented and given effect «in a manner consistent with the general principles and objectives of this Convention»²³.

This was the first time that ITLOS engaged with this provision²⁴. First, the Tribunal underscored the function of Art. 237 UNCLOS, observing that it ensures «consistency and mutual supportiveness between the applicable rules»²⁵. To the best knowledge of the author, it is the first time that an international court or tribunal employs the notion of 'mutual supportiveness'²⁶. Defined as an interpretative tool stemming from the principle of systemic integration²⁷, a mutually supportive interpretation serves a two-fold function: preventing and solving normative conflicts while ensuring the compatibility – and even synergies – amongst multiple regimes²⁸. Then, the Tribunal endorsed the arguments put forward by the COSIS²⁹ as well as by other States³⁰ and non-State actors³¹ and found the provision to apply also in relation to climate change treaties³².

²² UNCLOS, cit., Art. 237(1).

²³ *Ibid.*, Art. 237(2).

²⁴ This was mentioned in passing by the Arbitral Tribunal in the *South China Sea Arbitration*: PCA, award of 12 July 2016, *South China Sea (Philippines v. China)*, para. 942.

²⁵ ITLOS Opinion, cit., para. 133.

²⁶ The notion was brought to the attention of the Tribunal by COSIS during both the written and the oral proceedings, and thoroughly elaborated by a non-State actor in its written submission. See COSIS' written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 394, available at www.itlos.org; COSIS' oral statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, p. 30, 35, available at www.itlos.org. See also One Ocean Hub's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 3-4, available at www.itlos.org.

²⁷ R. PAVONI, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 650; see generally International Law Commission, *Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi*, "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law", A/CN.4/L.682 of 13 April 2006, para. 412.

²⁸ N. MATZ-LÜCK, *Harmonization, Systemic Integration and 'Mutual Supportiveness' as Conflict-Solution Techniques*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2008, p. 43; P.-M. DUPUY, J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, II ed., Cambridge, 2018, p. 393; on the mutually supportive interpretation of climate change treaties and UNCLOS, see E. MORGERA and M. LENNAN, *Ensuring mutual supportiveness of the Paris Agreement with other multilateral environmental agreements: a focus on ocean-based climate action*, in A. ZAHAR (ed.), *Research Handbook on the Law of the Paris Agreement*, Cheltenham-Northampton, 2024, p. 362 ff.

²⁹ COSIS' written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, cit., paras. 49 and 395.

³⁰ See, *ex multis*, Italy's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 12-13, available at www.itlos.org; the United Kingdom's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 51, available at www.itlos.org.

³¹ See, *inter alia*, Our Children's Trust and Oxfam International's joint written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, p. 31, available at www.itlos.org; ClientEarth's written statement para. 66, available at www.itlos.org.

³² See, *contra*, C. REDGWELL, *Treaty Evolution, Adaptation and Change: Is the LOSC 'Enough' to Address Climate Change Impacts on the Marine Environment?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2019,

2.3. Systemic integration

Finally, the Tribunal made an express reference to the principle of systemic integration³³, enshrined in Art. 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)³⁴, which requires that a treaty be interpreted taking into account, in addition to the context, «any relevant rules of international law applicable in the relations between parties»³⁵. Such a wording is sufficiently broad so as to include both treaty and customary norms, thereby ensuring that treaties are not interpreted and applied in isolation from each other, but «within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation»³⁶.

Systemic integration is particularly relevant when addressing complex and multi-faceted challenges requiring that States comply with different obligations from multiple regimes in a consistent matter³⁷. This is indeed the case with climate change, as confirmed by Human Right Committee in the *Torres Strait Islands* case³⁸. In the present Opinion, the Tribunal's express reference to systemic integration is a reminder for States of the complex nature of the questions posed before it, and further anticipates that its reasoning will be informed not only by other treaty regimes, but also by customary norms of international law.

In sum, the Tribunal offered an important methodological account of systemic interpretation as applying in the context of UNCLOS, building on the combined effect arising out of the multiple rules of reference scattered across the Convention provisions, the special coordination clause under Art. 237 UNCLOS, and the general principle of systemic integration. In particular, the numerous rules of references under Part XII UNCLOS speak to the need for a coordinated and consistent interpretation that gives due

p. 454; R. J. ROLAND HOLST, *Change in the Law of the Sea: Context, Mechanisms and Practice*, Leiden, 2022, p. 261.

³³ On systemic integration, see generally, C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, Oxford, 2024; C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279 ff.; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, VI ed., Padova, 2021, p. 214 ff.

³⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT).

³⁵ *Ibid.*, Art. 31(3)(c).

³⁶ ICJ, advisory opinion of 21 June 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, para. 53.

³⁷ With a special reference to UNCLOS, *ex multis*, I. PAPANICOLOPULU, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford, 2018, p. 75; R. VIRZO, *The 'General Rule of Interpretation' in the International Jurisprudence Relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in A. DEL VECCHIO, R. VIRZO (eds), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Cham, 2019, p. 15 ff.; S. TREVISANUT, N. GIANNOPOULOS, R. J. ROLAND HOLST (eds), *Regime Interaction in Ocean Governance*, Leiden, 2020.

³⁸ Human Rights Committee (HRCttee), *Views adopted under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 3624/2019*, UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019 of 27 June 2022.

consideration to rules, standards, and practices of international law in regimes other than the law of the sea³⁹, including those emerged after the adoption of the Convention.

This is upheld in the present Advisory Opinion. Climate change and ocean acidification are examples of challenges to the marine environment which, at the time of the drafting of the Convention, did not carry the same weight for the international community as they do now. The Tribunal observed that climate change instruments – primarily the United Nations Framework Conventions on Climate Change (UNFCCC)⁴⁰ and the Paris Agreement⁴¹ – contain relevant rules and standards for the purpose of interpreting and applying State obligations under UNCLOS⁴². Thus, building on such a methodological approach, it concluded that the UNCLOS obligations must be interpreted and applied in light of the existing rules laid down in relevant climate change treaties. Below I briefly address such an interpretation, particularly focusing on the scope of the obligations at hand and on the selective choice of relevant treaties informing such an interpretation.

3. The applicable law in practice: which treaties inform the interpretation of Articles 192 and 194 UNCLOS?

After concluding that the Convention may be interpreted in light of the existing climate change law treaties, the Tribunal proceeded with the analysis of the UNCLOS obligations relevant to the proceedings at hand and of the climate change instruments informing their interpretation. In so doing, ITLOS offered novel fundamental insights to its already elaborated jurisprudence on the scope of due diligence obligations⁴³, which arguably allows for a more nuanced and complex conduct on the part of States, based on the mutually supportive interpretation of multiple rules of international law.

³⁹ «[T]he provisions of the Convention and the external rules should, to the extent possible, be interpreted consistently». ITLOS Opinion, cit., para. 136.

⁴⁰ United Nations Framework Convention on Climate Change of 1992 (UNFCCC).

⁴¹ Paris Agreement of 2015 (Paris Agreement).

⁴² Interestingly, the expression «in particular» in paragraph 137 of the Opinion hints at the Tribunal's awareness that the list of external treaties may be much longer.

⁴³ ITLOS has previously provided key contributions to the analysis of due diligence obligations: Seabed Dispute Chamber (ITLOS), Advisory Opinion of 1 February, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, paras. 117 ff., and ITLOS, Advisory Opinion of 2 April 2015, *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, paras. 125 ff. On due diligence obligations, see generally S. CASSELLA, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, 2018; H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER, *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020; A. OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge, 2022. On due diligence obligations in the law of the sea, see D. KÖNIG, *The Elaboration of Due Diligence Obligations as a Mechanism to Ensure Compliance with International Legal Obligations by Private Actors*, in International Tribunal for the Law of the Sea (ed) *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law, 1996-2016*, Leiden, 2018; I. CARACCILOLO, *Due Diligence et Droit de la Mer*, in *Standard de due diligence et la responsabilité internationale*, cit., p. 514 ff.; I. PAPANICOLOPULU, *Due Diligence in the law of the Sea*, in *Due Diligence in the International Legal Order*, cit., p. 147 ff.

Significantly, it observed that in situations where there is a «high risk of serious and irreversible harm to the marine environment» – as it is the case with pollution from GHG emissions and, more generally, the deleterious effects of climate change and ocean acidification – the standard of due diligence must be ‘*stringent*’⁴⁴, and even more so when it concerns «transboundary pollution affecting the environment of other States»⁴⁵. As a consequence, in meeting their due diligence obligations, States cannot choose «whatever measures [they] deem necessary to that end»⁴⁶. Instead, they should determine the necessary measures ‘objectively’, taking into account the best available science, their own means and capabilities, and international rules and standards on the matter at hand⁴⁷.

As to the last objective element informing State’s margin of appreciation in relation to climate change, the Tribunal found the UNFCCC and the Paris Agreement, amongst others, to contain rules and standards informing the interpretation of State obligations under Arts. 192 and 194 UNCLOS. By way of example, the temperature goal and the timeline for emission pathways under the Paris Agreement⁴⁸, as well as the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities contained in both treaties⁴⁹ must assist in the interpretation and application of the obligation to prevent, reduce and control marine pollution. Likewise, in formulating adaptation measures to protect and prevent the marine environment from climate change impacts, States should take into account the guidance for the respect of vulnerable groups, ecosystems, and developing States laid down in Art. 7(5-6) Paris Agreement⁵⁰. According to the Tribunal, all such instruments do not supersede the Convention in so far as compliance with them does not in itself fulfil the obligations under Arts. 192 and 194 UNCLOS. Instead, such instruments qualify as *lex specialis* and are complementary to the Convention⁵¹.

Thus, the Tribunal is very clear in construing States’ discretion to fulfil their due diligence obligations to protect the marine environment from the threats of climate change and ocean acidification as objectively framed, especially taking into account rules and standards laid down in the UNFCCC and the Paris Agreement. These treaties are not the only ones expressly featured in the Tribunal’s line of arguments, but surely occupy a

⁴⁴ ITLOS Opinion, cit., paras. 243 and 399-400.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 256.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 206.

⁴⁷ *Ibid.*, paras. 206, 257 and 405.

⁴⁸ Paris Agreement, cit., Arts. 2(a) and 4(1).

⁴⁹ UNFCCC, cit., Art. 3 and Paris Agreement, cit., Arts. 2(2) and 4(4). See ITLOS Opinion, cit., paras. 222-223. On the principle of common but differentiated responsibility see, *inter alia*, P. CULLET, *Principle 7: Common but Differentiated Responsibilities*, in J. VIÑUALES (ed), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 229 ff.; M-O. HAMROUNI, *Les responsabilités communes mais différenciées: contribution à l'étude de la structuration d'un principe général du droit international de l'environnement*, Paris, 2018.

⁵⁰ ITLOS Opinion, cit., para. 393.

⁵¹ *Ibid.*, paras. 223-224.

significant weight compared to others. Amongst these, the Convention on Biological Diversity (CBD)⁵² is largely overlooked. The Tribunal's attitude towards it appears oddly cold, in stark contrast with its approach to climate change instruments. This is especially so considering that the CBD qualifies as agreement concluded «in furtherance of the general principles set forth in [the] Convention» within the meaning of Art. 237(1) UNCLOS, and in light of the numerous generally accepted rules, standards, regulations and practices agreed upon by 196 State Parties to the CBD in the context of the Conference of Parties Decisions⁵³. This differentiated approach to the CBD raises questions about the Tribunal's decision to selectively rely mainly on climate change treaties, whereby the same systemic approach to the latter set of treaties could have been equally applied to biodiversity law treaties.

The above is not to say that international biodiversity law treaties are completely overlooked. In responding to Question b, the Tribunal resorts to the CBD, the United Nations Fish Stocks Agreement (UNFSA)⁵⁴, and the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)⁵⁵ to provide guidance on UNCLOS obligations to address the impact of climate change and ocean acidification on the conservation and management of marine living resources⁵⁶. Additionally, the Tribunal cautiously draws attention to the future role of the newly adopted Agreement on Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ Agreement)⁵⁷ in advancing the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction, especially with reference to Environmental Impact Assessments (EIAs) and to Marine Protected Areas (MPAs)⁵⁸. However, the

⁵² United Nations Convention on Biological Diversity of 1992 (CBD).

⁵³ In this respect, numerous States and non-State actors invoked the CBD and the CBD Decisions as external instruments containing additional rules and standards to inform UNCLOS obligations. See, *ex multis*, Egypt's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 32, available at www.itlos.org; Mozambique's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 3.44, available at www.itlos.org; the United Kingdom's written statement, *cit.*, available at www.itlos.org, para. 38; the European Union's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, available at www.itlos.org, para. 62; the COSIS' written statement, *cit.*, para. 415; the International Maritime Organization's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 82, available at www.itlos.org; the International Union for the Conservation of Nature's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 177, available at www.itlos.org.

⁵⁴ United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks of 1995 (UNFSA).

⁵⁵ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora of 1974 (CITES).

⁵⁶ ITLOS Opinion, *cit.*, paras. 404, 425-428, and 439. In this respect, it is worth recalling that the «conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment»: *inter alia*, ITLOS, order of 27 August 1999, Provisional Measures, *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, para. 70.

⁵⁷ Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction of 2023 (BBNJ).

⁵⁸ ITLOS Opinion, *cit.*, respectively at paras. 366 and 440.

references to the CBD and to other biodiversity treaties appear insufficient or merely confined to definitional matters⁵⁹.

Finally, the Tribunal chose to avoid human rights matters, at least nominally. The only express reference to human rights appears in paragraph 66 of its Opinion where, after a cursory overview of climate change impacts on health, food security and cultural rights, the Tribunal noted «that climate change represents an existential threat and raises human rights concerns»⁶⁰. A similar statement is replicated in paragraph 122, where it says to be «mindful of the fact that climate change is recognized internationally as a common concern of humankind»⁶¹. Two separate but related aspects come into play. First and foremost, assessing whether the protection of the individual falls under the scope of the Convention in relation to climate change and ocean acidification. In her separate declaration, Judge Infante Caffi argued in the affirmative, noting that the UNCLOS «can raise the question of whether human rights concerns fall under its purview, in particular Part XII»⁶², echoing the arguments of part of the growing scholarship on human rights at sea⁶³. The Convention is certainly not a human rights treaty, but one cannot deny that some of its provisions do address also «traditional human rights preoccupations»⁶⁴, an example in the specific context of climate change and ocean acidification being that for human health, explicitly referenced in Art. 1(1)(4) UNCLOS⁶⁵.

Once established that human rights preoccupations may fall under the scope of the Convention, the second aspect concerns the applicable law. As put it in Judge Kittichaisaree's words, «the Tribunal sidesteps the need to construe Art. 293 (applicable law) of the Convention to cover human rights issues in order to answer the questions posed by the Request»⁶⁶. In the author's view this is regrettable, especially given the recognition of the interconnections between climate change, human rights and ocean governance⁶⁷

⁵⁹ In this regard, *ibid.*, paras. 169, 404, and 439.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 66.

⁶¹ *Ibid.*, para. 122.

⁶² *Ibid.*, *Separate Declaration by Judge Infante Caffi*, para. 1.

⁶³ In this regard, *ex multis*, B. OXMAN, *Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, p. 399 ff.; T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 1 ff.; I. PAPANICOLOPULU, *International Law*, cit.; S. HAINES, *Developing Human Rights at Sea*, in *Ocean yearbook*, 2021, p. 18 ff.

⁶⁴ B. OXMAN, cit., p. 401.

⁶⁵ ITLOS Opinion, *Separate Declaration by Judge Infante Caffi*, cit., para. 2.

⁶⁶ *Ibid.*, *Separate Declaration by Judge Kittichaisaree*, para. 28.

⁶⁷ In particular, see E. MORGERA, M. LENNAN (eds) *Special Issue: Ocean-based Climate Action and Human Rights*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2023, p. 403 ff.

underscored in numerous submissions by States⁶⁸ and non-State actors⁶⁹. However, while avoiding explicit human rights language besides the reference in paragraph 66, the Tribunal arguably left some doors open for future developments in this direction: in addressing States' obligations to monitor and assess, it observed that «the broad wording of Art. 206 does not preclude the assessment from including the socio-economic impacts of the activities concerned»⁷⁰.

4. Passing the baton: climate change through systemic interpretation before the IACtHR and the ICJ

The ITLOS Opinion will have significant implications for States in future negotiations regarding climate change, which have so far – surprisingly – overlooked the importance of the ocean in that regard. Most significantly, the Opinion is to influence in one way or another also the outcome of the pending advisory proceedings before the IACtHR and the ICJ, including in respect of the need to address the «interrelated problems of the ocean space»⁷¹. Indeed, the latter's jurisdiction is general and includes law of the sea, biodiversity law and international human rights instruments, thus fitting the interpretative effort required to address the broad scope of the questions before it; by contrast, the IACtHR's mandate is limited to interpreting the ACHR and related protocols, but the diverse range of questions submitted and its traditional openness to resorting to instruments beyond the ACHR system anticipate that this Court will likely contribute to the growing jurisprudence on the interconnections of climate change, ocean affairs and the protection of human rights. With this in mind, this section advances some considerations on the possible implications of the upcoming opinions, especially building on the content of the respective requests and on some of the findings (or absence thereof) of the ITLOS Opinion.

⁶⁸ See, *ex multis*, the Federated States of Micronesia's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, para. 64, available at www.itlos.org; New Zealand's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 41-42, available at www.itlos.org; Nauru's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 53-58, available at www.itlos.org; the United Kingdom's written statement, *cit.*, para. 41.

⁶⁹ See, *ex multis*, UN Special Rapporteurs' joint submission in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 15-26 and paras. 30-64, available at www.itlos.org; Africa Union's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 47, available at www.itlos.org; United Nations Environment Programme's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 71-76, available at www.itlos.org; Pacific Community's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, paras. 31-33, www.itlos.org; One Ocean Hub's written statement in *Case No. 31, Request for an Advisory Opinion*, *cit.*, paras. 33-37.

⁷⁰ ITLOS Opinion, *cit.*, para. 365; in this regard, see generally J. NAKAMURA, D. DIZ, E. MORGERA, *International legal requirements for environmental and socio-cultural assessments for large-scale industrial fisheries*, in *Review of European, Comparative, & International Environmental Law*, 2022, p. 336 ff.

⁷¹ Paraphrasing the third preambulatory clause preceding UNCLOS.

4.1. The advisory proceedings before the IACtHR

On 9 January 2023, the Republic of Chile and the Republic of Colombia jointly submitted a request (*Solicitud*) from the IACtHR seeking clarification as to the scope of State human rights obligations in respect of the climate emergency «in their individual and collective dimension» and «paying special attention to the differentiated impacts of this emergency on individuals from diverse regions and population groups, as well as on nature and on human survival on our planet»⁷². The *Solicitud* has a very detailed structure, for it spells out over twenty questions and refers to a number of international law instruments other than the ACHR, with a view to guiding and informing its interpretation. In the interest of space, I will not address each single question, but rather provide a cursory overview of them, to then briefly discuss some relevant points regarding the multiple interconnections at play among climate change, oceans, biodiversity, and human rights⁷³.

First and foremost, Chile and Colombia employed very explicit language as to the broader implications of the climate emergency for individuals and nature, even requesting that the Court provides «guidance towards human rights-based solutions with an *intersectional* perspective»⁷⁴. This is certainly a distinctive element compared to the more traditional language employed in the COSIS Request and in the UNGA Request, one that speaks directly to the diverse range of actors interested in participating in the proceedings⁷⁵. Significantly, inviting the IACtHR to adopt an intersectional perspective is meant to put pressure on the Court to adopt a systemic approach and interpret and apply the ACHR in light of other relevant rules of international law. Thus, the IACtHR will likely give due consideration to the above-mentioned interconnections.

Under this perspective, the *Solicitud* contains several references to the climate change adverse effects on marine and coastal environment and communities, including sea level rise⁷⁶, ocean warming⁷⁷ and ocean acidification⁷⁸. The Court has already considered the marine environment in its 2017 Advisory Opinion⁷⁹, specifically recognising that it is an «essential source of the livelihood of the inhabitants of the coast and/or islands»⁸⁰. In particular, it engaged with it in relation to both the duty of prevention and the duty to

⁷² *Solicitud*, cit., p. 1.

⁷³ For a thorough account on the *Solicitud* and the impact of the future IACtHR's Advisory Opinion see, *inter alia*, M. FERIA-TINTA, *An advisory opinion on climate emergency and human rights before the Inter-American Court of Human Rights*, in *Questions of International Law*, 2023, p. 45 ff; L. C. LIMA, *Climate change before the inter-american court of human rights*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2025, p. 47 ff.

⁷⁴ *Solicitud*, cit., p. 2, emphasis added.

⁷⁵ As a matter of fact, the Court received over 200 written observations by States and non-State actors.

⁷⁶ *Solicitud*, cit., p. 3 f.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 3 f.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁹ IACtHR, advisory opinion of 15 November 2017, *The Environment and Human Rights*.

⁸⁰ IACtHR *The Environment and Human Rights*, cit., question II, para 3.

regulate pollution⁸¹, and took the opportunity to emphasise that the right to a healthy environment protects all parts of the environment, including the sea, «as legal interests in themselves, even in the absence of the certainty or evidence of a risk to individuals»⁸². Additionally, the Court's traditional openness to engaging with the CBD and with State commitments laid down in several CBD COP Decisions⁸³ makes it reasonable to expect that it will do so on this occasion too, providing clarification about the content and scope of the relevant ACHR obligations in respect of the climate emergency, also taking into account law of the sea and biodiversity law instruments.

The questions in the *Solicitud* are grouped under six different headings. However, their content overlaps, arguably giving the Court some discretion as to how to structure its Opinion. They concern the following aspects: first, the scope of the State's duty of prevention in respect of the climate emergency, as well as of the State's duty to mitigate, adapt, and respond to loss and damage resulting from climate change, including the principles inspiring action against such damage; second, the content of the right to life, having particular regard to its procedural dimension and mechanisms to enforce it, taking into account Arts. 5 and 6 of the Escazu Agreement⁸⁴; third, the scope of State obligations to protect and respect the rights of children and of new generations from the climate emergency; fourth, the scope of State obligations to provide effective judicial remedies to victims of the climate emergency and to conduct meaningful consultations; fifth, the scope of the State obligations to protect and respect environmental defenders, including women, indigenous people, and of Afro-descendant communities; sixth, the scope of the shared and differentiated responsibilities of States in the context of climate emergency, including the content of the measures to redress the harm and to cooperate, also in relation to involuntary human mobility exacerbated by climate change.

All of these questions straddle the underlying interconnections between climate change, human rights and the protection of the environment, including the sea. By way of example, the duty of prevention is expressly envisaged under Art. 192 UNCLOS and, with specific reference to marine pollution, under Art. 194 UNCLOS, in addition to being a core

⁸¹ *Ibid.*, respectively paras. 127-145 and 146-151.

⁸² *Ibid.*, para. 62.

⁸³ *Inter alia*, see the Court's engagement with questions relating to Marine Protected Areas (MPAs) or to the conduct of Environmental Impact Assessments (EIAs), whereby it directly refers to CBD provisions and CBD COP Decisions. See, *inter alia*, IACtHR, judgement of 25 November 2015, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, para. 173 ff. on MPAs and para. 214 on EIAs. See, more broadly, E. MORGERA, *Under the radar: fair and equitable benefit-sharing and the human rights of indigenous peoples and local communities connected to natural resources*, in *International Journal of Human Rights*, 2019, p. 1098 ff.

⁸⁴ Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean of 2018 (Escazu Agreement).

aspect of State obligations regarding the protection of biodiversity⁸⁵ as well as of State human rights positive obligations⁸⁶. Therefore, considering both the IACtHR's thorough engagement with such duties in its 23/17 Opinion, the multiple CBD Decisions recognising climate-change induced impacts on biodiversity⁸⁷, and ITLOS' findings attracting GHG emissions under UNCLOS definition of 'marine pollution', it is very likely that the IACtHR will also develop its jurisprudence along these lines, offering a mutually supportive interpretation of all relevant ACHR obligations across multiple international law regimes.

Significantly, ITLOS' reluctance to address questions regarding EIAs or MPAs more in-depth is likely going to be compensated by the IACtHR's more thorough engagement with such regulatory tools. By way of example, ITLOS observed that Art. 206 UNCLOS, regulating the conduct of EIAs for activities with an impact on the marine environment, is worded broadly, in so far as to «not preclude the assessment from including the socio-economic impacts of the activities concerned»⁸⁸. The Tribunal refrained from elaborating this point further; yet, the IACtHR may very well pick up the ball where ITLOS left it. As a matter of fact, this Court has developed a robust jurisprudence on EIAs, considering them as effective procedural safeguard for indigenous communities' rights⁸⁹, and holding that EIAs must be conducted «respect[ing] the traditions and culture of the indigenous peoples» and «ensur[ing] the right of the indigenous people to be informed of all proposed projects on their territory»⁹⁰. Therefore, the IACtHR might consolidate its jurisprudence on EIAs further, especially enhancing their socio-cultural and human rights dimension.

⁸⁵ See, *inter alia*, C. TINKER, *Responsibility for Biological Diversity Conservation Under International Law*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, p. 777 ff; F. EKARDT, P. GÜNTHER, K. HAGEMANN, B. GARSKE, K. HEYL, R. WEYLAND, *Legally binding and ambitious biodiversity protection under the CBD, the global biodiversity framework, and human rights law*, in *Environmental Science Europe*, 2023.

⁸⁶ See generally V. STOYANOVA, *Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights Law: Mediating between the Abstract and the Concrete*, in *Human Rights Law Review*, 2023, p. 1 ff; A. OLLINO, *Due Diligence Obligations*, cit.

⁸⁷ Already in 2002, CBD Parties agreed that EIAs should be mandatory for plans and activities having «direct influence on legally protected areas, for example by emissions into the area»: CBD COP Dec. VI/7, *Identification, monitoring, indicators and assessments*, UNEP/CBD/COP/6/20 of 7-19 April 2002, Annex, Appendix 2, Category A(c). *Cfr.* CBD COP Dec. VIII/28, *Impact assessment: voluntary guidelines on biodiversity-inclusive impact assessment*, UNEP/CBD/COP/DEC/VIII/28 of 15 June 2006, Annex, paras. 17(d), 19(a), and 31(d), as well as Appendix 1. In the revised 2012 guidelines on EIAs and SEAs in marine and coastal areas, CBD Parties were even more explicit, referring to the need «to consider the cumulative effect of environmental changes such as climate change and ocean acidification»: CBD COP Dec. XI/23, *Marine and coastal biodiversity: revised voluntary guidelines for the consideration of biodiversity in environmental impact assessments and strategic environmental assessments in marine and coastal areas*, UNEP/CBD/COP/11/23 of 21 August 2012, Annex I, para. 31(f).

⁸⁸ ITLOS Opinion, cit., para. 365.

⁸⁹ *Inter alia*, IACtHR, judgment of 28 November 2007, *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, para. 129.

⁹⁰ IACtHR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., para. 214 f., quoting IACtHR, judgment of 12 August 2008, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Interpretation of the judgment on preliminary objections, merits, reparations and costs, para. 41, and IACtHR, judgement of 27 June 2012, *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits, Reparations and Costs, para. 205.

Finally, the IACtHR is in the position to enhance the relationship between human rights, the law of the sea and biodiversity law. While the Court will certainly be mindful of not overstepping UNCLOS tribunal's jurisdiction, conscious of the limits of its own powers, its approach towards UNCLOS might be informed by the human-rights approach enshrined in the Global Biodiversity Framework (GBF).⁹¹ In particular, under such an instrument, the 196 State Parties to the CBD agreed to ensure gender equality⁹² and the full and meaningful participation of indigenous peoples, women and girls, children and youth, persons with disabilities, and environmental human rights defenders to decision-making and justice mechanisms relating to biodiversity.⁹³ Thus, building on its universal support, the IACtHR might draw States' attention to the human rights dimension of UNCLOS obligations, thereby giving effect to the interrelationship among climate change, marine environment, biodiversity conservation, and human rights protection.

4.2. The advisory proceedings before the ICJ

After months of diplomatic negotiations and advocacy efforts especially by Small Island Developing States, on 29 March 2023 the UNGA adopted Resolution 77/276 by consensus, requesting the ICJ to clarify the scope of State obligations and responsibility in the context of climate change. Unlike the *Solicitud* to the IACtHR, this Request consists of two questions. The first relates to «the obligations of States under international law to ensure the respect of the climate system and of other parts of the environment from anthropogenic emissions of greenhouse gases for States and for future generations»⁹⁴; the second concerns the legal consequences for States having caused a significant harm to the climate system «with respect to (i) States, including, in particular, small island developing States (...) [and] (ii) [p]eoples and individuals of the present and future generations affected by the adverse effects of climate change»⁹⁵.

Interestingly, the Resolution contains references to numerous international law instruments and principles with the explicit intent of informing the Court's interpretation. The Questions are presented in the operative section of the Resolution, which includes also a short preamble recalling the Charter of the United Nations⁹⁶, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁹⁷, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)⁹⁸, the UNFCCC, the Paris Agreement, the UNCLOS, as well

⁹¹ CBD COP Decision XV/4, *Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework*, UN Doc. CBD/COP/DEC/15/4 of 19 December 2022.

⁹² UN Doc. CBD/COP/DEC/15/4, cit., Target 23.

⁹³ *Ibid.*, Target 22.

⁹⁴ UNGA Request, cit., operative clause, question (a), p. 3.

⁹⁵ *Ibid.*, operative clause, question (b), p. 3.

⁹⁶ Charter of the United Nations of 1945 (UN Charter).

⁹⁷ International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 (ICCPR).

⁹⁸ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 (ICESCR).

as «the duty of due diligence, the rights recognized in the Universal Declaration of Human Rights, the principle of prevention of significant harm to the environment and the duty to protect and preserve the marine environment»⁹⁹. Additionally, the preambular clauses of the Resolution¹⁰⁰ recall other instruments, including the Universal Declaration of Human Rights¹⁰¹, the United Nations Convention on the Rights of the Child¹⁰², the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer¹⁰³, the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer¹⁰⁴, the CBD, the United Nations Convention to Combat Desertification¹⁰⁵, and the Kyoto Protocol¹⁰⁶, and contain a general reference to the relevant principles and obligations of customary international law laid down in the 1972 Stockholm Declaration¹⁰⁷ and in the 1992 Rio Declaration¹⁰⁸. Regardless of whether such references are contained in the preambulatory or operative clauses of the Resolution, the Court will likely pay due regard to all such instruments, also considering the weight attached to them by several States and non-State actors during the written and oral proceedings. Similarly to the use of explicit language in the *Solicitud*, here too the references to multiple instruments fall under the sponsoring States' strategy to encourage the ICJ to adopt a systemic approach, interpreting and applying all relevant obligations in a mutually supportive manner, in light of all treaty and customary rules of international law applicable in the present case.

Also in this case, the Questions addressed to the Court do not merely concern climate change, but clearly pertain to the broader interconnections among oceans, human rights and the protection of the environment. By way of example, Question (a) was drafted in a significantly broad manner: the use of the words 'climate system' is a clear reference to art. 1(3) UNFCCC, which defines it as «the totality of the atmosphere, hydrosphere, biosphere and geosphere *and their interactions*»¹⁰⁹. Additionally, the ICJ has previously provided a similarly broad definition of 'environment', characterising it as «the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn»¹¹⁰. By the same

⁹⁹ UNGA Request, cit., operative clause, p. 3.

¹⁰⁰ *Ibid.*, preambular clauses 5 and 6, p. 1 f.

¹⁰¹ UN General Assembly, *Universal Declaration on Human Rights (UDHR)*, UN Doc. A/RES/3/217 A of 10 December 1948).

¹⁰² United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989 (UNCRC).

¹⁰³ Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer of 1985 (VCPOL).

¹⁰⁴ Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer of 1987 (Montreal Protocol).

¹⁰⁵ United Nations Convention to Combat Desertification of 1994 (UNCCD).

¹⁰⁶ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change of 1997 (Kyoto Protocol).

¹⁰⁷ United Nations Conference on the Human Environment, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 of 5–16 June 1972, part one, chap. I,

¹⁰⁸ United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), *Rio Declaration on Environment and Development*, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, vol. I, 1992 of 3-14 June 1992, Principle 7.

¹⁰⁹ UNFCCC, cit., Art. 1(3), emphasis added.

¹¹⁰ ICJ, advisory opinion of 8 July 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, p. 241, para. 29.

token, Question (b) directly refers to 'small island developing States' and to 'peoples and individuals of the present and future generations'¹¹¹, therefore calling into question the protection of the human rights impaired by the negative impacts of climate change on oceans. Therefore, these broad terms, combined with the references to multiple climate change, human rights, law of the sea, and biodiversity law instruments, anticipate the broad scope of the Court's advisory function in the present case, resonating with Chile and Colombia's call on the IACtHR to adopt an intersectional perspective.

Under this perspective, the Court is presented with the incredible opportunity to bridge UNCLOS obligations on the protection and preservation of the marine environment with the protection of people, including future generations, in the context of the climate emergency. As mentioned above, ITLOS was not in the position to take such a step, given the risk to compromise its own legitimacy and the very strength of its Opinion¹¹². By contrast, the ICJ will most likely have to deal with this point, for it is a core part of the questions before it and because it has a general jurisdiction¹¹³, which includes international human rights instruments. Accordingly, building on the link between climate change and UNCLOS established by ITLOS judges unanimously and supported by the vast majority of States in the ITLOS proceedings, the Court might use its authority and legitimacy to incorporate human rights considerations in the material scope of Part XII UNCLOS in the context of the climate emergency¹¹⁴. In addition to being supported by certain States' and non-State actors' submissions in the present proceedings¹¹⁵, such an interpretation would also be in line with the spirit of the UNCLOS preamble¹¹⁶, with the IACtHR's case law¹¹⁷, and with the very fact that UNCLOS State Parties are also bound by most of international human rights law treaties¹¹⁸.

¹¹¹ UNGA Request, cit., operative clause, question (b), p. 3.

¹¹² In the context of the proceedings before ITLOS, Nauru had expressly argued that human rights obligations, especially the right of self-determination, were to inform the scope of State obligation under Art. 192 UNCLOS: Nauru's written statement, cit., para. 53 ff.

¹¹³ «[I]n light of its general jurisdiction, the ICJ is in the unique position of having the possibility to ascertain the existence of legal rules or principles to the protection of the climate system and other parts of the environment by taking into account all possible regimes of international law», Colombia's written statement, para. 3.7, p. 40 ff.

¹¹⁴ This was also suggested, amongst others, in the ILC Guidelines on Protection of the Atmosphere, providing for the need to interpret and apply conflicting rules in, amongst others, the law of the sea and human rights in a harmonised way: United Nations General Assembly, *Report of the International Law Commission on the work of its seventy-second session – Report of the Sixth Committee*, UN Doc. A/76/473 of 19 November 2021, Guideline 9, p. 11 f.

¹¹⁵ As suggested by Cook Islands' written statement to the ICJ in the *Request for Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*, paras. 181-211, available at www.icj-cij.org.

¹¹⁶ See, in particular, the first, fifth and seventh *consideranda*, UNCLOS, cit., preamble.

¹¹⁷ See *supra*, Section 4.1, the IACtHR's judgments discussing the conduct of EIAs, which make express references to UNCLOS, cit., Art. 206.

¹¹⁸ Cook Islands' written statement, cit., paras. 195-208.

Also, by taking such a significant interpretative approach, the Court would also show its responsiveness and openness to the particular needs and sensitivities of Small Islands Developing States, which are the very engine behind the UNGA Resolution, in light of their most adverse impacts suffered as a consequence of climate change. In its Opinion, ITLOS refrained from addressing sea level rise in relation to States' maritime entitlements and claims and to the protection of people, observing that the two references to it in the questions before it rather aimed to include sea level rise as «part of the context within which the Tribunal should consider the specific obligations concerning the protection and preservation of the marine environment»¹¹⁹. In the present proceedings, the majority of States has submitted statements or comments addressing the impairment of a set of rights including, *inter alia*, the right to life, the right to self-determination, the right to development, children's rights, the right to a healthy environment. Clarifying how international human rights law factors into the protection of the marine environment in the context of the climate emergency could afford individuals new strategic venues for redress. While national and regional courts¹²⁰ and quasi-judicial bodies¹²¹ have contributed to formulating State substantial duties in such a context¹²², and so will most likely do the IACtHR in its upcoming Opinion, a few important questions regarding extra-territorial jurisdiction, causality and attribution, and the role of the common but differentiated responsibilities principle in the context of climate change obligations still remain unanswered. The ICJ is, therefore, presented with the unprecedented opportunity of providing clarity on such heated questions. It remains to be seen if it will be keen on taking on such a task and, if so, whether it will choose to build on the above-mentioned contributions.

In addition, some States and non-State actors underscored the importance of the right to a healthy and clean environment, enshrined in UNGA Resolution 76/300 of 28 July 2022¹²³. In this respect, paying regard to the overwhelming majority supporting the Resolution¹²⁴, the Court may well characterise it as one of the key tools informing the interpretation of UNCLOS and of the relevant climate change treaties, elevating it to

¹¹⁹ ITLOS Opinion, para. 150.

¹²⁰ *Inter alia*, Supreme Court of the Netherlands, Civil Division, judgment of 20 December 2019, No. 19/00135, *The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy v Stichting Urgenda*; ECtHR, *Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, cit.

¹²¹ UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019, cit.; Committee on the Rights of the Child, *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communications No. 104/2019*, CRC/C/88/D/104/2019 of 8 October 2021.

¹²² S. MECKIEVI, *From Extraterritorial Obligations to Aggravated Responsibility: How Regional Human Rights Courts Could Shape the ICJ Advisory Opinion on Climate Change*, in *EJIL:Talk!*, 20 May 2025.

¹²³ United Nations General Assembly, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, UN Doc. A/RES/76/300 of 28 July 2022.

¹²⁴ 161 States voted in favour of its adoption, 0 against, and only 8 abstained.

instrument of «coherence of the system of human rights»¹²⁵. Should the Court undertake such a move, it would significantly contribute to its incorporation in the material scope of the Convention, possibly unlocking new potential venues for international litigation under the four dispute settlements mechanism envisaged under Part XV mechanisms – the ICJ being amongst them too¹²⁶.

Finally, the upcoming Opinion presents the ICJ with the opportunity to strengthen its jurisprudence on the CBD and other biodiversity law instruments. As a matter of fact, the Court has so far been rather cautious in referring to such instruments. For instance, it refrained from discussing the role of the CBD in the *Whaling in the Antarctic* case¹²⁷, although mentioned in Australia's Application and in Japan's subsequent Counter-memorial¹²⁸. Likewise, in the 2016 judgment in *Costa Rica v Nicaragua*¹²⁹, after recalling art. 14 CBD regulating the conduct of EIAs, the Court held that such a provision does not create a binding obligation to carry out EIAs «before undertaking an activity that may have significant adverse effects on biological diversity»¹³⁰. Similarly, in the subsequent 2018 judgment on compensation¹³¹, while engaging for the first time with the quantification of environmental harm, the Court arguably failed to fully appreciate the loss and impairment of biodiversity and its close relationship with the enjoyment of human rights¹³². Thus, it remains to be seen how far the Court will be willing to go in this respect, having regard to the multiple references to the CBD in State and non-State actors' submissions¹³³, and considering that its Opinion will be delivered after the IACtHR's one, which is expected to

¹²⁵ Spain's oral statement to the ICJ in the *Request for Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*, para. 8, p. 32, available at www.icj-cij.org.

¹²⁶ UNCLoS, cit., Art. 287.

¹²⁷ ICJ, judgment of 31 March 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*.

¹²⁸ *Ibid.*, Application instituting proceedings of 31 May 2010, para. 38(b), p. 17 f.; *ibid.*, Counter-memorial of Japan of 9 March 2012, para. 6.16 ff., p. 311 ff. For the sake of completeness, it is worth mentioning that Australia had however renounced to the CBD as basis for the adjudication in its Memorial of 9 May 2011.

¹²⁹ ICJ, judgment of 16 December 2015, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*.

¹³⁰ ICJ, *ibid.*, para. 164, p. 62.

¹³¹ ICJ, compensation judgement of 2 February 2018, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*.

¹³² On that occasion, the Court carried out «an overall assessment of the impairment or loss of environmental goods and services», instead of attributing value to the individual categories of goods and services impaired or lost, as submitted by Costa Rica; *ibid.*, cit., para. 78. Even though the dispute at hand was limited to the quantification of damage, the Court's appreciation of ecosystem goods and services seems rather narrow.

¹³³ See, *ex multis*, Ghana's oral statement to the ICJ in the *Request for Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*, para. 25, p. 37, available at www.icj-cij.org; Federated States of Micronesia's oral statement to the ICJ in the *Request for Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*, paras. 9 and 16, p. 21 ff; International Union for Conservation of Nature's written statement to the ICJ in the *Request for Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*, paras. 228 ff., p. 62 ff., available at www.icj-cij.org.

consolidate its own jurisprudence on the interconnections between human rights and biodiversity in the context of the climate crisis.

5. Conclusion

Overall, ITLOS' findings that GHG emissions constitute marine pollution within the meaning of art. 1(1)(4) UNCLOS is certainly an important and welcome contribution to the fight against climate change. However, the Tribunal did more than just establishing a substantive link between the law of the sea and climate change, possibly opening up new important venues for redress. Significantly, it grounded its legal reasoning on systemic interpretation as the most suitable *method* to address complex and multi-faceted phenomena such as climate change. By providing a thoroughly crafted and unanimous opinion based on such an interpretative method, it paved the way for other courts and tribunals to do so in the future – *i.e.* to address the interconnections among climate change, the protection and preservation of the marine environment, the conservation of biodiversity, and the enjoyment of human rights on the basis of a mutually supportive and systemic interpretation. ITLOS did not address climate change and ocean acidification in a comprehensive and interrelated manner, choosing to not engage with questions related to human rights obligations and to deal with biodiversity law treaties only tangentially. At this stage, it is now up to the IACtHR and the ICJ to collect the baton and complete the relay race against climate change.

Casi climatici ed extraterritorialità: quali prospettive d'integrazione fra diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale dei diritti umani?

GIORGIA PANE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fra integrazione e frammentazione: diritti umani e cambiamento climatico nel diritto internazionale. – 3. Diritti umani e natura globale della crisi climatica: irrinconciliabili? – 3.1 *KlimaSeniorinnen* e l'integrazione del principio di *due diligence*. – 3.2 *Duarte Agostinbo*: una decisione tra contraddizione e resistenza giurisprudenziale. – 3.2.1 Il precedente *Sacchi* e i limiti di ammissibilità di fronte al Comitato per i diritti del fanciullo. – 3.2.2. La decisione nel caso *Duarte Agostinbo*. – 3.3. Extraterritorialità e principio delle responsabilità comuni ma differenziate: il rischio di frammentazione degli obblighi statali. – 4. Integrazione sistemica: un appello alla coerenza del diritto internazionale. – 5. Conclusioni e prospettive future.

ABSTRACT: Il contributo esplora le tensioni e le prospettive di integrazione tra diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale dei diritti umani nel contesto della crisi climatica, analizzando in particolare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto. Prendendo le mosse dalla crescente incidenza del contenzioso climatico e dall'uso strategico degli strumenti del diritto internazionale dei diritti umani per rafforzare le rivendicazioni ambientali, l'articolo mette in luce l'ambivalenza tra tendenze integrative e dinamiche di frammentazione sistemica. A tal fine, vengono analizzate due pronunce della Corte europea dei diritti umani: *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, che rappresenta un esempio virtuoso di integrazione tra il principio di *due diligence* e gli obblighi positivi in materia climatica; e *Duarte Agostinbo c. Portogallo e altri*, che segnala invece un arretramento interpretativo, in particolare sulla questione della giurisdizione extraterritoriale, con potenziali effetti disgregativi sugli *standard* internazionali. La comparazione è arricchita dall'esame del caso *Sacchi* dinanzi al Comitato ONU per i diritti del fanciullo, quale precedente rilevante ma problematico. L'articolo sostiene la necessità di un'evoluzione interpretativa coerente con i principi fondamentali del diritto internazionale dell'ambiente, in particolare il principio di *no-harm* e quello delle responsabilità comuni ma differenziate. In assenza di tale evoluzione, la risposta giuridica al cambiamento climatico rischia di restare frammentata e inefficace. Promuovere una lettura sistemica tra regimi giuridici

* Assegnista di ricerca presso l'Università Statale di Milano, giorgia.pane@unimi.it.

internazionali emerge come condizione imprescindibile per una tutela efficace, coerente e multilivello dei diritti umani nell'era dell'emergenza climatica.

PAROLE CHIAVE: cambiamento climatico – diritto internazionale dei diritti umani – giurisdizione extraterritoriale – integrazione sistemica – diritto internazionale dell'ambiente – Corte europea dei diritti umani.

1. Premessa

La percepita inefficacia del diritto ambientale internazionale nel contesto della crisi climatica ha spinto a ricercare un'integrazione dei suoi obblighi all'interno del diritto internazionale dei diritti umani, con l'obiettivo di rafforzare la protezione giuridica e mitigare gli effetti devastanti del cambiamento climatico. Negli ultimi anni, infatti, il contenzioso climatico ha cercato di rispondere a tale esigenza, ampliandosi significativamente sia in termini di portata sia di strategia¹. Una parte consistente di questo contenzioso si è fondata sul diritto internazionale dei diritti umani per rafforzare le rivendicazioni ambientali, contribuendo così a colmare le lacune applicative del diritto ambientale internazionale e a promuovere un'integrazione più funzionale tra i due ambiti.

Allineando i principi di questi regimi, i ricorrenti cercano di integrare e rafforzare le tutele offerte dal diritto ambientale tradizionale. Tuttavia, con l'evoluzione di tale ambito del contenzioso, le sue complessità tecniche hanno messo in luce le contraddizioni intrinseche tra i diversi regimi che affrontano il degrado ambientale. Le più recenti pronunce nel sistema europeo di tutela dei diritti umani evidenziano così interazioni articolate – e talvolta conflittuali – tra il diritto internazionale dell'ambiente e i sistemi di tutela dei diritti umani.

Il presente contributo sostiene che tali interazioni si rivelano spesso incoerenti, segnate da una tensione costante tra integrazione e frammentazione. Ad esempio, mentre l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) viene sempre più interpretato alla luce degli impegni assunti con l'Accordo di Parigi – come dimostrato nel caso *Klima.Seniorinnen c. Svizzera* – altre aree del diritto ambientale internazionale restano vulnerabili a interpretazioni distorte o lacunose. Un caso emblematico è *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, in cui la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) ha evitato un'analisi approfondita della giurisdizione extraterritoriale. Invocando il rischio di 'attivismo politico' e di scenari da 'effetto valanga', la Corte ha scelto di non far evolvere la propria giurisprudenza in tale direzione.

Si sostiene che tale riluttanza rischi di creare una frattura con quanto consentito – e promosso – dal diritto ambientale internazionale, conducendo a una potenziale incoerenza

¹ J. SETZER, C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, Londra, 2024.

all'interno del diritto internazionale. L'approccio adottato dalla Corte EDU denota una resistenza a riconoscere le implicazioni extraterritoriali del danno ambientale, nonostante la natura globale della crisi climatica. Una simile posizione rischia di compromettere i progressi verso risposte giuridiche coese e integrate, rivelando la necessità di maggiore coerenza e disponibilità all'adattamento all'interno dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani.

Infatti, malgrado la crescente consapevolezza del legame tra degrado ambientale e violazioni dei diritti umani, permane un'assenza di consenso in merito alla giurisdizione extraterritoriale delle corti in materia di diritti umani nel trattare tali questioni. In altri termini, sebbene la comunità internazionale riconosca l'impatto sproporzionato dei cambiamenti climatici sulle popolazioni vulnerabili, tale consapevolezza non si è ancora tradotta in un approccio giurisprudenziale unitario atto a garantire la responsabilizzazione degli Stati per le conseguenze transfrontaliere delle loro azioni ambientali.

Ciò impone un'attenta analisi delle recenti decisioni adottate dalle corti e dai tribunali per i diritti umani, alla luce degli obblighi e degli impegni previsti dal diritto ambientale internazionale. La crisi climatica, per sua stessa natura, rappresenta una sfida multilaterale che ci costringe a confrontarci con i limiti delle risposte settoriali e frammentate. Il ricorso a un ragionamento pragmatico e a pratiche incoerenti tra diverse giurisdizioni acuisce il rischio di un'ulteriore frammentazione del regime giuridico internazionale, potenzialmente indebolendone l'efficacia.

Il presente contributo si propone di affrontare tali problematiche attraverso la declinazione di un quadro normativo che favorisca la complementarità e l'integrazione tra regimi giuridici. In questo senso, si auspica una maggiore coerenza e coordinamento tra i sistemi di tutela ambientale e quelli dei diritti umani, in linea con le più recenti tendenze interpretative emerse nella giurisprudenza delle corti e dei tribunali internazionali. Adottando un approccio capace di colmare le fratture tra regimi, è possibile avanzare verso una risposta giuridica più unificata ed efficace alle sfide complesse e interconnesse poste dai cambiamenti climatici.

Dopo l'introduzione, l'articolo è strutturato in tre sezioni. Il paragrafo 2 offre una ricostruzione del quadro normativo e teorico che lega diritto internazionale dell'ambiente e tutela dei diritti umani, evidenziando le rispettive lacune al fine di costruire i presupposti giuridici per una loro interazione. Il paragrafo 3 si concentra sul tema della giurisdizione extraterritoriale, analizzando in particolare i casi *KlimaSeniorinnen*, *Duarte Agostinbo* e *Sacchi*, e mettendo in luce le tensioni interpretative emerse nella giurisprudenza recente. Il paragrafo 4 sviluppa infine una riflessione critica sulla necessità di un'integrazione sistemica tra regimi giuridici, come condizione per una risposta efficace, coerente e multilivello alle violazioni dei diritti umani causate dalla crisi climatica.

2. Fra integrazione e frammentazione: diritti umani e cambiamento climatico nel diritto internazionale

A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, la riflessione dottrinale e istituzionale ha progressivamente evidenziato l'interdipendenza tra la protezione dell'ambiente e la tutela dei diritti umani². L'intensificarsi dei fenomeni di degrado ambientale – in particolare quelli legati alla crisi climatica, alla perdita di biodiversità e all'innalzamento del livello del mare – ha reso evidente come tali processi mettano a rischio l'effettivo godimento di diritti fondamentali, non solo nel presente, ma anche con riguardo alla loro piena realizzazione da parte delle generazioni future³.

Questa interconnessione ha acquisito crescente centralità con l'emergere di un'agenda globale orientata allo sviluppo sostenibile e alla giustizia climatica. Tuttavia, la struttura del diritto internazionale continua a rispecchiare una netta distinzione tra i due ambiti: da un lato, il diritto internazionale dell'ambiente si è sviluppato attraverso strumenti multilaterali fondati sul consenso tra Stati, incentrati sulla regolazione e prevenzione dei danni ambientali⁴ e caratterizzati da disposizioni pattizie di natura spesso generica e volutamente ampia⁵; dall'altro, il diritto internazionale dei diritti umani si fonda su obblighi giuridici

² *Ex multis*, P. ALSTON, H. STEINER, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, 2008; O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, 2010; L. LOUCAIDES, *Environmental Protection through the Jurisprudence of the ECHR*, in *British Yearbook of International Law*, 2004, p. 249 ss.; R. DESGAGNE, *Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights*, in *The American Journal of International Law*, 1995, p. 263 ss.; C. TOMUSCHAT, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford, 2014; R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani: Teoria e prassi*, Torino, 2020.

³ E.B. WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, in *American University International Law Review*, 1992, p. 19 ss. Si veda anche la Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulla *Responsabilità storica degli Stati per la salvaguardia della natura per le generazioni future* (UN Doc A/35/48 del 1980). La ricostruzione è anche confermata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*). Si veda in proposito anche l'Opinione separata del Vicepresidente Weeramantry, dove è chiarito che «[t]he protection of the environment is (...) a vital part of contemporary human rights doctrine, for it is a *sine qua non* for numerous human rights such as the right to health and the right to life», e che «damage to the environment can impair and undermine all the human rights spoken of in the Universal Declaration and other human rights instruments» (p. 88-89).

⁴ U. BEYERLIN, J. GROTE STOUTENBURG, *Environment, protection of*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Gli autori definiscono il diritto internazionale dell'ambiente come «the corpus of international law norms pertaining to environmental matters which guides all actors in international environmental governance». Si veda inoltre P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R. MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2018, p. 14: «International environmental law comprises those substantive, procedural and institutional rules of international law that have as their primary objective the protection of the environment».

⁵ A.E. BOYLE, C. REDGWELL, P.W. BIRNIE, *Birnie, Boyle & Redgwell's International Law and the Environment*, Oxford, 2021. Per una riflessione sulla natura delle obbligazioni in materia di cambiamento climatico nello specifico si segnala L. RAJAMANI, *The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations*, in *Journal of Environmental Law*, 2016, p. 337 ss.

precisi e spesso giustiziabili, che si riferiscono direttamente alla posizione giuridica degli individui.

Questa separazione ha limitato la capacità del diritto ambientale internazionale di offrire una tutela effettiva a fronte degli impatti umani del degrado ambientale. In particolare, la debolezza strutturale degli obblighi ambientali, l'assenza di meccanismi coercitivi e la scarsità di riferimenti espliciti ai diritti umani nei principali trattati ambientali – spesso confinati ai preamboli – hanno concorso a mantenere un impianto normativo parziale e frammentato⁶. Inoltre, la molteplicità di accordi settoriali (clima, biodiversità, desertificazione, ecc.⁷), ciascuno dotato di propri principi e strumenti, ha alimentato una disomogeneità che ostacola la costruzione di *standard* comuni e integrati. La conseguenza è una frammentazione normativa che inibisce l'attuazione effettiva delle garanzie fondamentali.

A ciò si aggiungono la lentezza e l'impostazione prevalentemente reattiva del diritto internazionale dell'ambiente, che si rivela spesso inadeguato a fronteggiare le emergenze ambientali con la rapidità e l'efficacia richieste per proteggere i soggetti maggiormente vulnerabili. In assenza di un'integrazione strutturale con gli *standard* dei diritti umani, il sistema rischia di mostrarsi inadeguato a garantire una risposta giuridica coerente, tempestiva e centrata sulle persone alle necessità derivanti dalla crisi climatica.

Al contrario, l'ancoraggio agli strumenti convenzionali del diritto internazionale dei diritti umani consente di rafforzare la cogenza e l'effettività degli obblighi ambientali. La progressiva attenzione da parte delle corti regionali dei diritti umani alla dimensione ambientale – in particolare nelle esperienze interamericana, europea e africana – segnala l'emergere di un approccio interpretativo in grado di valorizzare la tutela della persona anche nei confronti dei rischi ambientali, fondando obblighi positivi di prevenzione, precauzione e protezione.

Alcuni autori hanno evidenziato come, mentre il diritto internazionale dell'ambiente presenta una vocazione intrinsecamente transnazionale, orientata alla regolazione di fenomeni che travalicano i confini statali, il diritto internazionale dei diritti umani si è

⁶ Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report*, UN Doc. A/HRC/31/52 del 1 febbraio 2016; Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Framework Principles*, UN Doc. A/HRC/37/59 del 24 gennaio 2018; C. DOMMEN, *Claiming Environmental Rights: Some Possibilities Offered by the United Nations Human Rights Mechanisms*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 1998, p. 1 ss.; N. POPOVIC, *In Pursuit of Environmental Human Rights*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 1996, p. 487 ss.

⁷ Per menzionarne alcuni, Convenzione sulla diversità biologica del 1992, Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, e la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico del 1994. Nel 2005, il registro dell'UNEP conteneva riferimenti a più di duecento trattati sull'ambiente, e il numero è stato in continuo aumento negli ultimi venti anni (UN Doc. UNEP/Env.Law/2005/3 del 2005).

storicamente sviluppato entro un perimetro legato alla giurisdizione territoriale degli Stati, con obblighi primariamente rivolti alla protezione degli individui sotto il loro controllo⁸. Tuttavia, proprio il dialogo tra questi due ambiti può contribuire a superare i rispettivi limiti: da un lato, conferendo maggiore vincolatività e *accountability* al sistema ambientale; dall'altro, estendendo la portata del diritto alla vita, alla salute e ad altri diritti fondamentali anche alle situazioni di danno ambientale diffuso, globale e a lungo termine⁹.

Occorre inoltre considerare, come menzionato, che alcuni principi fondamentali del diritto internazionale dell'ambiente, quali la prevenzione e la precauzione, esercitano un'influenza crescente sulle decisioni di corti e tribunali¹⁰. Tali principi sono strettamente connessi al dovere di diligenza, che costituisce una misura cruciale per valutare le violazioni sia in ambito ambientale sia in materia di diritti umani, sebbene i suoi confini risultino differenziati nei due contesti¹¹. Come osservato da alcuni studiosi, «da due diligence (...) non è un obbligo autonomo, ma una modalità che si accompagna a un dovere di cura nei confronti di qualcuno o qualcosa (incluso il dovere di prevenire e mitigare i danni)»¹².

Nel contesto del diritto ambientale, la *due diligence* è trattata come un obbligo di condotta nei rapporti tra Stati¹³. Il principio di prevenzione incarna tale dovere, richiedendo agli Stati

⁸ J.H. KNOX *Constructing the Human Right to a Healthy Environment*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2020, p. 90 ss. Si veda anche S. GARDBAUM, *Human Rights as International Constitutional Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 749 ss.

⁹ P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 600 ss.; L.H. LEIB, *Human Rights and the Environment: Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives*, Leiden, 2010.

¹⁰ A livello internazionale si vedano: Tribunale internazionale del diritto del mare, parere consultivo del 1 febbraio 2011, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Seabed Mining Opinion)*; Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo del 15 novembre 2017, *The Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*. Si veda anche Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 3 settembre 2019. Tali principi sono citati frequentemente anche a livello nazionale. Si vedano, tra molti: Corte costituzionale della Colombia, sentenza del 10 novembre 2016, n. T-622/2016, *caso del fiume Atrato*; Corte costituzionale della Colombia, sentenza del 4 aprile 2018, n. 11001-22-03-000-2018-00319-01, *Generaciones Futuras v. Minambiente*; Corte costituzionale dell'Ecuador, sentenza del 10 novembre 2021, n. 1149-19-JP/20, *Los Cedros*; Corte Suprema dei Paesi Bassi, sentenza del 20 dicembre 2019, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*.

¹¹ International Law Association, Study Group on Due Diligence in International Law, *Second Report*, 12 luglio 2016; A. PETERS, H. KRIEGER, L. KREUZER, *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020. Si vedano anche M. LONGOBARDO, *The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2019, p. 44 ss.; R. BARNIDGE, *The Due Diligence Principle Under International Law*, in *International Community Law Review*, 2006, p. 81 ss.; R. YOTOVA, *The Principles of Due Diligence and Prevention in International Environmental Law*, in *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 445 ss.

¹² A. PETERS, H. KRIEGER, L. KREUZER, *Due Diligence in the International Legal Order*, cit., p. 2.

¹³ CIG, sentenza del 20 aprile 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, par. 101. Si vedano, inoltre: CIG, sentenza del 31 marzo 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*; CIG,

di agire con cura e lungimiranza al fine di prevenire o ridurre il rischio di danni ambientali derivanti da attività esercitate all'interno della propria giurisdizione¹⁴. Questo obbligo si considera assolto qualora lo Stato compia 'i migliori sforzi possibili' per conseguire il risultato previsto, anche laddove tale risultato non venga effettivamente raggiunto. In tal senso, l'aspetto procedurale tende quasi a prevalere sullo *standard* sostanziale¹⁵.

Tuttavia, nel diritto internazionale dei diritti umani, che si concentra sugli obblighi nei confronti degli individui, tale impostazione non è sempre applicabile. La CEDU, ad esempio, pone l'accento sulle 'obbligazioni positive' più che sul concetto di *due diligence*, e i due termini non sono sempre interscambiabili¹⁶. Nondimeno, in casi relativi all'inquinamento ambientale, la Corte EDU ha fatto ricorso al concetto di *due diligence* per delineare i contorni delle obbligazioni positive ai sensi dell'art. 8 CEDU¹⁷. Tale tendenza è divenuta ancor più evidente, come vedremo, nelle più recenti decisioni legate al cambiamento climatico, in cui la Corte ha impiegato esplicitamente la terminologia propria della *due diligence*¹⁸.

Tuttavia, pur riconoscendo esplicitamente la 'natura globale' della crisi climatica, in una decisione adottata lo stesso giorno della sentenza *KlimaSeniorinnen*, la Corte ha omesso di contribuire all'accertamento della responsabilità degli Stati per l'inquinamento ambientale transfrontaliero. A nostro avviso, questa scelta solleva interrogativi rilevanti circa il modo in cui si configurano – o si dovrebbero configurare – le relazioni tra diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale dei diritti umani. L'interazione tra questi due ambiti normativi, coerentemente con il principio di integrazione sistemica sancito dall'articolo 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, si scontra in realtà con

sentenze del 16 dicembre 2015, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*; Tribunale internazionale del diritto del mare, *Seabed Mining Opinion*, cit., par. 110.

¹⁴ M. MALAIOLLO, *Due Diligence in International Environmental Law and International Human Rights Law: A Comparative Legal Study of the Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 2021, p. 121 ss; R. PISILLO MAZZESCHI, *Due diligence e responsabilità internazionale degli stati*, Milano, 1989; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 93 ss.

¹⁵ M. HERZ, *Parallel Universes: NEPA Lessons for the New Property*, in *Columbia Law Review*, 1993, p. 1669 ss.

¹⁶ V. STOYANOVA, *Due Diligence Versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women*, in J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds), *International law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Londra, 2020.

¹⁷ Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2003, ric. n. 36022/97, *Hatton e altri c. Regno Unito*; Corte EDU, sentenza del 9 giugno 2005, ric. n. 55723/00, *Fadeyeva c. Russia*; Corte EDU, sentenza del 13 luglio 2017, ric. n. 38342/05, *Jugheli e altri c. Georgia*.

¹⁸ Corte EDU, sentenza del 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* [GC], par. 538 ss.

fenomeni di frammentazione del diritto internazionale che rendono complessa l'integrazione coerente dei rispettivi *standard*¹⁹.

3. Diritti umani e natura globale della crisi climatica: irrinconciliabili?

Nel valutare l'effettività e la coerenza dei meccanismi internazionali di tutela dei diritti umani di fronte all'emergenza climatica emergono con chiarezza due dinamiche potenzialmente divergenti. Da un lato, si assiste a tentativi di integrazione tra *standard* ambientali e obblighi convenzionali, come nel caso *KlimaSeniorinnen*. Dall'altro, si registrano segnali di frammentazione, come appare evidente nella pronuncia *Duarte Agostinho*, la quale, nel ricollegarsi alla precedente decisione del Comitato ONU per i diritti del fanciullo nel caso *Sacchi*, mostra la difficoltà di armonizzare le specificità procedurali e sostanziali del diritto internazionale ambientale e del diritto internazionale dei diritti umani.

3.1. *KlimaSeniorinnen* e l'integrazione del principio di *due diligence*

Nel contesto di una crescente attenzione giurisprudenziale al nesso tra crisi climatica e diritti umani, la recente pronuncia della Corte EDU nel caso *KlimaSeniorinnen c. Svizzera* rappresenta un punto di svolta significativo. Attraverso un'analisi giuridica innovativa, la Corte ha offerto un contributo importante alla ridefinizione del perimetro degli obblighi statali, integrando parametri di diritto ambientale all'interno dell'interpretazione della CEDU.

Nel caso in esame, infatti, la Corte ha utilizzato un lessico esplicitamente riferito alla *due diligence* per inquadrare gli obblighi positivi dello Stato in materia climatica²⁰. Secondo la Corte EDU, gli Stati sono tenuti a predisporre misure appropriate, ragionevoli e tempestive per prevenire violazioni dei diritti garantiti dalla CEDU, anche laddove tali minacce derivino da fenomeni complessi e globali come il cambiamento climatico²¹.

Nel discutere il nesso tra crisi climatica e obblighi in materia di diritti umani, i giudici di Strasburgo hanno considerato i principi ambientali come guida anche nell'interpretazione di concetti fondamentali della giurisprudenza europea, come il margine di apprezzamento²². In particolare, la Corte ha limitato lo spazio discrezionale riconosciuto agli Stati, sottolineando come l'urgenza e la gravità del fenomeno impongano un obbligo rafforzato

¹⁹ Sul punto si veda *infra*, sezione 4.

²⁰ Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* [GC], cit., par. 420 ss.

²¹ *Ivi*, par. 573.

²² Sul margine di apprezzamento si vedano M.R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 638 ss.; Y. SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 907 ss.; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 705. Più di recente, L. ACCONCIAMESSA, *Exporting the Margin of Appreciation: The Role of the European Court of Human Rights in Shaping a General Principle on the Exercise of the International Judicial Function*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2024, p. 310 ss.

di protezione, in grado di incidere sulla valutazione della proporzionalità e della legittimità delle scelte politiche in materia climatica²³.

Considerata l'evidenza scientifica circa l'impatto del cambiamento climatico sui diritti garantiti dalla Convenzione – in particolare il diritto alla vita (art. 2) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) – nonché l'urgenza e la gravità delle sue conseguenze – inclusa la possibilità di raggiungere punti di non ritorno irreversibili – la Corte EDU ha ritenuto la tutela climatica una priorità nel bilanciamento tra interessi concorrenti. Ciò è ulteriormente rafforzato dalla natura globale delle emissioni di gas a effetto serra, che si differenzia dai danni ambientali localizzati trattati in precedenti decisioni della Corte²⁴, e dall'insufficiente risposta degli Stati ai rischi climatici, nonostante decenni di consapevolezza²⁵. Questa caratteristica impone una nuova concettualizzazione della responsabilità, più attenta agli obblighi extraterritoriali e agli effetti cumulativi delle condotte statali e non statali. In tale contesto, il principio di *due diligence* funge da ponte tra la dimensione collettiva e la dimensione individuale della protezione, permettendo una lettura evolutiva della CEDU coerente con le trasformazioni in atto a livello globale.

La sentenza riflette un orientamento giurisprudenziale in progressivo consolidamento, volto a integrare in maniera coerente le preoccupazioni ambientali all'interno della tutela convenzionale dei diritti umani. Non solo la Corte EDU ha riconosciuto l'urgenza e la gravità della crisi climatica come questione strutturalmente globale, ma ha anche enfatizzato la necessità per gli Stati di adottare misure efficaci e tempestive, improntate a criteri di precauzione e ragionevolezza. In tal modo, la Corte contribuisce alla costruzione di un approccio sinergico tra i due ambiti normativi, rafforzando il potenziale trasformativo del diritto internazionale dei diritti umani nella transizione ecologica.

Tuttavia, questa prospettiva non è consolidata in modo uniforme nella prassi giurisprudenziale in materia di diritti umani, nemmeno in seno alla stessa Corte EDU. Al contrario, altre decisioni rivelano una persistente tendenza alla compartimentazione delle fonti, alla rigidità dottrinale nell'accertamento dello *status* di vittima e al rischio di frammentazione sistemica tra diritto ambientale e diritti umani.

Questa eterogeneità solleva interrogativi fondamentali circa l'effettiva capacità degli strumenti convenzionali di adattarsi alla natura diffusa, transfrontaliera e strutturale delle minacce ambientali. Di fronte alla sfida climatica, la frammentazione giuridica rischia infatti di compromettere la coerenza e l'efficacia delle risposte normative, rendendo ancora più

²³ Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., par. 450.

²⁴ A titolo esemplificativo: Corte EDU, sentenza del 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *Lopez Ostra c. Spagna*; Corte EDU, sentenza del 19 febbraio 1998, ric. n. 14967/89, *Guerra e altri c. Italia*; Corte EDU, sentenza del 27 novembre 2007, ric. n. 21861/03, *Hamer c. Belgio*; Corte EDU, decisione del 4 febbraio 2020, ric. n. 44837/07, *Çiçek e altri c. Turchia*; Corte EDU, sentenza del 2 dicembre 2010, ric. n. 12853/03, *Ivan Atanasov c. Bulgaria*.

²⁵ Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., par. 542.

urgente una riflessione critica sulla necessità di un'evoluzione interpretativa che sappia integrare principi, obblighi e *standard* provenienti da diversi ambiti del diritto internazionale.

3.2. *Duarte Agostinho*: una decisione tra contraddizione e resistenza giurisprudenziale

Nel caso *Duarte Agostinho c. Portogallo e altri*, la Corte EDU ha mostrato un atteggiamento radicalmente diverso rispetto a quello adottato in *KlimaSeniorinnen*, rifiutando di riconoscere la propria competenza ad accertare la responsabilità degli Stati convenuti per inquinamento ambientale di natura transfrontaliera.

In questo modo, la Corte ha mostrato un'impostazione molto restrittiva in materia di giurisdizione extraterritoriale, sollevando importanti interrogativi sulla tenuta sistemica degli *standard* internazionali in materia ambientale e di diritti umani, e sulla possibilità di una loro applicazione coerente a fenomeni come la crisi climatica.

La decisione della Corte contrasta non solo con le aspettative dei ricorrenti, ma anche con altre esperienze giurisprudenziali internazionali che, come si vedrà nel caso *Sacchi*, hanno adottato una lettura più funzionale del concetto di giurisdizione in relazione agli obblighi positivi legati all'ambiente.

3.2.1. Il precedente *Sacchi* e i limiti di ammissibilità di fronte al Comitato per i diritti del fanciullo

Nello specifico, il caso *Sacchi e altri c. Argentina e altri* deciso dal Comitato per i diritti del fanciullo nel 2021 rappresenta un punto di riferimento cruciale. Il caso, proposto da 16 bambini e giovani contro cinque paesi (Argentina, Brasile, Francia, Germania e Turchia), richiedeva al Comitato di decidere se l'inazione di questi Stati di fronte all'emergenza della crisi climatica avesse costituito una violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Gli autori della comunicazione provenivano da diverse parti del mondo, e tutti hanno fornito prove sui modi in cui il cambiamento climatico stava influenzando le loro vite, tra i quali l'effetto devastante delle cd. *heat waves* causate dal riscaldamento globale, incendi, siccità e tempeste. Hanno affermato che «(...) the climate crisis is not an abstract future threat», ma che essa ha un impatto concreto e attuale²⁶. Inoltre, hanno sostenuto che le emissioni di GHG (*greenhouse gas*) in uno Stato hanno effetti sul clima in altri Stati, sostenendo l'impatto transfrontaliero del cambiamento climatico²⁷. Questo punto è stato anche sostenuto da John H. Knox e David Boyd – già Relatori speciali per i diritti umani e l'ambiente – i quali sono intervenuti come *amici curiae*

²⁶ Comitato dei diritti del fanciullo, comunicazione del 23 settembre 2019, *Sacchi e altri c. Argentina e altri*, www.climatecasechart.com, par. 3.

²⁷ *Ivi*, par. 242 ss.

esortando il Comitato a usare la propria posizione per fornire rimedi efficaci contro le omissioni degli Stati membri²⁸.

Il Comitato ha dichiarato le comunicazioni inammissibili perché gli autori non avevano previamente esaurito i rimedi interni negli Stati membri nei confronti dei quali la comunicazione era diretta, affermando che «mere doubts or assumptions» sulle prospettive di successo o efficacia di tali rimedi non esentavano gli autori dall'esaurirli²⁹. Tuttavia, non ha esitato a commentare il merito del caso, concordando con le affermazioni degli autori secondo cui, sebbene il cambiamento climatico e il conseguente danno ambientale e l'impatto sui diritti umani che esso provoca siano questioni globali collettive che richiedono una risposta globale, gli Stati parti debbono assumersi la responsabilità individuale delle proprie azioni od omissioni in relazione ai cambiamenti climatici e del loro contributo ad essi – anche nel rispetto del principio delle responsabilità comuni ma differenziate³⁰. Il Comitato ha inoltre considerato che, sulla base di quanto è «generally accepted and corroborated by scientific evidence», ogni Stato contraente ha un controllo effettivo sulla fonte delle emissioni di carbonio nel suo territorio, e che esse hanno un effetto transfrontaliero³¹.

Nonostante il ragionamento del Comitato sia stato interpretato come un'apertura ai meccanismi di tutela internazionale dei diritti umani, suggerendo la possibilità di progressi significativi nel contenzioso internazionale relativo al cambiamento climatico³², la decisione in questione ha tuttavia imposto forti limitazioni alla possibilità concreta di portare tali casi davanti ai tribunali internazionali. Inoltre, questa conclusione appare contraddittoria per almeno due motivi principali.

In primo luogo, giova ricordare che il Comitato ha formalmente sostenuto il parere consultivo su *Ambiente e diritti umani* emesso dalla Corte interamericana dei diritti umani. Nel fare ciò, ha riconosciuto l'esistenza di una responsabilità dello Stato di fronte all'impatto transfrontaliero della crisi climatica, affermando come, in caso di danni transfrontalieri, l'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato d'origine si basi sull'assunto che è lo Stato nel cui territorio o sotto la cui giurisdizione sono state svolte le attività che ha il controllo

²⁸ Comitato dei diritti del fanciullo, *amici curiae* dei Relatori speciali sui diritti umani e l'ambiente in supporto all'ammissibilità del 9 gennaio 2021, *Sacchi e altri c. Argentina e altri*, www.climatecasechart.org, par. 50.

²⁹ Comitato dei diritti del fanciullo, *Sacchi e altri c. Argentina e altri*, UN Doc. CRC/C/88/D/104/2019 dell'8 ottobre 2021, par. 10.17.

³⁰ *Ivi*, par. 10.19. Sul punto si veda anche K. DINGWERTH, *Multi-layered differentiation in the climate regime: the gradual path from Rio to Paris*, in *Environmental Politics*, 2023, p. 240 ss.

³¹ Comitato dei diritti del fanciullo, *Sacchi e altri c. Argentina e altri*, cit., par. 10.8 e 10.9.

³² Y. SUEDI, *Litigating Climate Change before the Committee on the Rights of the Child in Sacchi v Argentina et al.: Breaking New Ground?*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, p. 549 ss.; B. LEWIS, *'Sacchi et al v Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey' (United Nations Committee on the Rights of the Child)*, in *Australian Environment Review*, 2022, p. 201 ss.; L. MAGI, *Cambiamento climatico e minori: prospettive innovative e limiti delle decisioni del Comitato per i diritti del fanciullo nel caso Sacchi e altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 157 ss.

effettivo su di esse ed è in grado di impedire loro di causare un effetto transfrontaliero dannoso che incida sul godimento dei diritti umani delle persone al di fuori del suo territorio³³.

Sul punto, gli autori avevano ribadito la tesi secondo cui perseguire rimedi interni sarebbe stato inutile in quanto non avrebbero avuto alcuna reale prospettiva di successo. Nel fare ciò hanno sostenuto che lo Stato parte non avesse dimostrato che l'obbligo di ricorrere a misure correttive sarebbe equo per gli autori residenti *al di fuori dei suoi confini*. Essi hanno citato, nello specifico, l'articolo 15 (c) dei *Draft Articles on Diplomatic Protection*, approvati dalla Commissione di diritto internazionale nel 2006³⁴, affermando che tale articolo – supportato, a parere degli autori, da prassi e *opinio juris* – dimostrerebbe che non è necessario ricorrere a mezzi di ricorso nazionali in caso di danni ambientali transfrontalieri, qualora la vittima non abbia stabilito un legame volontario con lo Stato di origine e non si sia assunta il rischio di essere danneggiata dall'inquinamento di tale Stato. Da ultimo, gli autori sostenevano che, in ragione dell'immunità dello Stato straniero, lo Stato parte non avrebbe potuto fornire un foro interno per le richieste sollevate e i rimedi richiesti nel caso in esame, che comportavano violazioni transfrontaliere dei diritti umani causate da più Stati attraverso più frontiere. L'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile avrebbe reso di per sé inutile qualsiasi possibile rimedio per danni transfrontalieri causati da altri Stati.

Secondariamente, è vero che 'semplici dubbi' non possono giustificare un'eccezione alla regola dell'esaurimento dei rimedi domestici. Tuttavia, gli autori avevano sostenuto che le circostanze uniche del loro caso avrebbero ritardato irragionevolmente i procedimenti interni, in quanto essi avrebbero dovuto perseguire cinque casi separati, in cinque Stati membri convenuti, ognuno dei quali avrebbe richiesto anni. Avevano sostenuto che la risoluzione di complessi casi ambientali è spesso lunga negli Stati, e che risolvere anche solo il problema del *locus standi* avrebbe richiesto anni di contenzioso. Tra l'altro, in alcuni casi, il semplice tentativo di adire i tribunali nazionali può comportare l'elevato rischio di danni irreversibili. Sul punto, come evidenziato sopra, i giovani avevano copiosamente denunciato non solo i danni possibili, ma anche quelli già realizzatisi.

La decisione del Comitato, abbracciando una dottrina della giurisdizione extraterritoriale ampia, costituisce un precedente importante per l'analisi dei *climate cases*. Tuttavia, con il rigetto della comunicazione per mancato esaurimento dei ricorsi, il Comitato ha scelto di tirarsi indietro di fronte all'annosa questione dell'applicazione concreta di tale teoria. In un certo senso, la decisione nel caso *Duarte Agostinho* mostra come la Corte europea abbia seguito un percorso logico simile.

³³ Comitato dei diritti del fanciullo, *Sacchi e altri c. Argentina e altri*, cit., par. 10.5 e 10.7.

³⁴ Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Diplomatic Protection, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission 2006*, vol. II, Part Two.

3.2.2. La decisione nel caso *Duarte Agostinho*

Nel caso *Duarte Agostinho*, la Corte ha deciso all'unanimità per una declaratoria di inammissibilità fondata su due argomentazioni. In primo luogo, ha negato senza ombra di dubbio la sussistenza di una giurisdizione extraterritoriale degli Stati membri nei casi di contenzioso climatico³⁵. Secondariamente, e di conseguenza, poiché l'unica giurisdizione riconosciuta nel caso era quella del Portogallo, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità per mancato esaurimento dei ricorsi interni³⁶. Tale approccio, a parere di chi scrive, rischia di generare una frammentazione rilevante nello sviluppo coerente degli *standard* internazionali in materia ambientale e di diritti umani.

In particolare, la Corte ha respinto l'invito dei ricorrenti a reinterpretare o estendere la propria giurisprudenza in materia di giurisdizione extraterritoriale – incentrata sull'elemento del *controllo effettivo* – ritenendola non applicabile al caso di specie.

I ricorrenti avevano proposto due argomentazioni alternative. Da un lato, avevano suggerito che il controllo dello Stato dovesse essere riferito non al corpo fisico della persona, ma alla sfera dei suoi *interessi convenzionali*, sostenendo che ogni azione o omissione statale con effetti su tali interessi dovesse rientrare nella giurisdizione convenzionale dello Stato, a prescindere dal luogo materiale in cui si verifica l'atto. Tale posizione rispecchia l'approccio adottato dalla Corte interamericana dei diritti umani e dal Comitato per i diritti del fanciullo³⁷, fondato sull'assunto che la crisi climatica – e le attività che la alimentano – non conoscono confini geografici. Le emissioni di gas a effetto serra, pur originando in un determinato Stato, producono effetti globali, incidendo sulla qualità della vita e sui diritti fondamentali delle persone in altri Paesi. In tale ottica, risulta ragionevole considerare che la giurisdizione di uno Stato si estenda anche agli effetti transfrontalieri delle sue azioni, in particolare quando questi siano prevedibilmente lesivi dell'ambiente e dei diritti umani.

La risposta della Corte EDU, invece, si inserisce in una traiettoria interpretativa già delineata nel caso *Sacchi*, ma rispetto ad essa si distingue per una maggiore rigidità, segnando un ulteriore irrigidimento nella lettura del concetto di giurisdizione extraterritoriale. Ciò solleva interrogativi non solo sul piano della giurisdizione, ma anche in merito alla coerenza sistemica del diritto internazionale rispetto alla crisi climatica.

Infatti, la Corte europea, nella decisione qui commentata, si è discostata dalla nozione di giurisdizione extraterritoriale del Comitato, allineandosi con la sua precedente giurisprudenza in materia di art. 1 della CEDU. Nel sistema europeo dei diritti umani, le circostanze che giustificano la sussistenza di una giurisdizione extraterritoriale sono riassumibili così: 'controllo effettivo' da parte dello Stato su di un'area (concetto *spaziale* di

³⁵ Corte EDU, decisione del 9 aprile 2024, ric. n. 39371/20, *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati* [GC], par. 228.

³⁶ *Ivi*, par. 231.

³⁷ Corte interamericana dei diritti umani, *The Environment and Human Rights*, cit.; Comitato dei diritti del fanciullo, *Sacchi e altri c. Argentina e altri*, cit.

giurisdizione); e ‘autorità e controllo dell’agente dello Stato’ sugli individui (concetto *personale* di giurisdizione)³⁸. I giudici di Strasburgo hanno chiarito come la teoria del controllo si riferisca al «control over the person himself or herself» e non controllo «[on] the person’s interests as such»³⁹. Sebbene un’evoluzione giurisprudenziale in materia non sia *a priori* esclusa, essa non trova spazio nella decisione in esame.

Accanto alla prima linea argomentativa, in subordine, i ricorrenti avevano richiesto alla Corte EDU di adottare un’interpretazione eccezionale del concetto di giurisdizione extraterritoriale, giustificata dall’urgenza e dalla natura sistemica della crisi climatica. Su questo la Corte ha brevemente, ma efficacemente, chiarito come nessuna eccezione può configurarsi in questi casi poiché: a) la Corte non è un tribunale di prima istanza, b) la Corte non è equipaggiata per trattare i casi come un tribunale di prima istanza, c) se anche avesse la competenza, essa sarebbe in aperto contrasto con la sua funzione di corte internazionale⁴⁰.

L’argomentazione principale alla base di questa determinazione sta nel rischio di una «critical lack of foreseeability of the Convention’s reach», proprio in ragione della ‘dimensione multilaterale’ del cambiamento climatico⁴¹. Come tentativo di limitare la portata potenzialmente indefinita di una ricostruzione del genere, i ricorrenti avevano suggerito di limitare l’estensione della giurisdizione allo ‘spazio legale’ della Convenzione. Tale limitazione, secondo i giudici, avrebbe determinato un’evoluzione giurisprudenziale arbitraria⁴². A ciò si aggiunge la difficoltà di determinare l’attribuzione diretta delle emissioni in relazione a specifici danni. Per queste ragioni, la Corte ha applicato la nozione di giurisdizione sviluppata nella sua giurisprudenza precedente, e ha rigettato l’esistenza di un controllo statale sugli effetti dannosi del cambiamento climatico in altri Stati.

Inoltre, i giudici di Strasburgo, pur riconoscendo la natura globale della crisi climatica⁴³, hanno espresso preoccupazione per il rischio di derive attivistiche e per la possibilità di ‘aprire le porte’ a una moltiplicazione incontrollata di casi analoghi, con conseguenze critiche per la capacità gestionale e la funzione istituzionale della Corte. Tale atteggiamento di cautela ha condotto a una significativa resistenza a evolvere la propria giurisprudenza in linea con le nuove esigenze dettate dall’emergenza climatica.

Queste preoccupazioni, per la parte in cui attengono alle capacità concrete della Corte EDU, sono senz’altro condivisibili. Tuttavia, vale la pena di considerare come le criticità della cd. *attribution science*, o ‘scienza dell’attribuzione’, siano – almeno in parte – superate, o

³⁸ Corte EDU, *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, cit., par. 170.

³⁹ *Ivi*, par. 205.

⁴⁰ *Ivi*, par. 228.

⁴¹ *Ivi*, par. 206.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, par. 191 ss.

quanto meno *superabili*⁴⁴. Da qualche anno, infatti, i modelli scientifici utilizzati consentono di *quantificare* gli effetti della crisi climatica e valutarne i contributi *specifici*⁴⁵.

Dunque, senza entrare nel merito delle implicazioni pratiche legate alla gestione del contenzioso ambientale, è opportuno sottolineare come l'approccio adottato dalla Corte EDU nel caso *Duarte Agostinbo* rischi di generare una traiettoria di *climate litigation* fondata sui diritti umani che risulti in contrasto con due principi fondamentali del diritto internazionale dell'ambiente: il principio di *no-harm* e quello delle responsabilità comuni ma differenziate. In tal senso, negando la possibilità di estendere la giurisdizione convenzionale agli effetti transfrontalieri delle politiche climatiche, la Corte sembra ignorare la dimensione globale del problema e l'interconnessione sistemica tra attività statali e danni ambientali. Ne consegue un disallineamento tra diritto internazionale ambientale e diritto dei diritti umani che può ostacolare lo sviluppo coerente di una *governance* giuridica efficace della crisi climatica.

3.3. Extraterritorialità e principio delle responsabilità comuni ma differenziate: il rischio di frammentazione degli obblighi statali

Più nello specifico, i principi che entrano in gioco sono il principio di *no-harm* e quello delle responsabilità comuni ma differenziate. Se il primo rappresenta un principio consolidato del diritto internazionale consuetudinario⁴⁶, il secondo può essere considerato, in una certa misura, la sua naturale conseguenza nell'ambito del diritto climatico, in quanto riflette il riconoscimento del cambiamento climatico come una «preoccupazione comune dell'umanità» (*common concern of humankind*)⁴⁷.

Il principio delle responsabilità comuni ma differenziate afferma che «i Paesi sviluppati riconoscono la responsabilità che incombe loro nella promozione dello sviluppo sostenibile a livello internazionale, in considerazione della pressione esercitata dalle loro società sull'ambiente globale e delle risorse tecnologiche e finanziarie di cui dispongono»⁴⁸. Tale

⁴⁴ S. NESPOR, *L'attribution science e i danni provocati dal cambiamento climatico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online*, 3 settembre 2023.

⁴⁵ R.F. STUART-SMITH, F.E.L. OTTO, A.I. SAAD ET AL., *Filling the Evidentiary Gap in Climate Litigation*, in *Nature Climate Change*, 2021, p. 651 ss. Resta ancora aperto, in ogni caso, il problema di come tradurre i risultati scientifici in elementi utilmente valutabili dalle corti, nazionali e internazionali.

⁴⁶ CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*; CIG, *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit.; CIG, *Whaling in the Antarctic*, cit.; CIG, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*, cit.; CIG, sentenza del 9 aprile 1949, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*. Sullo status giuridico del principio all'interno del diritto internazionale dell'ambiente si vedano M. FITZMAURICE, *A Few Reflections on State Responsibility or Liability for Environmental Harm*, in *EJIL:Talk!*, 8 marzo 2023; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 93 ss.

⁴⁷ Accordo di Parigi del 2015, Preambolo.

⁴⁸ Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992, Principio 7. Sul principio delle responsabilità comuni ma differenziate si vedano anche P. CULLET, *Common but Differentiated Responsibilities*, in M. FITZMAURICE, D.M. ONG, P. MERKOURIS (a cura di), *Research Handbook on International*

principio implica che, pur condividendo tutti gli Stati la responsabilità di affrontare la crisi climatica, tale responsabilità non si distribuisce in modo uniforme. Gli Stati del cosiddetto ‘Nord globale’ sopportano un onere maggiore, in quanto storicamente responsabili di una quota significativamente più alta delle emissioni di gas serra rispetto ai Paesi del ‘Sud globale’.

In altri termini, combinando il significato dei due principi, si può sostenere che gli Stati riconoscono come le attività poste in essere entro i confini nazionali possano causare danni ben oltre il proprio territorio, anche in assenza di un coinvolgimento diretto in quelle aree. Allo stesso tempo, essi accettano di essere responsabili per l’omissione nell’adozione di misure ragionevoli volte a prevenire tali impatti transfrontalieri, in attuazione del dovere di *due diligence* e secondo la proporzione dettata dalle responsabilità differenziate.

L’approccio adottato dal diritto internazionale dei diritti umani in materia di responsabilità extraterritoriale degli Stati nei confronti di individui situati in altri territori appare significativamente differente. La maggior parte dei trattati in materia di diritti umani contiene una clausola di giurisdizione, e anche laddove essa sia assente, la giurisprudenza ha chiarito la portata degli obblighi convenzionali⁴⁹. Per quanto riguarda la giurisdizione extraterritoriale, i meccanismi di monitoraggio previsti da tali strumenti hanno elaborato criteri distinti per individuare la responsabilità statale in caso di lesioni verificatesi al di fuori del proprio territorio. Tali criteri si articolano generalmente lungo tre approcci, da quello più restrittivo a quello più estensivo.

Il primo è l’approccio ‘tradizionale’, fondato sul controllo diretto su un territorio o su un individuo, che riconosce la giurisdizione solo nei casi in cui lo Stato eserciti un *controllo effettivo* sulla persona o sull’area interessata – ed è quello adottato, tra gli altri, dalla Corte EDU⁵⁰. Il secondo è l’approccio ‘funzionale’ o della ‘prevedibilità’, in base al quale uno Stato può essere ritenuto responsabile quando avrebbe dovuto ragionevolmente prevedere

Environmental Law, Cheltenham, 2010, p. 161 ss.; J. LEE, *Rooting the Concept of Common but Differentiated Responsibilities in Established Principles of International Environmental Law*, in *Vermont Journal of Environmental Law*, 2015, p. 28 ss.; K. DINGWERTH, *Multi-Layered Differentiation in the Climate Regime*, cit.

⁴⁹ Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, art. 2; Convenzione europea dei diritti umani del 1950, art. 1; Convenzione americana dei diritti umani del 1969, art. 1; Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, art. 2. Sul punto si vedano: N. BERNAZ, *State Obligations with Regard to the Extraterritorial Activities of Companies Domiciled on Their Territories*, in C. M. BUCKLEY, A. DONALD, P. LEACH (eds), *Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems*, Leiden, 2017, p. 435 ss.; D. PALOMBO, *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home States*, Oxford, 2020; P. ALSTON, J. CRAWFORD (eds), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000; F. COOMANS, *The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 1 ss.

⁵⁰ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*; Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito* [G]; Corte EDU, sentenza del 20 novembre 2014, ric. n. 47708/08, *Jaloud c. Paesi Bassi*; Corte EDU, decisione del 19 dicembre 2001, ric. n. 52207/99, *Bankovic e altri c. Belgio* [GC]; Corte EDU, *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, cit.

che le proprie azioni o omissioni avrebbero potuto determinare violazioni dei diritti umani – come avviene, ad esempio, nel sistema interamericano⁵¹. Infine, l'approccio 'globale' fonda la giurisdizione sulla capacità dello Stato di contribuire al raggiungimento di un obiettivo collettivo, secondo un criterio di 'influenza decisiva' (*decisive influence test*⁵²).

Queste diverse concezioni della giurisdizione extraterritoriale assumono particolare rilevanza nel contesto dei diritti umani legati ai cambiamenti climatici. Vi è infatti un riconoscimento sempre più ampio del diritto ad un ambiente sano come diritto universale, spettante a tutte le persone, comprese le generazioni presenti e future, indipendentemente dalla loro collocazione geografica⁵³. Ciò si pone in linea con i principi di equità intergenerazionale e intragenerazionale, che impongono il dovere di proteggere l'ambiente non solo per il benessere attuale, ma anche per quello delle generazioni a venire, su scala globale.

La mancata considerazione delle violazioni future e globali dei diritti umani connesse ai cambiamenti climatici rappresenta non solo una sfida per l'autorità giudiziaria, ma più in generale un problema di coordinamento intrinseco del diritto internazionale. In tale contesto, il raggiungimento di un'integrazione sistemica risulta imprescindibile. L'approccio restrittivo adottato dal sistema europeo in materia di giurisdizione extraterritoriale appare quindi paradossale nella definizione degli obblighi statali, rischiando di escludere responsabilità che gli stessi Stati hanno invece già riconosciuto nell'ambito del diritto internazionale ambientale.

⁵¹ Commissione interamericana dei diritti umani, decisione del 29 settembre 1999, n. 86/99, *Alejandro Jr c. Cuba*; Commissione interamericana dei diritti umani, decisione del 21 ottobre 2010, n. 112/10, *Franklin Guillermo Aisalla Molina Ecuador c. Colombia*; Commissione interamericana dei diritti umani, decisione del 2 novembre 2011, n. 153/11, *Danny Honorario Bastidas Meneses and Others c. Ecuador*; Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 36*, cit.

⁵² D. PALOMBO, *Extraterritorial, Universal, or Transnational Human Rights Law?*, in *Israel Law Review*, 2023, p. 101 ss. Si vedano inoltre: Comitato dei diritti del fanciullo, *General Comment No. 16 on State Obligations regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, UN Doc. CRC/C/GC/16 del 17 aprile 2013; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, issued by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/C.12/GC/24 del 10 agosto 2017; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of France*, UN Doc. E/C.12/FRA/CO/4 del 13 luglio 2016; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Consideration of Reports Consideration of Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland*, UN Doc. E/C.12/CHE/CO/2-3/ del 26 novembre 2010; Consiglio dei diritti umani, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Switzerland*, UN Doc. A/HRC/22/11 del 7 dicembre 2012; Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding Observations on the Combined Second to Fourth Periodic Reports of Switzerland*, UN Doc. CRC/C/CHE/CO/2-4 del 4 febbraio 2015.

⁵³ Si vedano: J.H. KNOX, R. PEJAN (eds), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018; Assemblea generale, *Framework Principles*, cit.; Consiglio dei diritti umani, *Resolution on "The human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment"*, UN Doc. A/HRC/RES/48/13 dell'8 ottobre 2021; Assemblea generale, *Resolution on "The Human Right to a Healthy, Clean and Sustainable Environment"*, UN Doc. A/76/300 del 28 luglio 2022.

Applicare una prospettiva intergenerazionale al diritto internazionale dei diritti umani implica la necessità di colmare il divario tra gli obblighi attuali in materia di diritti umani e i doveri derivanti dalla mitigazione climatica. In ultima analisi, interpretare gli obblighi climatici attraverso la lente dei diritti umani significa anche ripensare gli obblighi in materia di diritti umani alla luce delle responsabilità climatiche. Tale interpretazione reciproca mette in luce la natura interconnessa di questi ambiti e la necessità di un'azione coerente e coordinata per affrontare gli impatti globali del cambiamento climatico sui diritti fondamentali⁵⁴.

4. Integrazione sistemica: un appello alla coerenza del diritto internazionale

Sebbene siano trascorsi quasi vent'anni dal celebre Rapporto sulla frammentazione del diritto internazionale elaborato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite⁵⁵, la sua riflessione sulla necessità di promuovere coerenza sistemica rimane oggi di straordinaria attualità. La crescente interconnessione tra i diversi settori normativi – dal commercio alla salute pubblica, dalla protezione ambientale ai diritti umani – impone infatti di superare una visione settoriale e rigida del diritto internazionale.

In particolare, e in relazione al tema qui prospettato, di particolare rilievo appare la terza fra le situazioni di conflitto ipotizzate nel Rapporto: si tratta della cd. «fragmentation as differentiation between types of special law»⁵⁶.

In tale prospettiva, strumenti come la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 offrono già le basi per un'interpretazione sistemica e coerente tra regimi, incoraggiando letture armonizzatrici attraverso il riferimento ad «ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti»⁵⁷. Una simile direzione è stata recentemente confermata anche dal parere consultivo del Tribunale internazionale del diritto del mare del 2024, che ha sottolineato la rilevanza degli accordi climatici e dei

⁵⁴ A.E. BOYLE, *Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 759 ss.

⁵⁵ Commissione di diritto internazionale, *Report of the Study Group of the International Law Commission (finalized by Martti Koskenniemi), Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 2006. Sul copioso dibattito dottrinale in materia si vedano, a titolo meramente esemplificativo: B. SIMMA, *Fragmentation in a Positive Light*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 845 ss.; M. KOSKENNIEMI, P. LEINO, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 553 ss.; P.M. DUPUY, *A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the Fragmentation of International Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 26 ss.; A.C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international: une analyse critique*, Bruxelles, 2016.

⁵⁶ Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 55.

⁵⁷ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, art. 31, par. 3, lett. c). Sul principio di integrazione sistemica si veda, tra gli altri, C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279 ss.

rapporti dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) per determinare gli obblighi degli Stati in relazione all'inquinamento marino⁵⁸.

In questa scia si collocano altri due importanti pareri consultivi in materia climatica. Il primo, notificato nel luglio del 2025 dalla Corte interamericana dei diritti umani, ha ulteriormente rafforzato l'idea che gli obblighi ambientali degli Stati non possano essere disgiunti dalla tutela dei diritti umani, evidenziando l'importanza di una responsabilità differenziata ma condivisa nella protezione degli ecosistemi e delle popolazioni vulnerabili⁵⁹. In tale parere, la protezione dell'ambiente è esplicitamente collegata alla tutela dei diritti umani, in una prospettiva di responsabilità extraterritoriale e intergenerazionale.

Ancora più rilevante è quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia che, nel parere reso il 23 luglio 2025, ha riconosciuto l'importanza del diritto a un ambiente sano e della protezione del clima quale componente essenziale del pieno godimento di altri diritti umani, richiamando esplicitamente il Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, e la Convenzione sui diritti del fanciullo⁶⁰. Più specificamente, secondo quanto chiarito dal parere, gli obblighi climatici in capo agli Stati comprendono misure concrete di mitigazione e adattamento, l'adozione di *standard* normativi, nonché la regolazione delle attività di soggetti privati⁶¹. In linea con una lettura sistemica del diritto internazionale, la CIG ha affermato che alle violazioni di tali obblighi si applica la disciplina generale della responsabilità internazionale degli Stati⁶². Pur adottando un linguaggio meno assertivo sul piano dei diritti umani rispetto alla Corte interamericana, il parere si distingue per un approccio permeato da rigore scientifico e tecnico, nel quale il ruolo del consenso scientifico e dei rapporti dell'IPCC risulta determinante anche per valutare l'attribuzione del danno e gli obblighi riparatori⁶³.

⁵⁸ Tribunale internazionale del diritto del mare, parere consultivo del 21 maggio 2024, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, par. 205 ss. Sul punto si veda F. ROMANIN JACUR, *L'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente tra prassi successiva e interpretazione giudiziale degli accordi*, in *La comunità internazionale*, 2024, p. 383 ss. Il Tribunale ha anche, seppur brevemente, evidenziato il ruolo centrale del diritto dei diritti umani nell'interpretazione delle obbligazioni ambientali degli Stati (par. 66). Per una riflessione critica sul parere consultivo del Tribunale del diritto del mare si veda J. PAINE, *The ITLOS Advisory Opinion on Climate Change: Selected Issues of Treaty Interpretation*, in *EJIL:Talk!*, 3 giugno 2024; K. ELMAHMOUD, *The ITLOS Advisory Opinion: Human Rights as a Withered Branch of International Law?*, in *EJIL:Talk!*, 24 giugno 2024; R. VIRZO, *Fondamento ed esercizio della competenza consultiva del Tribunale internazionale del diritto del mare: considerazioni a margine del parere del 21 maggio 2024*, in *La comunità internazionale*, 2024, p. 603 ss.

⁵⁹ Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo del 29 maggio 2025, *Climate Emergency and Human Rights*.

⁶⁰ CIG, parere consultivo del 23 luglio 2025, *Obligations of States in Respect of Climate Change*, par. 369 ss.

⁶¹ *Ivi*, par. 274 ss. La CIG ha chiarito che il diritto applicabile in materia climatica include non solo obblighi convenzionali – derivanti dall'Accordo di Parigi, in materia di mitigazione, adattamento e cooperazione – ma anche obblighi consuetudinari generali, tra cui il dovere di proteggere l'ambiente – e quindi il clima – dal «risk of significant harm».

⁶² *Ivi*, par. 418-420.

⁶³ *Ivi*, par. 421 ss. La CIG ha chiarito che, ai fini dell'accertamento della responsabilità internazionale, è sufficiente riscontrare la violazione di una norma giuridica vincolante e l'attribuzione del

Di particolare rilievo è il paragrafo 404 del parere, in cui la Corte rigetta una concezione settoriale dei diversi regimi giuridici internazionali e afferma chiaramente che

international human rights law, the climate change treaties and other relevant environmental treaties, as well as the relevant obligations under customary international law, inform each other (...). States must therefore take their obligations under international human rights law into account when implementing their obligations under the climate change treaties and other relevant environmental treaties and under customary international law, just as they must take their obligations under the climate change treaties and other relevant environmental treaties and under customary international law into account when implementing their human rights obligations⁶⁴.

In questo passaggio emerge una forte presa di posizione contro l'isolamento dei regimi normativi e a favore di un'interpretazione sistemica e coordinata, in cui la normativa climatica non può essere considerata *lex specialis*⁶⁵.

Al fine di promuovere l'integrazione, anziché la frammentazione del diritto internazionale, l'interpretazione degli *standard* dovrebbe perseguire una coerenza tanto interna – all'interno del medesimo 'ramo' – quanto esterna – tra i diversi 'rami' del sistema giuridico internazionale. Un simile approccio contribuisce anche a rendere le risposte alla crisi climatica più efficaci e tempestive.

comportamento a un organo statale, ai sensi della disciplina generale dettata dal Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato (Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol. II, Part Two, artt. 2 e 4-11). Il nesso di causalità rilevante, invece, nella fase della determinazione del danno, e in particolare per stabilire eventuali misure di compensazione, restituzione o soddisfazione (par. 433 del parere). A tal fine, la CIG ha indicato due elementi: (a) l'accertamento che l'evento dannoso sia riconducibile all'attività antropogenica responsabile del cambiamento climatico, valutazione per la quale è sufficiente il ricorso al consenso scientifico o ai rapporti dell'IPCC; (b) la verifica che tale attività antropogenica sia attribuibile allo Stato, indagine da condurre caso per caso. Il parere conferma così l'interconnessione tra diritto ambientale, responsabilità internazionale e sapere scientifico, senza rigide barriere settoriali.

⁶⁴ *Ivi*, par. 404. Quanto al tema dell'extraterritorialità, nello specifico, la CIG vi dedica una sezione (parr. 394-402), richiamando la propria giurisprudenza consolidata secondo cui il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ma anche, in certi casi, il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali e la Convenzione sui diritti del fanciullo) può trovare applicazione anche al di fuori del territorio nazionale, qualora lo Stato eserciti giurisdizione su persone o situazioni in territori esterni. Tuttavia, la CIG chiarisce al par. 402 che, nel contesto dei procedimenti consultivi in esame, non era necessario determinare le condizioni concrete in cui tale giurisdizione extraterritoriale si configura, sottolineando che la valutazione va condotta caso per caso alla luce delle singole disposizioni pattizie. Questa precisazione non va letta come un arretramento, ma come il riconoscimento del ruolo complementare delle corti regionali e del fatto che il parere non ha – né può avere – l'ambizione di ridefinire in via generale l'estensione della giurisdizione extraterritoriale degli obblighi in materia di diritti umani.

⁶⁵ Come ribadito più volte dalla CIG anche in altri punti del parere, su cui *ivi*, par. 162 ss.

I principi elaborati dalla Corte interamericana dei diritti umani nel parere consultivo del 2017 rappresentano un esempio virtuoso di tale integrazione. Il riconoscimento della responsabilità degli Stati per il contributo all'inquinamento che colpisce altri Paesi richiede una realizzazione concreta e attuale della necessità di tutelare le popolazioni che abitano tali territori. Lo stesso potrebbe dirsi per l'effetto cumulativo delle emissioni di GHG e il conseguenziale l'innalzamento del livello del mare, che minaccia di cancellare interi Stati insulari e di sommergere le coste di molti altri Paesi⁶⁶.

Al contrario, seguire l'impostazione restrittiva adottata dalla Corte EDU rischia di vanificare i progressi compiuti con la sentenza *KlimaSeniorinnen* e con il riconoscimento della violazione dei diritti umani derivante dalla crisi climatica. Come è stato osservato⁶⁷, la sentenza lascia aperto l'interrogativo circa l'effettiva rappresentatività delle ONG ricorrenti, se permane, ai fini dello *status* di vittima, il requisito di una 'esposizione ad alta intensità' – che nel caso specifico non è stato ancora accertato⁶⁸. Una simile impostazione solleva rilevanti criticità, in quanto rischia di escludere dalla tutela convenzionale proprio quei soggetti maggiormente esposti agli effetti della crisi climatica, i quali non sempre si trovano all'interno dello spazio giuridico della CEDU. Le persone che subiscono una 'esposizione ad alta intensità' agli impatti del cambiamento climatico si concentrano infatti, in molti casi,

⁶⁶ Commissione interamericana dei diritti umani, risoluzione del 31 dicembre 2021, n. 3/2021, *Climate Emergency: Scope of Inter-American Human Rights Obligations*, par. 39: «At the same time, the rule of customary international law of “doing no harm” would be breached as a result of greenhouse gas emissions and thus the increase in frequency and intensity of meteorological phenomena attributable to climate change, which, regardless of their origin, contribute cumulatively to the emergence of adverse effects in other States». La questione non si esaurisce con il tema della giurisdizione qui trattato, necessitando un'analisi approfondita caso per caso del contributo effettivo all'effetto lesivo locale e in considerazione dell'esistenza di un nesso di causalità tra condotta e danno, su cui si vedano M. FERIA-TINTA, *Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions*, in *Europe of Rights and Liberties*, 2021, p. 52 ss.; C. RAGNI, *Cambiamento climatico e diritti umani alla luce del caso KlimaSeniorinnen*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, p. 107 ss. Sulla cd. *attribution science*, si vedano anche R.F. STUART-SMITH, F. E. L. OTTO, A. I. SAAD e altri, *Filling the Evidentiary Gap in Climate Litigation*, in *Nature Climate Change*, cit.; T. PFROMMER, T. GOESCHL, A. PROELSS e altri, *Establishing Causation in Climate Litigation: Admissibility and Reliability*, in *Climatic Change*, 2019, p. 67 ss.

⁶⁷ G. LETSAS, *The European Court's Legitimacy After KlimaSeniorinnen*, in *The European Convention on Human Rights Law Review*, 2024, p. 444 ss.

⁶⁸ Si segnala, sulla stessa linea, la sentenza recentemente resa nel caso 'Terra dei fuochi' (Corte EDU, sentenza del 30 gennaio 2025, ric. n. 51567/14, *Cannaraciunolo e altri c. Italia*). In questo caso, la Corte EDU ha dichiarato ammissibili solo sette dei ventinove ricorsi individuali, seguendo un approccio restrittivo basato principalmente sul criterio della residenza, in linea con sua giurisprudenza precedente. Ha inoltre escluso lo *status* di vittima per le associazioni ambientaliste, ritenendo non soddisfatti i rigidi criteri previsti per le vittime indirette, segnando una chiusura rispetto alla più recente giurisprudenza favorevole in materia climatica e rimandando nuovamente l'identificazione della categoria di vittime cui applicare il requisito della 'esposizione ad alta intensità'. Sulle differenti categorie di vittime nel sistema della CEDU nel contesto del cambiamento climatico si veda anche A. MARICONDA, *Victim Status of Individuals in Climate Change Litigation before the ECtHR*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, p. 260 ss.

in aree del mondo particolarmente vulnerabili, spesso collocate al di fuori della giurisdizione territoriale degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Tale limitazione interpretativa dello *status* di vittima finisce così per riflettere un approccio territorialmente ancorato, poco adatto a cogliere la natura transnazionale e diffusa della crisi climatica. Solo attraverso un'evoluzione del ragionamento giuridico e una lettura sistemica e dinamica degli obblighi convenzionali sarà possibile estendere la protezione dei diritti umani a situazioni di danno ambientale che, pur originandosi anche da condotte poste in essere all'interno dello spazio europeo, producono i loro effetti in contesti extraterritoriali. In questa prospettiva, il diritto dei diritti umani potrebbe costituire uno strumento essenziale per rafforzare la responsabilità degli Stati in chiave globale, evitando lacune di tutela inaccettabili alla luce dell'urgenza della crisi ecologica in atto.

In sintesi, sebbene il diritto internazionale dei diritti umani abbia iniziato a riconoscere obblighi ambientali, permangono significative lacune. Tali lacune indicano che, in assenza di un approccio più proattivo, la posizione della Corte di Strasburgo rischia di generare incoerenze con gli *standard* ambientali internazionali e con le agende politiche globali orientate alla lotta contro i cambiamenti climatici.

La natura intrinsecamente multilaterale della crisi climatica impone di confrontarsi con i limiti delle risposte giuridiche fondate su approcci settoriali isolati. Un'azione efficace in materia climatica richiede infatti un intervento olistico e coordinato; tuttavia, l'emergere di argomenti di natura meramente pragmatica e di prassi incoerenti ha recentemente riaperto il rischio di una nuova frammentazione del regime giuridico internazionale. Tale frammentazione indebolisce la risposta unitaria necessaria per affrontare le sfide complesse e interconnesse poste dalla crisi climatica.

Promuovere un approccio complementare e integrato tra regimi giuridici potrebbe costituire una risposta adeguata a tale vulnerabilità. Colmando le lacune tra il diritto ambientale, quello dei diritti umani e altri ambiti normativi internazionali pertinenti, si rende possibile una risposta più coesa e coordinata alle problematiche ambientali globali.

5. Conclusioni e prospettive future

L'assenza di riconoscimento di una giurisdizione extraterritoriale per l'effetto transfrontaliero delle emissioni di gas serra rischia di porsi in diretto conflitto con due principi fondamentali del diritto internazionale dell'ambiente: il principio delle responsabilità comuni ma differenziate, sancito dal Principio 7 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo, e quello del divieto di inquinamento transfrontaliero, riconosciuto numerose volte anche dalla CIG. L'asserita comprensione della natura globale e devastante della crisi climatica, e dei suoi effetti sui diritti umani, unita all'oramai diffusa accettazione da parte degli Stati del cd. Nord globale del loro peculiare contributo ad essa, comporta la necessità di adeguare gli strumenti di difesa dei diritti umani. I requisiti procedurali, e

SEZIONE II – TUTELA DELL'AMBIENTE E SVILUPPO SOSTENIBILE

specificamente l'esaurimento di ricorsi interni in rapporto alla giurisdizione extraterritoriale, rischiano di costituire un ostacolo alla realizzazione dei diritti umani. L'urgenza e la gravità della crisi climatica comportano la necessità di una maggiore coordinazione tra il diritto internazionale dell'ambiente e il diritto internazionale dei diritti umani, la quale manifesta ancora delle lacune rilevanti.

In questo senso, occorre applicare principi consolidati del diritto internazionale e più volte richiamati, nell'ottica di una interpretazione sistemica e integrativa dei diversi settori del diritto internazionale coinvolti nell'emergenza climatica: in particolare, il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale dell'ambiente.

La direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: quale portata *extra* UE?

ROBERTA GRECO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Extraterritorialità e obbligo di riparazione dei danni causati dalla violazione dei doveri di *due diligence*. – 3. Extraterritorialità e regime di responsabilità civile per i danni causati dalla violazione degli obblighi di *due diligence*. – 3.1. La competenza giurisdizionale. – 3.2. Il diritto applicabile alla controversia. – 4. Le recenti proposte di modifica della Direttiva – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: Tragedie quali quella del Rana Plaza hanno provato l'esigenza di imporre obblighi di diligenza e vigilanza in capo alle società al fine di tutelare i diritti umani e l'ambiente da attività economiche condotte irresponsabilmente. La Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, tentando di muovere dei passi importanti in questa direzione, rappresenta un'iniziativa lodevole. Tuttavia, mentre l'obbligo di riparazione per violazioni dei doveri di diligenza e vigilanza di cui alla Direttiva grava su tutte le società destinatarie della stessa, alcune limitazioni alla portata extraterritoriale del regime di responsabilità civile ivi delineato rischiano di inficiarne l'effettività. In particolare, ci si riferisce all'assenza di disposizioni di diritto internazionale privato relative sia all'individuazione del foro competente a conoscere delle controversie relative alla violazione degli obblighi aziendali di diligenza sia alla legge applicabile alle controversie derivanti dalla violazione di detti obblighi. L'analisi condotta mostra come, in ultima istanza, ai sensi della Direttiva rischiano di rimanere civilmente obbligate a risarcire i danni per la violazione degli obblighi di diligenza solo le società europee destinatarie degli obblighi di cui alla medesima per eventi lesivi verificatisi in uno Stato membro, mentre continuerebbero ad essere schermate dall'interposizione soggettiva sia dette società per le violazioni commesse da filiazioni e partner commerciali di Stati terzi, sia le società *extra*-europee destinatarie della Direttiva e le proprie filiazioni e partner commerciali.

PAROLE CHIAVE: Direttiva sul dovere di diligenza – sostenibilità – diritti umani e ambiente – extraterritorialità – diritto internazionale privato – giurisdizione e legge applicabile.

* Ricercatrice di diritto internazionale, Università degli Studi di Teramo, rgreco@unite.it.

1. Premessa

In data 25 luglio 2024, dopo un lungo iter negoziale iniziato con la proposta¹ della Commissione europea del febbraio 2022, è entrata in vigore la Direttiva (UE) 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 (di seguito «Direttiva» o «CSDDD»).

L'oggetto della Direttiva è triplice. In primo luogo, impone agli Stati membri di stabilire obblighi di *due diligence* in materia di sostenibilità – sia in termini di tutela dei diritti umani sia dell'ambiente – che incombono alle società non solo nell'ambito delle proprie attività, ma anche di quelle delle filiazioni (termine utilizzato dalla Direttiva per indicare le società sussidiarie o controllate) e dei partner commerciali nella catena di attività². In sintesi, detti obblighi consistono nell'identificare, prevenire, attenuare, arrestare, minimizzarne l'entità e fornire riparazione per gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente che potrebbero derivare dalle attività delle società, filiazioni e partner commerciali³.

L'ambito di applicazione *ratione materiae* della Direttiva in relazione ai diritti umani è tuttavia limitato e sottoposto a una serie di condizioni che peccano per difetto di chiarezza⁴. Nello specifico, per impatto negativo sui diritti umani la Direttiva intende un impatto su persone causato da un «abuso» (termine quest'ultimo utilizzato dalla Direttiva in luogo di «violazione») di un diritto umano elencato nell'allegato alla Direttiva (a titolo meramente esemplificativo, divieto di lavoro minorile, di lavoro forzato, di schiavitù e tratta)⁵ e sancito dagli strumenti internazionali di cui al medesimo allegato⁶. In alternativa, se un abuso di un diritto umano non è elencato nella parte I, sezione 1, di detto allegato, ma il diritto è sancito dagli strumenti elencati nella parte I, sezione 2, dello stesso, devono sussistere ulteriori condizioni perché possa darsi un «impatto negativo»: segnatamente, occorre che il diritto possa essere oggetto di abuso da parte di una società o una persona giuridica e che il rischio di abuso sia ragionevolmente prevedibile⁷.

¹Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final.

² CSDDD, art. 1, par. 1, lett. a).

³ *Ivi*, art. 5.

⁴ N. MEYER, C. PATZ, *Dividing the Indivisible. Human Rights under the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, in *Verfassungsblog*, 1 giugno 2024.

⁵ Allegato alla CSDDD, parte I, sezione 1.

⁶ Allegato alla CSDDD, parte I, sezione 2. CSDDD, art. 3, par. 1, lett. c), sub i).

⁷ CSDDD, art. 3, par. 1, lett. c), sub ii).

L'impatto negativo sull'ambiente è determinato, invece, dalla violazione di divieti e obblighi elencati nel citato allegato alla Direttiva⁸, quali ad esempio il divieto di causare qualsiasi degrado ambientale misurabile⁹.

In secondo luogo, la Direttiva detta norme in materia di responsabilità per le violazioni degli obblighi di *due diligence* da parte delle imprese¹⁰. Tale responsabilità viene fatta valere attraverso un duplice regime complementare: uno di natura amministrativa, che si regge su autorità di controllo indipendenti dotate di poteri di supervisione, vigilanza e sanzionatori¹¹, e un regime di responsabilità civile volto a garantire alle vittime il pieno risarcimento del danno¹².

Infine, la Direttiva stabilisce che sulle società debbano incombere obblighi di adottare e mettere in pratica piani di transizione volti a mitigare i cambiamenti climatici assicurando, con il massimo impegno possibile (*best efforts*), la compatibilità del proprio modello e strategia aziendale con la transizione verso un'economia sostenibile, nel rispetto del limite del riscaldamento globale di 1,5 °C previsto dall'Accordo di Parigi¹³.

Gli obblighi sinora descritti sono rivolti agli Stati membri dell'Unione affinché questi li impongano alle società costituite in base al diritto interno di uno Stato membro, alle società costituite secondo la normativa di uno Stato terzo operanti nel mercato interno europeo, nonché alle società con accordi di franchising o di licenza nell'Unione, a condizione che raggiungano elevate soglie occupazionali e/o di fatturato¹⁴. Ciò, evidentemente, al fine di assicurare che le società destinatarie dei nuovi obblighi siano capaci di sostenere gli investimenti necessari a rispettarli e a fornire assistenza ai partner commerciali di piccole e medie dimensioni.

Di particolare rilievo è l'ambito di applicazione soggettiva degli obblighi di cui alla Direttiva, i quali sono imposti anche alle grandi società di Stati terzi operanti nel mercato europeo e, indirettamente, ai partner commerciali operanti fuori dall'UE, per effetto del dovere che incombe sulle società destinatarie della Direttiva di adoperarsi per prevenire, limitare e porre termine agli impatti negativi sui diritti umani e l'ambiente causati lungo l'intera catena di attività (sia a monte, nella produzione di beni e prestazione di servizi, che a valle, nella distribuzione, trasporto e immagazzinamento dei prodotti)¹⁵.

⁸ Allegato alla CSDDD, parte I, sezione 1, punti 15 e 16, e parte II.

⁹ CDDD, art. 3, par. 1, lett. b). Si veda V. ROUAS, J. OTTEN, D. TORÁN, *New Wine in Old Bottles. Environmental and Climate Aspects of the EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, in *Verfassungsblog*, 10 giugno 2024.

¹⁰ CDDD, art. 1, par. 1, lett. b).

¹¹ *Ivi*, artt. 25-28. M. KRAJEWSKI, *Administrative Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence Legislation. A flower in the "bouquet of remedies"*, in *Verfassungsblog*, 24 maggio 2024.

¹² CSDDD, art. 29.

¹³ *Ivi*, art. 1, par. 1, lett. c). V. l'Accordo di Parigi del 2015.

¹⁴ CSDDD, art. 2.

¹⁵ O. BOSKOVIC, *Extraterritoriality and the proposed directive on corporate sustainability due diligence, a recap*, in *Journal of Private International Law*, 2024, p. 117 ss., p. 118.

Le società europee e quelle di Stati terzi operanti all'interno dell'Unione raggiunte dalla Direttiva sono, infatti, chiamate ad adoperarsi, anche ricorrendo alla propria influenza nel mercato, affinché sia le filiazioni sia i partner commerciali stranieri rispettino gli obblighi di diligenza in materia di sostenibilità e offrano riparazione alle vittime laddove gli impatti negativi si siano verificati.

Con queste misure l'Unione ha inteso esportare i propri standard di tutela dei diritti umani e dell'ambiente al di fuori del proprio territorio¹⁶, ma anche realizzare un *level playing field*, per arginare le distorsioni della concorrenza in un mercato sempre più globalizzato.

Ci si domanda se questo sforzo sia sufficiente a perseguire l'obiettivo di fornire maggiore tutela alle vittime di violazioni degli obblighi di *due diligence* in materia di sostenibilità commesse al di fuori del territorio dell'Unione. In particolare, ci si interroga sulla portata extraterritoriale dell'obbligo di riparazione – specialmente nella forma del risarcimento fornito alle persone colpite dall'impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente – quale ultima declinazione dell'obbligo di *due diligence*¹⁷ e sulla capacità delle vittime di far valere la responsabilità civile delle società responsabili di dette violazioni.

A questo proposito non si ignorano le recenti proposte di modifica della Direttiva¹⁸, che intendono incidere anche sul sistema ivi delineato di responsabilità civile, su cui si tornerà nel prosieguo¹⁹.

Esulano, invece, dalla presente indagine le critiche sui possibili effetti negativi indiretti della Direttiva sugli Stati in via di sviluppo²⁰ e, più in generale, quelle di 'imperialismo giuridico' da parte degli Stati occidentali²¹.

2. Extraterritorialità e obbligo di riparazione dei danni causati dalla violazione dei doveri di *due diligence*

Per effetto della delocalizzazione e dell'esternalizzazione delle attività produttive al fuori dall'Unione, oltre che della costituzione di multinazionali con filiazioni in varie parti del

¹⁶ N. BUENO, N. BERNAZ, G. HOLLY, O. MARTIN-ORTEGA, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise*, in *Business and Human Rights Journal*, 2024, p. 1 ss, pp. 5-6.

¹⁷ Cfr. CSDDD, considerando 58, nonché l'art. 3, par. 1, lett. t), l'art. 5, par. 1, lett. d) e l'art. 12.

¹⁸ Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 e (UE) 2024/1760 per quanto riguarda taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, COM(2025)81 final (c.d. 'proposta Omnibus').

¹⁹ Esula dall'oggetto del presente lavoro un'analisi approfondita delle differenze tra i regimi di responsabilità civile che discendono dalla CSDDD e dalla proposta Omnibus e dei rispettivi profili di diritto internazionale privato, analisi che si renderà necessaria allorché il testo della proposta sarà approvato e la nuova direttiva adottata.

²⁰ R. MARES, *The Unintended Consequences of Mandatory Due Diligence. The Importance of Supportive Measures in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, in *Verfassungsblog*, 13 giugno 2024.

²¹ D. PALOMBO, *Transnational Business and Human Rights Litigation: An Imperialist Project?*, in *Human Rights Law Review*, 2022, p. 1 ss.

mondo, è ragionevole ritenere che l'impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente possa essere causato fuori dall'Unione da filiazioni di società destinatarie della Direttiva o da partner commerciali stranieri di dette società. In tal caso, appare necessario considerare la portata extraterritoriale dell'obbligo di riparazione stabilito dalla Direttiva in capo alle società che ne sono destinatarie.

Il tema dell'extraterritorialità degli obblighi di riparazione delle imprese si inserisce in un più ampio dibattito relativo, da un lato, agli obblighi extraterritoriali degli Stati in materia di ambiente e diritti umani e, dall'altro, alla responsabilità delle imprese per le violazioni causate al di fuori del territorio nazionale, di cui non si può dare compiutamente conto nel corso del presente elaborato²². Ci si limiterà ad affrontarlo dal punto di vista necessariamente più circoscritto della Direttiva.

²² O. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, 22 dicembre 2006, disponibile su www.cridho.uclouvain.be. L'autore sostiene: «(...) in the current state of development of international law, a clear obligation for States to control private actors such as corporations, operating outside their national territory, in order to ensure that these actors will not violate the human rights of others, has not crystallized yet» (p. 19) e, ciononostante, «even in the absence of an international obligation to exercise extraterritorial jurisdiction, a State may seek to contribute to the protection of human rights outside its national territory, by the adoption of legislation to which an extraterritorial scope of application is attached» (p. 22). S. BESSON, *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations – Mind the Gap!*, in *ESIL Reflection*, 28 aprile 2020. L'autrice riferisce di un recente trend di vari organismi internazionali volto a riconoscere un'interpretazione estensiva della nozione di giurisdizione extraterritoriale in materia di diritti umani nel contesto delle operazioni delle imprese transnazionali per cui: «[A] human rights duty-bearing State is considered to have extraterritorial jurisdiction over a potential right-holder outside of the two common types of effective control, i.e. personal or spatial control, provided it exercises some form of control over a potential source of harm to that right-holder. The key seems to lie in the duty-bearing State's "control" over the source of harm, and in it being "causally" related to that harm or "connected" somehow to its "impact" on the right-holder». L'autrice esprime perplessità circa tale tendenza e suggerisce, in particolare, di imporre obblighi di *due diligence* direttamente in capo alle imprese transnazionali. Si veda anche: W. TIRUNEH, *Providing Remedy for Corporate Human Rights Abuses Committed Abroad: The Extraterritorial Dimension of Home States' Obligation under ICESCR*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2023, p. 14 ss.; D. AUGENSTEIN, D. KINLEY, *When Human Rights' Responsibilities' Become 'Duties': The Extra-territorial Obligations of States that Bind Corporations*, in S. DEVA, D. BILCHITZ (a cura di), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, 2013, p. 271 ss.; ETO CONSORTIUM, *The Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, Heidelberg, gennaio 2013; A. OLLINO, *Reflections on the Advisory Opinion on Human Rights and the Environment and the Notion of Extraterritorial Jurisdiction*, in *Journal of International Peace and Organization*, 2020, p. 56 ss.; L. RONDA, *Adjudicate This! Foreign Direct Liability and Civil Jurisdiction in Europe*, in A. BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, London, 2018, p. 195 ss.; A. REINISCH, *Human Rights Extraterritoriality: Controlling Companies Abroad*, in E. BENVENISTI, G. NOLTE (a cura di), *Community Interests Across International Law*, Oxford, 2018, p. 396 ss. Si veda inoltre: Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali, *General Comment No. 24 on State Obligations in the Context of Business Activities*, UN Doc. CESCR/E/C.12/GC/24 del 23 giugno 2017, par. 30-32; Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, *Opinione consultiva del 15 novembre 2017, The environment and human rights*, OC-23/17, par. 101-103, par. 104.a-104.h; Comitato per i Diritti Umani, *General comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 3 settembre 2019, par. 22.

Quest'ultima stabilisce che sia compito degli Stati membri provvedere affinché le società destinatarie degli obblighi di cui alla Direttiva che abbiano causato, o causato congiuntamente – insieme ad una filiazione o a un partner commerciale – un impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente forniscano una riparazione²³.

Si possono dunque verificare distinte situazioni in cui verrebbe in rilievo la necessità di considerare la portata extraterritoriale dell'obbligo di riparazione imposto dalla Direttiva, ciascuna delle quali merita una specifica disamina.

In primo luogo, vi è quella in cui l'impatto negativo sia causato da una società costituita in conformità alle normative di uno Stato terzo destinataria degli obblighi di cui alla Direttiva in ragione dei livelli elevati di fatturato raggiunti singolarmente o come società capogruppo di un gruppo, su cui chiaramente sorgerebbe un obbligo di riparazione.

In secondo luogo, vi sono le situazioni che potrebbero interessare entrambe le società, dell'Unione o meno, destinatarie degli obblighi di cui alla Direttiva, allorché le violazioni siano commesse da queste ultime congiuntamente a una filiazione *extra-UE* o ad un partner commerciale *extra-UE*. Anche in questi casi, le prime sarebbero obbligate alla riparazione.

Infine, vi sono i casi in cui le violazioni siano commesse solo dalle filiazioni o dai partner commerciali delle società destinatarie della Direttiva, che quest'ultima tratta in modo diverso.

Rispetto alle violazioni commesse dalle sole filiazioni *extra-UE*, la Direttiva non dispone nulla circa gli obblighi nascenti in capo alle società destinatarie della stessa. Occorrerà quindi valutare caso per caso se sia possibile ritenere responsabile anche la società capogruppo di diritto europeo per gli impatti negativi causati dalle società controllate al di fuori dell'Unione a causa della violazione del proprio dovere di vigilanza²⁴.

Rispetto agli impatti negativi causati solo dai partner commerciali, ai sensi della Direttiva, le società destinatarie della stessa possono decidere di «fornire una riparazione volontaria» oppure di utilizzare la propria capacità di influenzare il partner commerciale

²³ CSDDD, art. 12, par. 1.

²⁴ Sul c.d. *duty of care* delle società di diritto europeo si vedano: Corte d'appello dell'Aia, sentenza del 29 gennaio 2021, n. 200.126.804 (case a) + 200.126.834 (case b), *Oguru et al v Shell*; Corte d'appello dell'Aia, sentenza del 26.05.2021, n. C/09/571932 / HA ZA 19-379, *Milindefensie et al v Shell*; Corte Suprema del Regno Unito, sentenza del 12.02.2021, [2021]UKSC 3, *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*; Corte Suprema del Regno Unito, sentenza del 10 aprile 2019, [2019] UKSC 20, *Vedanta Resources Plc and another v Lungowe and others*; Corte d'Appello, sentenza del 25.04.2012, [2012] EWCA Civ 525, *Chandler v Cape Plc*. In dottrina, si veda: C. BRIGHT, *The Civil Liability of the Parent Company for Acts or Omissions of Its Subsidiary: The Example of the Shell Cases in the UK and in the Netherlands*, in A. BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe, International Law Challenges*, Londra, 2019, p. 212 ss.; R. MCCORQUODALE, *Vedanta v Lungowe Symposium: Duty of Care of Parent Companies*, in *Opinio Juris*, 18 aprile 2019; M. KRAJEWSKI, K. TONSTAD, F. WOHLTMANN, *Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the same Direction?*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 550-558.

affinché questi fornisca la riparazione dovuta²⁵. Trattasi, tuttavia, di azioni rimesse alla volontà delle società madre o capogruppo²⁶.

Evidentemente questi ultimi sono gli scenari che sollevano maggiori perplessità circa la coerenza complessiva del sistema in quanto le società destinatarie della Direttiva potrebbero tentare di eludere i propri obblighi di riparazione richiamandosi, ad esempio, al mero rispetto formale degli obblighi di diligenza. Occorre quindi considerare in quali circostanze un danno sia ascrivibile unicamente ad un partner commerciale.

Chi scrive ritiene che laddove la società attinta dalla Direttiva abbia ommesso di adottare le misure richieste ai fini della *due diligence* nella catena di attività interessate dalla Direttiva, essa possa essere ritenuta corresponsabile in solido con il partner commerciale e, dunque, tenuta alla riparazione. In tal senso depono l'interpretazione letterale delle disposizioni della Direttiva, le quali stabiliscono che la società sia «tenuta» ad adottare misure adeguate in termini di prevenzione e arresto degli impatti negativi causati dai partner commerciali²⁷, nonché di verifica della loro conformità. Del pari, l'interpretazione teleologica depono nella direzione di considerare l'effettività degli obblighi di diligenza e vigilanza e non il loro mero rispetto formale. Si pensi, ad esempio, al principio secondo cui «il semplice ricorso a garanzie contrattuali non può, di per sé, garantire l'adempimento delle norme relative al dovere di diligenza della presente direttiva»²⁸ e alla regola secondo cui le società non sono esonerate dalla responsabilità civile per i danni causati a persone fisiche o giuridiche per il solo fatto di «aver fatto ricorso ad una verifica da parte di terzi indipendenti o a clausole contrattuali»²⁹.

A valle di queste considerazioni, occorre, infine, interrogarsi sul regime di responsabilità civile applicabile nel caso patologico in cui la riparazione non venga spontaneamente fornita.

Come noto, l'interposizione soggettiva derivante dal frazionamento, internazionalizzazione ed esternalizzazione delle fasi del processo produttivo ha consentito,

²⁵ CSDDD, art. 12, par. 2.

²⁶ Questa previsione trova un temperamento dato dal fatto che la Direttiva impone che le imprese ricadenti nel proprio ambito di applicazione ricorrano a rimedi di natura contrattuale, quali clausole contrattuali, per garantire il rispetto dei propri codici di condotta da parte dei partner commerciali diretti, nonché il rispetto dei propri piani di azione preventivi (art. 10, par. 2, lett. b) e correttivi (art. 11, par. 3, lett. c). Garanzie contrattuali possono essere richieste anche ai partner commerciali indiretti (art. 10, par. 4 e art. 11, par. 5). Inoltre, la Direttiva stabilisce che l'adempimento degli obblighi di *due diligence* da parte delle imprese sia soggetto anche alla condizione che le filiazioni chiedano dette garanzie contrattuali ai partner commerciali diretti o indiretti (art. 6, par. 2, lett. e). Bonfanti critica il possibile ricorso a tali strumenti contrattuali al fine di eludere l'adempimento degli obblighi di *due diligence* gravanti in capo alla società madre o capogruppo. V. A. BONFANTI, *Catene Globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Jus*, 2022, pp. 295 ss., p. 326.

²⁷ CSDDD, art. 10, par. 2, lett. b); art. 11, par. 3, lett. c).

²⁸ *Ivi*, considerando 66.

²⁹ *Ivi*, art. 29, par. 4.

dapprima, alle società madri di ricorrere allo schermo societario e al c.d. *forum shopping* e, da ultimo, alle società leader nella catena globale di valore di avvantaggiarsi della separazione formale tra la capogruppo e i partner commerciali per eludere o vanificare la responsabilità civile loro incombente in forza di regimi più sofisticati quali quelli europei³⁰. Questa interposizione, nel caso che ci occupa, rischierebbe di inficiare fortemente l'effettività della tutela fornita alle vittime degli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente derivanti dalla violazione degli obblighi di diligenza e vigilanza. La questione è quindi quella di comprendere se e quale sia la portata extraterritoriale del regime di responsabilità civile delineato dalla Direttiva.

In fase di approvazione della stessa da parte del Parlamento europeo, autorevole dottrina ha sostenuto il rischio di un disallineamento tra la portata degli obblighi sostanziali di *due diligence*, imposti a tutte le società ricadenti nell'ambito di applicazione soggettiva della Direttiva, incluse le società terze operanti nel mercato interno, e quella degli obblighi di riparazione nascenti dal regime di responsabilità civile ivi disciplinato, che si rivolgerebbe invece solo alle società europee destinatarie della Direttiva³¹.

Di seguito si vuole verificare se il testo adottato della Direttiva confermi i timori di disallineamento tra la portata dell'obbligo di riparazione, che, come visto, incombe su tutte le società destinatarie della Direttiva, e l'effettività degli strumenti volti a fare valere coercitivamente detto obbligo. In altri termini, si vuole valutare se le società di Stati terzi operanti all'interno dell'Unione e destinatarie degli obblighi di *due diligence* di cui alla Direttiva rispondano delle violazioni commesse all'interno o all'esterno del territorio europeo. Inoltre, ci si propone di verificare se e in che misura il regime di responsabilità civile introdotto dalla Direttiva tuteli le vittime di violazioni degli obblighi di *due diligence* nelle distinte ipotesi in cui dette violazioni siano commesse da filiazioni o partner commerciali di società europee destinatarie degli obblighi di cui alla Direttiva costituiti fuori dal territorio degli Stati membri dell'Unione europea ovvero da filiazioni o partner commerciali di società *extra*-europee destinatarie degli obblighi di cui alla Direttiva costituiti in Stati terzi.

3. Extraterritorialità e regime di responsabilità civile per i danni causati dalla violazione degli obblighi di *due diligence*

La Direttiva impone di considerare le società che ricadono nel suo ambito di applicazione responsabili civilmente per i danni causati da violazioni dei diritti umani e degli standard

³⁰ G. CARELLA, *Art. 19 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: attuazione della responsabilità sociale d'impresa e diritto internazionale privato*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2023, p. 169 ss., pp. 170-172.

³¹ N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, tra diritto internazionale pubblico e privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, p. 661 ss., p. 664.

ambientali riconducibili alla mancata diligenza e vigilanza e, conseguentemente, di riconoscere alle persone fisiche o giuridiche danneggiate il diritto al pieno risarcimento in conformità al diritto nazionale³².

Affinché la società sia chiamata a risarcire il danno provocato a una persona fisica o giuridica, occorre dimostrare la sussistenza di una serie di presupposti³³, *in primis* la violazione intenzionale o negligente di un obbligo di prevenire, attenuare, arrestarne e minimizzare l'entità degli impatti negativi su ambiente e diritti umani (di cui agli artt. 10 e 11 CSDDD)³⁴.

Occorre, inoltre, che il diritto, divieto e obbligo inosservato ed elencato nell'allegato alla Direttiva sia inteso a tutelare una persona fisica o giuridica³⁵ e non, quindi, posto a tutela di un interesse collettivo o dell'ambiente, come nel caso della maggior parte dei divieti e obblighi inclusi negli strumenti in materia ambientale.

È necessario altresì dimostrare la sussistenza di un danno che abbia colpito gli interessi giuridici di persone fisiche o giuridiche tutelati dal diritto nazionale e il nesso di causalità tra l'inosservanza e il danno. Ciò significa che la responsabilità di una società non possa basarsi unicamente sull'inosservanza degli obblighi di diligenza e vigilanza (responsabilità oggettiva), ma occorra altresì che dalla violazione sia disceso un danno riconducibile a detta inosservanza. Pertanto, solo alcuni tipi di danni potranno far sorgere la responsabilità civile della società in quanto riconducibili causalmente alla violazione dell'obbligo di diligenza. Non è invece contemplato il danno indirettamente causato a terze persone in ragione di quello subito dalla vittima della violazione degli obblighi di cui all'allegato I della Direttiva³⁶.

Infine, le società destinatarie degli obblighi di *due diligence* ai sensi della Direttiva non saranno responsabili dei danni che si verificano lungo l'intera catena di attività, a meno di non avervi contribuito. Stabilisce, infatti, la Direttiva che la responsabilità civile di una società è esclusa nel caso in cui il danno sia stato causato unicamente da un partner commerciale nella catena di attività a cui partecipa detta società³⁷.

Si tratta di una modifica voluta dal Consiglio – nel contesto della rinegoziazione del testo della proposta di Direttiva della Commissione avvenuta tra febbraio e marzo 2024³⁸ – tesa a restringere l'ambito di applicazione del regime di responsabilità civile ivi delineato. Come accennato, nelle suddette ipotesi di esclusione della responsabilità civile della società leader destinataria degli obblighi di cui alla Direttiva, è rimessa alla volontà della stessa la

³² CSDDD, art. 29, parr. 1 e 2.

³³ N. BUENO, F. OEHM, *Conditions of corporate Civil Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, in *Verfassungsblog*, 28 maggio 2024.

³⁴ CSDDD, art. 29, par. 1, lett. a).

³⁵ *Ivi*, art. 29, par. 1, lett. a).

³⁶ *Ivi*, art. 29, par. 1, lett. b).

³⁷ *Ivi*, art. 29, par. 1, ultimo periodo; v. anche *ivi*, considerando 79.

³⁸ S. CIACCHI, *The Newly-adopted Corporate Sustainability Due Diligence Directive: An Overview of the Lawmaking Process and Analysis of the Final Text*, in *Era Forum*, 2024, p. 29 ss., pp. 42-43.

scelta di fornire una riparazione ovvero quella di avvalersi della sua capacità di influenzare il partner commerciale affinché quest'ultimo provveda a riparare i danni causati³⁹.

Ne consegue che la responsabilità civile di cui sono gravate le società differisce in base alla circostanza che il danno derivi, unicamente o congiuntamente, da condotte delle società ricadenti nell'ambito di applicazione della Direttiva, da condotte di filiazioni di quest'ultime, ovvero dei loro partner commerciali.

Se il danno è causato da una società costituita in conformità della normativa di uno Stato membro che ricade nell'ambito di applicazione della Direttiva, questa ne risponderà civilmente secondo le norme sulla responsabilità civile dello Stato membro in cui essa ha la sede legale, essendo quest'ultimo competente a disciplinare le materie contemplate dalla Direttiva⁴⁰.

Se il danno è causato da una società costituita in conformità della normativa di uno Stato terzo, lo Stato membro competente a disciplinare le materie contemplate dalla Direttiva, inclusa la responsabilità civile, è quello in cui tale società ha la sede, ovvero, in assenza di sede o in presenza di varie succursali situate in diversi Stati membri, quello in cui la società ha generato il fatturato netto più elevato⁴¹.

Se il danno è causato dalla società destinataria della Direttiva congiuntamente alla sua filiazione e ad un partner commerciale diretto o indiretto, la prima è responsabile in solido con le seconde⁴², fatte salve le disposizioni di diritto nazionale relative alle condizioni della responsabilità in solido e ai diritti di regresso⁴³.

La Direttiva si premura di precisare, ove ve ne fosse stato bisogno, che rimane impregiudicata la responsabilità civile delle filiazioni e dei partner commerciali diretti e indiretti nella catena di attività delle società sottoposte al suo regime⁴⁴. Come si vedrà nel prosieguo, ove il danno si sia verificato in territorio *extra*-europeo ad opera di dette filiazioni o partner commerciali (costituiti in conformità alla normativa di uno Stato terzo e non destinatari degli obblighi di cui alla Direttiva), la responsabilità civile andrà fatta valere secondo la *lex loci damni*⁴⁵.

Procedimenti civili di risarcimento dei danni causati da società *extra*-europee destinarie della Direttiva ovvero da filiazioni o partner commerciali di società destinarie della Direttiva incorporati in Stati terzi rischiano, quindi, di avere esiti molto diversi a

³⁹ CSDDD, art. 12.

⁴⁰ *Ivi*, art. 2, par. 6. Fatti sempre salvi gli obblighi contrattuali di cui agli artt. 10, par. 2, lett. b), 11, par. 3, lett. c), 10, par. 4 e 11, par. 5 della Direttiva.

⁴¹ *Ivi*, art. 2, par. 7.

⁴² Secondo il principio della responsabilità condivisa di cui ai considerando 46 e 54 della Direttiva.

⁴³ *Ivi*, art. 29, par. 5.

⁴⁴ *Ivi*, art. 29, par. 5 e considerando 87.

⁴⁵ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), art. 4.

seconda delle regole che presiedono all'individuazione del foro competente o alla legge applicabile.

Come noto, ostacoli all'accesso alla giustizia per lamentare abusi da parte di società possono sorgere sia da questioni legate alla giurisdizione – essendo verosimile che il giudice competente a dirimere la controversia per il risarcimento dei danni sia quello del foro della società *extra*-europea convenuta – che alla legge applicabile alla controversia, da individuare avendo riguardo alle norme di diritto internazionale privato dello Stato del foro o vincolanti lo stesso in forza di accordi internazionali⁴⁶.

Di queste problematiche la Direttiva non si fa che solo parzialmente carico, come si illustrerà di seguito.

3.1. La competenza giurisdizionale

La prima questione da affrontare attiene all'individuazione del foro dove le vittime di violazioni dei diritti umani e dell'ambiente poste in essere da società di Stati terzi possano agire in giudizio⁴⁷. Dette persone, fisiche o giuridiche, potrebbero voler instaurare un procedimento avverso società di Stati terzi non domiciliate in uno Stato membro dinanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, e segnatamente dinanzi al foro della società madre o leader di un gruppo su cui grava l'obbligo di diligenza e vigilanza, riponendo fiducia nell'ordinamento giuridico di tale Stato. Tuttavia, per le ragioni che si esporranno, in forza delle norme di diritto internazionale privato e processuale degli Stati membri⁴⁸, la competenza giurisdizionale potrebbe non appartenere ad un giudice di uno Stato membro, ma a quello di uno Stato terzo il cui ordinamento giuridico potrebbe presentare carenze (ad esempio, in tema di indipendenza della magistratura o di corruzione).

La Direttiva non affronta questioni atinenti alla giurisdizione, che sono disciplinate da un altro strumento dell'Unione, salva la necessità di applicare, per convenuti domiciliati in Stati terzi, le norme nazionali ovvero, ove esistenti, gli strumenti internazionali in materia di riparto giurisdizionale.

⁴⁶ Sul rapporto tra diritti umani e diritto internazionale privato si veda: Institute of International Law, *Human Rights and Private International Law*, 4 RES EN del 4 settembre 2021; J.J. FAWCETT, M. SHÚILLEABHÁIN, S. SHAH (eds), *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016; J.J. ALVAREZ RUBIO, K. YIANNIBAS (eds), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, London-New York, 2017; G. VAN CALSTER, *Environmental Law and Private International Law*, in E. LEES, J. E. VIÑUALES (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford, 2019, p. 1139 ss.

⁴⁷ O. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability*, cit., v. in particolare pp. 9-10 dove l'autore spiega la distinzione tra *adjudicative extraterritorial jurisdiction* e *prescriptive extraterritorial jurisdiction*.

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 6, par. 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale: «Se il convenuto non è domiciliato in uno Stato membro, la competenza delle autorità giurisdizionali di ciascuno Stato membro è disciplinata dalla legge di tale Stato».

Se la società convenuta è domiciliata in uno Stato membro, si applica la disciplina dettata dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Regolamento Bruxelles I-*bis*. L'art. 4 di detto Regolamento detta la regola generale del foro dello Stato membro dove è domiciliato il convenuto (*forum rei*), laddove per domicilio di una società si intende il luogo in cui essa ha la sua sede statutaria, l'amministrazione centrale oppure il suo centro d'attività principale⁴⁹.

Nel caso di illeciti civili dolosi o colposi vige la regola della competenza dell'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire (*forum loci damni*)⁵⁰ per cui una società domiciliata in uno Stato membro ben potrebbe essere convenuta in un altro Stato membro.

In materia ambientale, tale disposizione è stata interpretata⁵¹ nel senso di consentire alle vittime di intentare la causa nel luogo in cui si è verificato il danno o in cui sono state svolte le attività dannose (*forum commissi delicti*), così da dare alla vittima una scelta più ampia tra i fori in cui poter agire avverso l'impresa asseritamente responsabile dell'impatto ambientale negativo.

Se la società convenuta non è, invece, domiciliata in uno Stato membro, la competenza giurisdizionale degli Stati membri deve essere determinata secondo le norme interne di diritto internazionale privato degli stessi⁵² o, ove possibile, secondo quelle degli strumenti internazionali vigenti in materia⁵³.

Applicando le norme di diritto internazionale privato degli Stati membri ovvero le norme dettate da strumenti internazionali vincolanti per gli stessi, potrebbe non sussistere un titolo di giurisdizione in favore di un giudice di uno Stato membro e dunque l'autorità giurisdizionale competente a dirimere una controversia avverso una società non domiciliata in uno Stato membro ben potrebbe essere quella di uno Stato terzo, ad esempio quella del luogo in cui il danno si è verificato, con la conseguenza che le vittime potrebbero incontrare difficoltà ad accedere a rimedi effettivi dovute alle carenze dell'ordinamento giuridico in cui la controversia deve essere incardinata.

È stato sottolineato come questo si ponga in contrasto con la portata extraterritoriale dell'obbligo di riparazione che grava sulle società destinatarie degli obblighi imposti dalla Direttiva, *in primis*, le società *extra-europee* operanti nel mercato interno⁵⁴. Quest'ultime,

⁴⁹ *Ivi*, art. 63, par. 1, salvo i casi particolari disciplinati dal medesimo articolo.

⁵⁰ Cfr. Regolamento Bruxelles I-*bis*, cit., art. 7, par. 2.

⁵¹ Cfr. CGUE, sentenza del 30 novembre 1976, C-21/76, *Handelskeverkerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace S.A.*

⁵² Regolamento Bruxelles I-*bis*, cit., art. 6, par. 1.

⁵³ Cfr., ad esempio, Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 2007, c.d. Convenzione di Lugano 2007.

⁵⁴ N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese*, cit., p. 664.

infatti, potrebbero dover essere citate in giudizio dinanzi ad autorità giurisdizionali di fori diversi da quelli degli Stati membri dell'Unione, come quelle del foro del loro domicilio. Ciò che, *a fortiori*, sarebbe vero nel caso di impatti negativi sui diritti umani causati da filiazioni o partner commerciali stranieri di tali società *extra*-europee.

Del pari, si ritiene che detta incoerenza riguardi anche le ipotesi in cui la violazione dei diritti umani o degli obblighi ambientali sia stata commessa da filiazioni o partner commerciali di società madri o leader europee destinatarie della Direttiva laddove dette filiazioni o partner siano domiciliati in Stati terzi ovvero l'evento dannoso sia avvenuto al di fuori dell'Unione. Anche in tali ipotesi, la competenza giurisdizionale potrebbe ben spettare ai giudici di Stati terzi, non essendo sufficiente il collegamento con la società madre o leader a radicare la competenza giurisdizionale dei giudici dell'Unione, con le conseguenze sopra esposte.

3.2. Il diritto applicabile alla controversia

La seconda questione rilevante ai fini della presente indagine attiene all'individuazione del diritto applicabile alle controversie transfrontaliere riguardanti violazioni del dovere di diligenza imputabili alle società destinatarie della Direttiva ovvero degli obblighi in materia di sostenibilità attribuibili alle loro filiazioni o partner commerciali.

Le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti in materia di obblighi di diligenza delle imprese possono risultare in una compressione del diritto alla riparazione delle vittime di violazioni dei diritti umani e dell'ambiente, oltre ad incidere sulla leale concorrenza tra le imprese quando solo alcune sono chiamate a sopportare i relativi costi.

In particolare, se l'impatto negativo sui diritti umani si verificasse in uno Stato terzo ad opera di una filiazione di una società destinataria della Direttiva ovvero di un suo partner commerciale – laddove la competenza giurisdizionale si radicasse in tale Stato – e le norme di diritto internazionale privato vigenti in tale Stato rimandassero all'ordinamento dello stesso ovvero a quello di altro Stato terzo, la controversia dovrebbe essere decisa sulla base delle norme sostanziali in tema di diligenza aziendale e degli standard di sostenibilità vigenti in uno Stato non membro, i quali potrebbero essere carenti, così ledendo il diritto della vittima ad esercitare l'azione civile e, in definitiva, quello alla riparazione.

In tali circostanze, occorrerà caso per caso verificare se la vittima abbia la possibilità di invocare la legge di uno Stato membro dell'Unione quale legge applicabile alla controversia in modo da avere maggiori *chances* di ottenere un risarcimento per il danno subito.

Ai sensi del Regolamento (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, c.d. Regolamento Roma II⁵⁵ – applicabile solo se la competenza giurisdizionale appartiene ad uno Stato membro –, la legge applicabile alle obbligazioni

⁵⁵ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»).

derivanti da illeciti (come quelli che per lo più deriverebbero dalla violazione degli obblighi di diligenza e vigilanza) è quella del paese in cui il danno si è verificato, a prescindere da dove si siano verificati gli eventi che hanno dato luogo al danno o da dove si siano avveritate le conseguenze indirette di tali eventi⁵⁶.

Ne consegue che, nei casi in cui il danno si verifica in uno Stato terzo con bassi standard di tutela dei diritti umani – laddove la competenza giurisdizionale si radicasse in tale Stato terzo –, il diritto applicabile alla controversia non sarebbe quello della società madre, ma quello della filiazione o del partner commerciale, a meno di non fornire la prova che l'illecito sia manifestamente più strettamente connesso allo Stato di nazionalità della società madre⁵⁷, oppure che il diritto internazionale privato dello Stato dove il danno si è verificato stabilisca diversamente.

Nelle ipotesi di danni ambientali transfrontalieri, l'art. 7 del Regolamento Roma II prevede un'eccezione alla regola su esposta. Segnatamente, consente all'attore di scegliere tra il diritto dello Stato in cui il danno si è verificato e quello dello Stato in cui gli eventi che hanno dato luogo al danno si sono verificati. Sulla scorta di una recente giurisprudenza⁵⁸, parte della dottrina ritiene che, nelle ipotesi oggetto di analisi, potrebbe essere considerato quale luogo degli eventi generatori del danno quello dello Stato membro di incorporazione della società madre o leader venuta meno agli obblighi di diligenza⁵⁹.

Un vuoto di tutela rimarrebbe in ogni caso nelle ipotesi di violazioni del dovere di diligenza in relazione ad impatti negativi sui diritti umani. Di questo problema la Direttiva non si fa carico.

L'unica disposizione di diritto internazionale privato contenuta nella Direttiva, l'art. 29, par. 7, stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere a che: «le disposizioni di diritto nazionale che recepiscono il *presente articolo* siano di applicazione necessaria nei casi in cui il diritto applicabile in tal senso non sia il diritto nazionale di uno Stato membro»⁶⁰. Sembra a chi scrive che l'interpretazione letterale della norma deponga nel senso di ritenere che solo le disposizioni di diritto nazionale che recepiscono il regime di responsabilità civile previsto dall'art. 29 della Direttiva siano di applicazione necessaria e non il complesso delle disposizioni in materia di *due diligence* di cui alla stessa⁶¹.

Il regime di responsabilità civile di cui all'art. 29 citato prevede una serie di tutele di carattere procedurale afferenti ai termini di prescrizione e alla loro decorrenza, alle spese

⁵⁶ *Ivi*, art. 4, par. 1.

⁵⁷ *Ivi*, art. 4, par. 3.

⁵⁸ Corte distrettuale dell'Aia, sentenza del 26 maggio 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, *Vereniging Milieudefensie et al v Royal Dutch Shell Plc*.

⁵⁹ O. BOSKOVIC, *Extraterritoriality and the Proposed Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, cit., p. 128; A. BONFANTI, *Catene Globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato*, cit., p. 307.

⁶⁰ Art. 29, par. 7, (corsivo aggiunto). Vedi anche CSDDD, considerando 90.

⁶¹ *Contra*, v. A. BONFANTI, *Catene Globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato*, cit., pp. 320-321.

processuali, alla possibilità di chiedere provvedimenti inibitori, alla rappresentanza in giudizio e alle prove⁶² che vanno nel senso di recepire le critiche mosse avverso la versione originaria della disposizione in commento (*ex art. 22*), che nulla prescriveva al riguardo.

L'adozione della Direttiva, dunque, rafforza la tutela delle vittime di danni causati dal mancato rispetto di obblighi di *due diligence* e sostenibilità e, nondimeno, non è sufficiente a garantire che possano godere del diritto al risarcimento del danno qualora il diritto applicabile alla controversia sia quello di uno Stato terzo che nulla prevede al riguardo. Come detto, infatti, la Direttiva si limita a imporre l'applicazione necessaria del solo regime di responsabilità civile ivi delineato, come trasposto dagli Stati membri, allorché la legge applicabile alla controversia non sia quella di uno Stato membro. In altre parole, solo il regime di responsabilità civile e non tutte le disposizioni della Direttiva prevalgono sulla legge applicabile alla controversia in base alle norme di diritto internazionale privato applicabili.

4. Le recenti proposte di modifica della Direttiva

Come accennato in premessa, lo scorso 26 febbraio 2025, la Commissione ha adottato un pacchetto di proposte (c.d. Pacchetto *Omnibus*) volto, tra l'altro, a rivedere gli obblighi di sostenibilità delle imprese sotto diversi profili. Mirerebbero, dette proposte, a semplificare le norme dell'UE sulla sostenibilità, a ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla loro attuazione, soprattutto per le PMI, a rafforzare la competitività delle aziende europee e a potenziarne la capacità di investimento⁶³.

Non è possibile in questa sede dare conto delle diverse e incisive modifiche ivi contenute⁶⁴, alcune fortemente avversate⁶⁵. Per quanto qui d'interesse, occorre soffermarsi sulla proposta di eliminare l'obbligo per gli Stati membri di prevedere un regime di

⁶² *Ivi*, art. 29, par. 3. A. ZIMMERMANN, *Access to Supply Chain Justice? Some procedural spotlights on Art. 29 para. 3 CSDDD*, in *Verfassungsblog*, 27 maggio 2024; E. SILVA DE FREITAS, X. KRAMER, *The Corporate Sustainability Due Diligence Directive: PIL and Litigation Aspects*, in *Conflict of Laws.net*, 20 maggio 2024.

⁶³ Si veda, al riguardo, Commissione europea, comunicato stampa, *La Commissione semplifica le norme sulla sostenibilità e sugli investimenti dell'UE e riduce le spese amministrative delle imprese di oltre 6 miliardi di €*, 26 febbraio 2025, disponibile su: www.ec.europa.eu.

⁶⁴ Il Pacchetto comprende, tra le altre, la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 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, COM(2025)80 final. In particolare, l'art. 2 di detta proposta intende modificare l'art. 37 della CSDDD al fine di posticiparne di un anno il recepimento da parte degli Stati membri, da luglio 2026 a luglio 2027. Propone altresì di posticipare di un anno, da luglio 2027 a luglio 2028, la data di applicazione della Direttiva da parte della c.d. prima ondata di società chiamate ad attuarla.

⁶⁵ Per i primi commenti (negativi) alla proposta si veda: OHCHR, *Commentary on the Omnibus Proposal. EU proposal risks backsliding on historic Corporate Sustainability Directive*, Maggio 2025, in particolare pp. 4-5; S. RAVAL, J. BÄUMLER, *Left Behind. How the Omnibus Package Fails Vulnerable Workers from Informal Economies*, in *Verfassungsblog*, 18 marzo 2025.

responsabilità civile per il risarcimento dei danni causati dalla violazione degli obblighi aziendali di *due diligence* derivanti dalla Direttiva⁶⁶. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una delle maggiori criticità che questo pacchetto di riforme solleva.

Benché non venga incisa dalla proposta di modifica la previsione relativa all'obbligo degli Stati membri di provvedere affinché le società che abbiano causato un impatto negativo su ambiente e diritti umani forniscano una riparazione⁶⁷, nell'ipotesi (non remota) di mancato spontaneo adempimento, l'assenza di uno specifico regime di responsabilità civile rischia di privare di effettività detto obbligo di riparazione.

La proposta di modifica, inoltre, intende cancellare la disposizione relativa alla rappresentanza in giudizio, in forza della quale gli Stati membri avrebbero l'obbligo di consentire alle vittime di essere rappresentate nei giudizi per il risarcimento dei danni patiti per violazioni degli obblighi di *due diligence* da sindacati, organizzazioni non governative e istituzioni nazionali per i diritti umani⁶⁸. Superfluo ricordare la posizione di sostanziale asimmetria esistente tra le vittime di violazioni dei diritti e dell'ambiente e le grandi società a cui la Direttiva si rivolge. Asimmetria cui la disposizione in esame cerca di rimediare autorizzando attori più forti e organizzati a stare in giudizio per conto delle vittime⁶⁹, e in assenza della quale le barriere all'accesso alla giustizia rischiano di diventare insormontabili.

Infine, la proposta di modifica della CSDDD intende eliminare anche l'unica disposizione di diritto internazionale privato contenuta nella Direttiva, ovvero l'art. 29, par. 7⁷⁰. Se accolta, non sarebbe più imposta l'applicazione necessaria del regime di responsabilità civile previsto dalla Direttiva nei casi in cui il diritto applicabile alle azioni di responsabilità civile non fosse il diritto nazionale di uno Stato membro.

In conclusione, ove adottata⁷¹, la proposta di modifica della Direttiva contribuirebbe a schermare le società oggetto della Direttiva dagli obblighi di risarcimento dei danni causati da violazioni dei doveri aziendali di *due diligence*, andando nel senso contrario rispetto alla declamata finalità di offrire maggior tutela alle vittime di violazioni dei diritti umani e dell'ambiente.

⁶⁶ COM(2025)81 final, cit., art. 4, par. 12, lett. a).

⁶⁷ CSDDD, cit., art. 12.

⁶⁸ CSDDD, cit., art. 29, par. 3, lett. d). COM(2025)81 final, cit., art. 4, par. 12, lett. c).

⁶⁹ Uno dei modi recentemente utilizzati per correggere tale asimmetria è la c.d. *strategic litigation*, su cui si veda, tra i molti, D.H.C. BURKHARD HESS, *Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution*, in *Max Planck Institute Luxembourg Research Paper Series*, 12 maggio 2022.

⁷⁰ Cfr. COM(2025)81 final, cit., art. 4, par. 12, lett. f).

⁷¹ La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 e (UE) 2024/1760 per quanto riguarda taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità è stata sottoposta all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio per la sua considerazione e eventuale adozione.

5. Osservazioni conclusive

Tragedie quali quella del Rana Plaza hanno provato l'esigenza di imporre obblighi di diligenza e vigilanza in capo alle società al fine di tutelare i diritti umani e l'ambiente da attività economiche condotte irresponsabilmente. La Direttiva, tentando di muovere dei passi importanti in questa direzione, rappresenta un'iniziativa lodevole.

Tuttavia, mentre l'obbligo di riparazione per violazioni dei doveri di diligenza e vigilanza di cui alla Direttiva grava su tutte le società destinatarie della stessa, alcune limitazioni alla portata extraterritoriale del regime di responsabilità civile ivi delineato rischiano di inficiarne l'effettività.

In particolare, nessuna disposizione della Direttiva si occupa di questioni attinenti all'individuazione del foro competente a conoscere delle controversie relative alla violazione degli obblighi di diligenza, con la conseguenza che le norme di diritto internazionale privato applicabili caso per caso ben potrebbero determinare la competenza giurisdizionale di tribunali *extra*-europei.

Del pari, la Direttiva non si occupa di indicare la legge applicabile alle controversie derivanti dalla violazione degli obblighi di diligenza e sostenibilità, che, ancora una volta, potrebbe essere una legge *extra*-europea. Ebbene, l'ordinamento dello Stato terzo competente ai sensi delle norme di diritto internazionale privato applicabili potrebbe non prevedere obblighi di diligenza e sostenibilità in capo alle società, con vanificazione degli effetti della Direttiva.

In loro assenza, infatti, sarebbe difficile attribuire la responsabilità per fatto illecito alle società, sicché verrebbe svuotata anche l'unica disposizione di diritto internazionale privato della Direttiva, ovvero l'art. 29, par. 7, secondo cui il regime di responsabilità civile ivi delineato è di applicazione necessaria.

In sintesi, l'analisi condotta mostra come, in ultima istanza, ai sensi della Direttiva, rischiano di rimanere civilmente obbligate a risarcire i danni per la violazione degli obblighi di diligenza solo le società europee destinatarie degli obblighi di cui alla Direttiva per eventi lesivi verificatisi in uno Stato membro, mentre l'interposizione soggettiva potrebbe continuare a schermare sia dette società per le violazioni commesse da filiazioni e partner commerciali di Stati terzi⁷², sia le società *extra*-europee destinatarie della Direttiva e le

⁷² Questa conclusione – che muove dalla premessa per cui, ai sensi dell'art. 29.7 della Direttiva, le norme di applicazione necessaria sono solo quelle riguardanti la responsabilità civile delle società ai sensi del medesimo art. 29 e non tutti gli obblighi di diligenza attribuiti alle imprese dalla Direttiva – si riferisce solo alla portata *extra*-UE dell'obbligo di riparazione derivante dalla Direttiva. Ciò che lascia impregiudicato il regime di responsabilità civile più favorevole alle vittime di violazioni dei diritti umani commessi al di fuori della giurisdizione dell'Unione di alcuni Stati membri. Al riguardo, giova senz'altro ricordare le citate pronunce dei tribunali europei che hanno condannato società europee per le violazioni delle società controllate straniere. Trattasi, tuttavia, di una giurisprudenza che non si è ancora estesa ai partner commerciali stranieri quando il diritto applicabile alle obbligazioni extracontrattuali è quello di uno Stato terzo. Tale estensione, ad avviso di chi scrive, non trova grande

SEZIONE II – TUTELA DELL’AMBIENTE E SVILUPPO SOSTENIBILE

proprie filiazioni e partner commerciali, con conseguente frustrazione dei fini di sostenibilità che la Direttiva si propone di perseguire. Frustrazione che si renderebbe ancor più marcata ove venisse adottata la recente proposta di modifica della CSDDD volta, tra l’altro, a cancellare il riferimento all’obbligo degli Stati membri di prevedere un regime di responsabilità civile per il risarcimento dei danni causati dall’inosservanza degli obblighi aziendali di *due diligence*.

sostegno nella Direttiva, proprio in ragione del fatto che i nuovi obblighi di diligenza di cui alla medesima non sono di applicazione necessaria.

SEZIONE III

Gender Rights: Questioni di metodo e di merito

Abituarsi ad altro (e all'altro): i diritti umani e il metodo queer femminista

GIOVANNA GILLERI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le domande del giusfemminismo. – 3. Dalle prospettive giusfemministe a quelle giusqueerfemministe. – 4. Un metodo per i diritti umani di tutti. – 5. Un'alleanza metodologica. – 6. Conclusione.

ABSTRACT: Gli studi giusfemministi hanno da tempo identificato alcuni degli effetti esclusivi derivanti dall'architettura patriarcale delle norme internazionali in generale e dei diritti umani in particolare. Questo contributo dimostra in quale misura il genere come categoria analitica costituisce un valido mezzo di comprensione ed interpretazione delle fonti dei diritti umani. Prendendo le mosse dai benefici ermeneutici derivanti dall'applicazione della teoria giusfemminista ai diritti umani, il presente studio descrive la sinergia tra le teorie femministe e quelle *queer* come un'alleanza metodologica, il 'giusqueerfemminismo', che mira a rendere visibili ai diritti umani tutti quei soggetti che la norma dominante relega alle periferie esistenziali in virtù del loro genere o della loro sessualità. Il giusqueerfemminismo si fonda sul dialogo tra diritto e discipline 'altre', quali l'antropologia, la filosofia politica, la letteratura, la psicoanalisi, la linguistica, la storia, la sociologia. Esso si presenta, inoltre, come uno strumento particolarmente vicino alle sensibilità proprie e i fattori costitutivi del regime dei diritti umani. Il punto di condivisione tra il metodo ed i diritti umani è, infatti, l'idea dell'individuo come soggetto libero di vivere gli spazi ed affermarsi nella propria identità secondo i propri desideri, necessità, attitudini ed attributi nel corso della sua esistenza. Pur sussistendo alcune tensioni interne, derivanti dalla molteplicità di declinazioni tanto delle teorie *queer* quanto di quelle femministe, il giusqueerfemminismo si dimostra essere un dispositivo particolarmente efficace a

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, The Laboratory on Quantitative Sustainability, Istituto Nazionale di Oceanografia e di Geofisica Sperimentale, ggilleri@ogs.it. L'autrice ringrazia il comitato organizzatore, le partecipanti ed il partecipante al workshop 'Approcci femministi ai diritti umani', Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo (5-6 dicembre 2024) per gli innumerevoli spunti d'ispirazione e l'energia condivisa per l'affermazione scientifica del metodo giusqueerfemminista in Italia. Lo stimolo per le mie riflessioni deriva anche in parte dalla delicata e rispettosa provocazione di Pasquale De Sena sull'effettivo apporto scientifico dei metodi femministi da lui resa in apertura dei lavori del workshop. Sono grata a Carmelo Danisi, Marta Infantino e Giuseppe Pascale per i commenti alle precedenti versioni di questo contributo. Il presente articolo si inserisce all'interno del progetto di ricerca interdisciplinare 'Diritti e pregiudizi: implicazioni linguistiche e giuridiche dei discorsi di genere in contesti giudiziari (GenDJus)' [P2022FNH9B] finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca (MUR) e dall'Unione europea (programma di finanziamento Next Generation EU/PNRR).

destrutturare le norme internazionali dei diritti umani a beneficio di tutti i soggetti di genere.

PAROLE CHIAVE: diritti umani – sesso – genere – metodi giuridici critici – femminismo – teoria queer.

1. Introduzione

Tutte le rivoluzioni intellettuali richiedono tempo. Alcune rivoluzioni sorgono da movimenti in controtendenza rispetto alle visioni dominanti e contro lo *status quo*. Altre ancora originano da iniziative interne alle istituzioni stesse, pur incontrando resistenze¹. Il 5-6 dicembre 2024 si è tenuto quello che forse, tra una decade, potrebbe essere ricordato come uno dei rari passi verso la svolta *queer* femminista della ricerca accademica italiana. Si tratta del workshop *Approcci femministi ai diritti umani* presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, che ha segnato un momento cruciale per la metodologia giuridica internazionalistica all'interno dell'accademia italiana. Un gruppo entusiasta di quattro ricercatrici e due ricercatori² ha riunito quindici esperte e due esperti che studiano l'intersezione tra il genere ed i diritti umani sotto differenti punti di vista³. Pur nella varietà delle questioni indagate e degli approcci adottati, gli interventi hanno tutti manifestato una duplice necessità epistemologica e metodologica: dimostrare che 'diritti umani e genere' è un'area di conoscenza che richiede (i) uno studio meticoloso e, di conseguenza, (ii) metodi di indagine che affianchino alla lettura positivista del diritto l'esame del contesto in cui il diritto nasce, si applica e viene interpretato, guardando anche agli interessi, ai valori e alle concezioni socio-culturali ad esso sottesi.

Sull'onda dell'iniziativa palermitana e nell'attesa che il futuro si formi dando torto o ragione alle previsioni di chi scrive, questo articolo si sofferma su un'urgenza scientifica: chiarire in quale misura il genere come categoria analitica possa costituire un valido mezzo di comprensione ed interpretazione delle fonti e delle prassi dei diritti umani. Questo contributo appartiene alla più ampia tradizione giuridica di applicazione del metodo femminista al diritto, pertanto detta 'giusfemminista'⁴. Il giusfemminismo come impegno

¹ T. CASADEI, O. GIOLO, S. POZZOLO, L. RE, *Introduzione. Dalla istituzionalizzazione della critica di genere alla costruzione di una società inclusiva: questioni e sfide per la filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2022, p. 289 ss.

² Ludovica Bargellini, Sara Boicelli, Giada Cascio, Francesco Giacalone, Giorgia Pane, Tamara Roma e Flavio Scuderi di Miceli.

³ Francesca Barbino, Serena Baroni, Ilaria Boiano, Linda Brancaleone, Emma Capulli, Sara Dal Monico, Anna De Giuli, Sara De Vido, Martina Fancicani, Serena Marcenò, Mattia Mogetti, Maria Pascariello, Lucia Re, Aldo Schiavello, Enzamaría Tramontana, Germana Vinciguerra e la sottoscritta. Il gruppo includeva anche alcune rappresentati di organizzazioni non governative attive nel campo della giustizia riproduttiva, Eleonora Mizzoni e Bianca Monteleone.

⁴ Per una genesi del giusfemminismo, L. RE, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 179 ss.; L. BRANCALEONE,

teorico sorge dall'esigenza pratica delle donne di criticare e superare la tradizionale concezione del diritto come strumento di dominio patriarcale⁵. Il diritto è, agli occhi del pensiero femminista, un dispositivo di potere che, celandosi dietro ad una supposta neutralità, si rende complice della subordinazione delle soggettività femminili⁶.

Tuttavia, ogni definizione porta con sé una semplificazione – in questo caso, il rischio è quello di raggruppare sotto ad un unico obiettivo metodologico una molteplicità di modalità di 'fare' il femminismo nel e con il diritto. Di fatto, con il termine 'giusfemminismo' ci si riferisce ad un quadro pieno di sfumature che, come tutte le pratiche di critica collettiva, si nutre delle sue stesse tensioni interne⁷. Di conseguenza, come spiegato nella prossima sezione, gli sviluppi del giusfemminismo sono (stati) variegatissimi, in termini di approcci, enfasi ed obiettivi⁸, avendo essi preso direzioni diverse, in qualche caso addirittura opposte tra loro⁹.

Volgendo lo sguardo ai diritti umani, altre colleghe hanno intrapreso imprese simili a quella di chi scrive – perché non esiste rivoluzione solitaria –, dedicandosi primariamente a spiegare la posizione delle donne nel discorso giuridico globale¹⁰. Nel corso dell'ultimo

Notarelle sul femminismo giuridico. Un percorso filosofico, in *Nomos*, 2023, p. 2 ss. Per una genesi dei diritti delle donne in relazione all'evoluzione dei diritti dell'uomo, A. FACCHI, O. GIOLO, *Una storia dei diritti delle donne*, Bologna, 2023. Per una valutazione degli effetti dell'impatto degli studi di genere sul diritto: D. MORONDO TARAMUNDI, *Il contributo degli studi di genere al diritto. Orizzontale, obliquo o tangenziale?*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2022, p. 305 ss.

⁵ M.H. KRAMER, *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism*, Lanham, 1995; P. SMITH, *Feminist Jurisprudence*, in D. PATTERSON (a cura di), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, 1996, p. 290 ss.; O. GIOLO, *Il giusfemminismo e il dilemma del confronto tra le culture*, in T. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, p. 41 ss.; S. POZZOLO, *Lo sguardo neutrale del diritto e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione*, in *Ragion pratica*, 2017, p. 575 ss.

⁶ L. GIANFORMAGGIO, *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995, p. 167 ss.

⁷ A. FACCHI, *Il pensiero femminista, sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in G. ZANETTI (a cura di) *Filosofi del diritto contemporaneo*, Milano, 1999, p. 151 ss.; N. STAMILE, *Appunti su femminismo e teoria del diritto. Una rassegna*, in *Ordines*, 2016, p. 310 ss.; C. GRANT BOWMAN, E. M. SCHNEIDER, *Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking and the Legal Profession*, in *Fordham Law Review*, 1998, p. 249 ss.; A. VARCÁREL, *Sexo y filosofía*, Barcelona, 1991; W. KYMLICKA, *Introduzione alla filosofia politica contemporanea*, Milano, 2000, p. 262 ss.

⁸ M. A. FINEMAN, *Feminist Legal Theory*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2005, p. 13 ss.

⁹ La letteratura è sterminata. V., *inter alia*, R. WEST, C. GRANT BOWMAN (a cura di), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Cheltenham, 2019; N. STAMILE, *Appunti su femminismo e teoria del diritto. Una rassegna*, in *Ordines*, 2016, p. 302 ss.; A. SIMONE, I. BOIANO, A. CONDELLO (a cura di), *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Milano, 2019; A. DI MARTINO, E. OVITO (a cura di), *Generazioni dei diritti fondamentali e soggettività femminile*, Napoli, 2022.

¹⁰ *Inter alia*, H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, in *American Journal of International Law*, 1991, p. 613 ss. e, delle stesse autrici, *Feminist Approaches to International Law: Reflections from Another Century*, in D. BUSS, A. MANJI (a cura di), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford, 2005; N. NAFFINE, R. OWENS (a cura di), *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, 1997; C. A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge MA, 1991; C. SMART, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social and Legal Studies*, 1992, p. 29 ss.; K. BARTLETT, *Feminist Legal Methods*, in *Harvard Law Review*, 1990, p. 829 ss.; G. HEATHCOTE, *Feminist Dialogues on International*

decennio, tali indagini si sono, infatti, occupate di svelare gli effetti escludenti e i limiti derivanti dall'architettura patriarcale delle norme internazionali in generale e dei diritti umani in particolare. Spesso questi effetti e limiti si materializzano nei silenzi dei trattati, delle convenzioni o, ancora, dal *soft law*, che si fanno specchio e veicolo delle interpretazioni dominanti¹¹. Questi silenzi riguardano ciò che i diritti umani non dicono e, quindi, determinano chi resta fuori dalla portata delle protezioni – altre donne, altri uomini, *altri*¹².

‘Altri’: perché introdurre un *tertium* tra la femminilità e la mascolinità nel diritto? Pur prendendo le mosse dalla soggettività femminile, come necessaria eredità epistemologica, il discorso giusfemminista contemporaneo affrontato in questo articolo si concentra sulle donne insieme a tutte quelle soggettività di genere (terze, quarte, quinte, infinite) che sono agite dalle narrazioni egemoniche dei diritti umani. Ne consegue che il metodo applicato al diritto di seguito discusso è tanto femminista quanto *queer*, o, per gli acrobati del lessico, ‘giusqueerfemminista’. Quest’ultimo è il discorso *queer* e femminista al diritto. Si tratta di una specificazione del metodo che si abbraccia in questo contributo, che rappresenta una delle possibilità metodologiche connesse al modo di applicare la teoria *queer* ai diritti umani. Tale specificazione enfatizza la connotazione femminista dell’approccio *queer* qui descritto. Per questo motivo, nel corso di questo contributo, potrebbe capitare di incontrare riferimenti semplicemente *queer*, invece che giusqueerfemministi, che saranno da interpretarsi, comunque, come (anche) femministi in natura. Cosa significa, quindi, *queer*?

Queer è un termine inglese derivato dal tedesco *quer* (‘trasversale’, ‘obliquo’), a sua volta avente origine dal latino *torqueo* (‘torcere’, ‘piegare’). *Queer* significa, quindi, ‘disallineato’, ‘storto’, ‘strano’ e, in quanto tale, si contrappone a *straight*, ‘dritto’ e, quindi, metaforicamente, ‘eterosessuale’¹³. *Queer* si riferisce, di conseguenza, alla deviazione dalla norma(lità)¹⁴ e, in quanto tale, originariamente costituiva un insulto di cui il movimento *queer* si appropriò a partire dagli anni ’90 in chiave di rivendicazione della propria posizione periferica nella società¹⁵.

Law: Successes, Tensions, Futures, Oxford, 2019; S. CUSACK, R. COOK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2011.

¹¹ G. GILLERI, *Il genere nei diritti umani: Narrazioni e contronarrazioni*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2023, p. 529 ss.

¹² W. O'BRIEN, *Can International Human Rights Law Accommodate Bodily Diversity?*, in *Human Rights Law Review*, 2015, p. 2 ss.; D. OTTO, *International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism and Asymmetry*, in M. DAVIES, V. MUNRO (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham, 2013, p. 208 ss.

¹³ L. BERNINI, *Le teorie queer: Un'introduzione*, Milano, 2017, p. 118 ss.

¹⁴ J. BUTLER, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'*, London-New York, 1993, p. 130; B. FERNANDEZ, *Queer Border Crossers: Pragmatic Complicities, Indiscretions and Subversions*, in D. OTTO (a cura di), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, London-New York, 2018, p. 194 ss.

¹⁵ Un prodotto del movimento fu, per esempio, il *Queer Nation Manifesto*, il cui testo fu originariamente distribuito dai partecipanti che manifestavano con il gruppo di ACT UP nella parata del New York

Al centro della tecnica d'indagine *queer* vi è la concezione delle identità come instabili, fluide, sempre soggette a continua rinegoziazione. La teoria *queer* interroga, infatti, i sistemi sociali, tra cui il diritto, in quanto silenziatori di specifiche soggettività sulla base, per esempio, del loro genere, del loro orientamento sessuale, della loro identità di genere e/o delle loro caratteristiche di sesso¹⁶.

Si comprenderà meglio l'utilità dell'abbracciare la teoria giusqueerfemminista nei confronti della pluralità di soggetti di genere nelle prossime pagine. Dopo questa introduzione, infatti, le successive pagine esploreranno l'oggetto di studio del metodo giusqueerfemminista, soffermandosi anzitutto sulle domande fondamentali affrontate dalla componente del metodo femminista (paragrafo 2) e da quella *queer* (paragrafo 3). Si spiegherà, poi, come opera il metodo giusqueerfemminista (paragrafo 4), specialmente alla luce della sua duplice anima, che è motivo di alleanza tra prospettive, ma anche di possibili tensioni metodologiche (paragrafo 5). Si potrà così concludere dimostrando come un metodo sorto in principio per tutelare uno specifico gruppo (donne) e delle specifiche minoranze sessuali¹⁷ (gay, lesbiche, trans¹⁸, intersex, asessuali) possa oggi aiutare a rintracciare le ombre nelle norme, contribuendo a costruire un diritto internazionale dei diritti umani migliore per tutti, tutte e *tutti*.

Gay Pride Day nel 1990: *The Queer Nation Manifesto*, in *History Is a Weapon*, 1990, www.historyisaweapon.com.

¹⁶ Sebbene ci si concentri qui su teoria *queer* e diritto come indagine delle dinamiche esclusive delle norme dei diritti umani tramite la lente del genere, è necessario sottolineare che genere, sessualità e desiderio non esauriscono le possibilità applicative della stessa teoria al diritto internazionale, cioè ai tempi, agli immaginari e agli spazi in cui esso vive. I *travaux préparatoires*, la giustizia internazionale, l'ambiente, gli oceani, lo spazio cosmico e gli animali non umani: sono queste alcune delle tematiche che su cui si incentrano le discussioni contemporanee di stampo *queer* sul ruolo del potere, della normalità (come normalizzazione e normatività), della differenza e della liberazione nel diritto internazionale e, in particolare, nei diritti umani. La prima – e al momento in cui si scrive, unica – raccolta organica in questo senso è C. O'HARA, T.P. PAIGE (a cura di), *Queer Engagements with International Law: Times, Spaces, Imaginings*, New York-London, 2025.

¹⁷ Sul concetto di minoranza sessuale v. M. FOUCAULT, *Security, Territory, Population, Lectures at the Collège de France*, 1977-78, London, 2007, p. 85 ss.

¹⁸ Questo contributo utilizza la parola 'trans' per riferirsi in senso ampio a tutte quelle persone che non si identificano con il sesso attribuito alla nascita, non soddisfacendo l'aspettativa sociale della corrispondenza tra sesso e genere. Quest'ampia definizione include, pertanto, le persone transessuali che si sono già (*post-op*) o non si sono ancora (*pre-op*) sottoposte ad operazioni di modifica dei caratteri sessuali, così come quelle che non hanno intenzione di sottoporvisi. Queste ultime possono identificarsi in vario modo – ciò che le accomuna è la difformità soggettiva rispetto alle norme di genere sull'espressione e l'autoidentificazione, tra cui *gender non-binary*, *travestiti*, *cross-dresser*, *multigender*, *no gender*, *gender non-conforming* e chiunque altro trascenda le classificazioni standard binarie. Per alcuni esempi di questo approccio, con varie declinazioni, P. CURRAH, *The Transgender Rights Imaginary*, in M. FINEMAN, J.E. JACKSON, A.P. ROMERO (a cura di), *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham, 2009, p. 246 ss., n. 2; C.C. TATE, C.P. YOUSSEF, J.N. BETTERGARCIA,, *Integrating the Study of Transgender Spectrum and Cisgender Experiences of Self-Categorization from a Personality Perspective*, in *Review of General Psychology*, 2014, p. 302 ss.; J. HALBERSTAM, *Trans*: A Quick and Quirky Account of Gender Variability*, Berkeley, 2018, p. 4 ss.

2. Le domande del giusfemminismo

Il giusqueerfemminismo concerne tutti noi. Per spiegare quest'affermazione è, tuttavia, necessario retrocedere di qualche passo, fino ad arrivare al cuore del discorso *queer* femminista applicato al diritto e, in particolare, ai diritti umani. Se, da un lato, la teoria *queer* femminista problematizza il regime dei diritti umani, dall'altro lato uno sguardo attento può rilevare che essa è particolarmente adatta a farlo proprio perché condivide, almeno costitutivamente, l'essenza di quello stesso regime.

Il punto di condivisione tra il *queer* femminismo ed i diritti umani è l'idea dell'individuo come soggetto libero di vivere gli spazi ed affermarsi nella propria identità, secondo i propri desideri, necessità, attitudini ed attributi nel corso della sua intera esistenza. Ciò vale anche nei contesti in cui la concezione di diritti (e doveri) è collettiva, à la Carta di Banjul¹⁹ per intenderci: l'individuo rimane fattore fondante per l'intero impianto teorico ed interpretativo anche all'interno delle concezioni collettive dei diritti, dipendendo la sua crescita personale dalla relazionalità intersoggettiva – nei legami di famiglia, parentela, comunità e tribù.

È pur vero che libertà nel diritto non è mai incondizionata: per esempio, le fonti internazionali pongono dei limiti al godimento dei diritti, come quelle interferenze da parte degli Stati che, qualora siano ritenute proporzionate e necessarie²⁰, vengono a restringere lo spazio di espressione individuale. Il *queer* femminismo risulta utile anche nella critica della genesi di tali interferenze, nonché delle modalità con cui il test di proporzionalità per valutarne la relativa ammissibilità è attuato²¹. La psicoanalisi lacaniana, tuttavia, insegna che qualsiasi libertà soggettiva, non solo quella dell'individuo immerso nei diritti umani, è tanto ristretta dal, quanto debitrice all'Altro – il sistema simbolico costituito dal linguaggio che si materializza nei discorsi della storia, del diritto, dell'istruzione, della cultura, della famiglia e, quindi, del genere²². L'incontro con l'Altro che determina i confini delle possibilità espressive ed esistenziali è alla base della nostra esistenza come individui²³, dal momento che la funzione soggettiva della parola individuale (ciò che diciamo) dipende dalle regole del linguaggio universale (come ciò debba essere detto). In altre parole, il soggetto è limitato dal linguaggio e dalle definizioni giuridiche racchiuse nelle fonti dei diritti umani, mentre, al contempo, l'Altro universale non è in grado di assorbire l'infinità di particolarità soggettive. Questa tensione tra il soggetto e l'Altro offre al primo uno spazio di continua

¹⁹ *African Charter on Human and Peoples' Rights* del 27 giugno 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5.

²⁰ Tra gli altri, v. artt. 8, 9, 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950; art. 11 della Carta di Banjul; artt. 12, 13, 15, 16 del Patto di San José del 1969.

²¹ Ringrazio il/la reviewer anonimo/a che mi ha stimolata a sviluppare questa riflessione.

²² M. RECALCATI, *Jacques Lacan: Desiderio, godimento e soggettivazione*, Milano, 2012, pp. 68, 352.

²³ J. LACAN, *Le Séminaire. Livre V: Les Formations de l'inconscient* (a cura di J.-A. Miller), Parigi, 1998, p. 189 ss.

rinegoziazione, in cui confrontarsi per affermare la propria soggettività unica, anche in opposizione rispetto alla norma prestabilita dall'Altro²⁴.

Questa è la via breve per comprendere perché la teoria *queer* femminista applicata ai diritti umani riguarda tutti noi: perché ci offre una lente di analisi adeguata alla comprensione del posto che ciascuno di noi ha e/o dovrebbe avere nel godimento dei diritti umani. Tuttavia, pur offrendo il vantaggio della rapidità, le scorciatoie esplicative non conservano il segno e il piacere del viaggio. Preferendo quest'ultima modalità di narrazione, lasciamo la scorciatoia per continuare di seguito la ricerca delle altre ragioni per cui discutere di genere e sessualità nei diritti umani giova non soltanto alle donne o alle persone gay, lesbiche, asessuali, trans o intersex²⁵. Comprenderemo meglio queste ragioni dopo aver esplorato alcuni dei modi in cui il metodo *queer* femminista trova un'applicazione concreta ai diritti umani.

Anzitutto, è necessaria una premessa: il femminismo applicato ai diritti umani gode dell'autorevolezza di qualsiasi altro metodo di una scienza (sociale) che, per essere definita tale, deve avere solide basi teoriche che trascendono i confini nazionali²⁶. È evidente che non solo il giusfemminismo occupa uno spazio autonomo del sapere giuridico, ma anche che tale metodo di indagine necessariamente oltrepassa il ruolo cui è stato relegato dall'accademia italiana, dove, nella migliore delle ipotesi, è stato descritto come una riflessione «generalmente circoscritta al settore del cosiddetto diritto antidiscriminatorio»²⁷, salvo rare eccezioni²⁸. Pur costituendo la tutela antidiscriminatoria uno dei contenuti cruciali del *corpus* giusfemminista, le applicazioni di quest'ultimo non si identificano né si esauriscono con essa. In quali modi, quindi, è possibile usare la lente femminista per comprendere i significati e le implicazioni del diritto più in generale?

Il movimento giusfemminista è stato, sin dal principio, un movimento di decostruzione dei numerosi assi di potere che insistono in varia misura sulle donne e ne plasmano le

²⁴ V. G. GILLERI, *Sex, Gender and International Human Rights Law*, cit., p. 25 ss.

²⁵ E anche se lo fosse? E anche se il discorso *queer* femminista riguardasse 'soltanto' questo gruppo di individui? Non è intento di chi scrive sminuire il valore delle teorie e pratiche che mirano al riconoscimento dei diritti ed il miglioramento delle condizioni di determinati gruppi sociali. L'interrogativo non è una provocazione, quanto la richiesta di una presa di consapevolezza del fatto che ogni discorso socio-giuridico sulle cosiddette minoranze (altra parola dal significato controverso) e i suoi connessi metodi di indagine devono essere considerati avere la medesima dignità di richiesta, necessità e bisogno di quelli rappresentanti numeri più grandi, comunità più vaste. Così il metodo *queer* femminista applicato ai diritti ha una sua validità scientifica a prescindere dalla sua potenziale applicabilità, e al relativo giovamento che apporta, a tutte le soggettività di genere.

²⁶ Ne sono un esempio i numerosi articoli, monografie e opere collettanee di autori provenienti da differenti Paesi del mondo citati *supra* e *infra*.

²⁷ O. GIOLO, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2015, p. 63 ss.

²⁸ M.R. MARELLA, *Queer Eye for the Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del diritto*, 2017, p. 383 ss.

soggettività²⁹. Alla sua base vi è la concettualizzazione del genere come costruito, in opposizione a quella biologica del sesso³⁰.

Alcune ricerche hanno destrutturato l'idea di 'donna' come soggetto astratto ed universale cristallizzatosi nelle interpretazioni dei diritti umani, opponendovi la molteplicità di 'donne' che esistono e coesistono nel regime globale, i cui bisogni e richieste il diritto internazionale dei diritti umani deve salvaguardare tenendo conto della diversità dei contesti geopolitici in cui tali 'donne' vivono³¹. D'altronde, come ha affermato lo psicoanalista francese Jacques Lacan, «*la femme n'existe pas*»³²: la donna non esiste, ma esistono le donne, ognuna costituente una realtà unica fatta di plurime identificazioni sovrapposte che contribuiscono a formarne l'identità che la rende diversa dalle altre donne.

Per esempio, le pensatrici femministe postcoloniali hanno criticato il monopolio nel diritto internazionale delle configurazioni di 'donna' prodotte dal pensiero del Nord Globale, soprattutto con riferimento al modo in cui i femminismi del Nord Globale ritraggono la donna del Sud Globale. Quest'ultima è raffigurata come «*ignorant, poor, uneducated, tradition-bound, religious, domesticated, family-oriented, victimized*», in contrasto alle

²⁹ H. CHARLESWORTH, *Feminist Critiques of International Law and Their Critics*, in *Third World Legal Studies*, 1994, p. 1 ss.

³⁰ Non va trascurato l'incremento negli ultimi anni in numero e presa delle teorie femministe biologiste che fondano la distinzione uomo-donna sulle caratteristiche biologiche, essenzializzando femminilità e mascolinità. Tra queste, emergono quelle teorie che producono l'effetto di escludere dalle protezioni dei diritti le persone trans, sostenute da alcune femministe (definite, secondo alcuni in senso dispregiativo, *Trans-Exclusionary Radical Feminist*). Un esempio giurisprudenziale di tale approccio è la sentenza *For Women Scotland v the Scottish Ministers* della Corte Suprema del Regno Unito, la quale ha sancito che il termine 'sesso' ai sensi dell'Equality Act deve essere inteso come 'sesso biologico', abbracciando così un'interpretazione eccessivamente restrittiva di un concetto – la differenza tra 'sesso' e 'genere' – ormai pacificamente accolto nelle fonti internazionali dei diritti umani: Corte suprema del Regno Unito, sentenza del 16 aprile 2025, *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, UKSC/2024/0042. Lo stesso Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne (Comitato CEDAW) che monitora la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne interpreta da molto tempo i riferimenti al termine *sex* incluso nella Convenzione (per ovvi motivi storici) come *gender*, riferendosi quindi agli attributi, le attitudini e i ruoli che sono assegnati dalle norme sociali a determinati soggetti in virtù del sesso assegnato loro alla nascita. Sulla distinzione operata dallo stesso Comitato, divenuta l'interpretazione comunemente accolta, v.: Comitato CEDAW, *General Recommendation No 28: The Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 del 16 dicembre 2010, par. 5; in realtà la prima interpretazione di sesso vs genere risale ad una nota all'interno di Comitato CEDAW, *General Recommendation No 25: Article 4, Paragraph 1, of the Convention (Temporary Special Measures)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) del 2004, n. 2. D'altronde, la fonte d'ispirazione di molti femminismi, inclusi quelli di stampo giuridico, è (stato) S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe. Vol. I*, Paris, 1949, per cui non vi è nulla di innato nel vivere da 'donne', ma ogni genere è frutto della socializzazione.

³¹ O. OYÉWÚMÍ, *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis, 1997; M. LUGONES, *The Coloniality of Gender*, in W. HARCOURT (a cura di), *The Palgrave Handbook of Gender and Development: Critical Engagements in Feminist Theory and Practice*, Berlino, 2016.

³² J. LACAN, *Il Seminario. Libro XX: Ancora (1972–1973)*, Torino, 2011, p. 11 ss.

donne del Nord Globale, che appaiono «*educated, modern, as having control over their own bodies and sexualities, and the 'freedom' to make their own decisions*»³³.

Si capisce, quindi, che, come ogni sforzo corale, anche il movimento giusfemminista si caratterizza per una certa frammentazione interna, derivante dalla coesistenza di diverse agende di emancipazione femminile che ogni contesto declina secondo le proprie specificità socioculturali. Cionondimeno, è proprio la spinta all'eguaglianza, alla parità di trattamento ed al riconoscimento del valore di qualsiasi donna a qualsiasi latitudine a fungere da collante tra tutti i giusfemminismi.

Invero, la pluralizzazione delle posizioni soggettive individuali è al centro di uno strumento di indagine che porta il nome di 'intersezionalità', applicato non solo nei contesti del Sud Globale³⁴. L'intersezionalità è un dispositivo analitico che consente di portare alla luce le gerarchie di potere che si fondono in una miscela di forme subordinazione³⁵, riuscendo in questo modo a rintracciare l'impatto dirompente che questo connubio genera sul (mancato o ridotto) godimento dei diritti umani. In quanto strumento di indagine, l'intersezionalità contribuisce a scoprire la stratificazione delle diverse forme di oppressione – le loro intersezioni, appunto – interrogandosi ogni volta su questioni ulteriori rispetto a quelle che appaiono come più palesi e rilevanti³⁶. Così, Mari Matsuda ha suggerito di moltiplicare le domande da porsi innanzi a una situazione che si presenta *prima facie* come alimentata da un'unica specifica gerarchia, offrendo così un caleidoscopio dei possibili motivi alla base di una violazione. Matsuda incalza: «*When I see something that looks racist, I ask, 'Where is the patriarchy in this?' When I see something that looks sexist, I ask, 'Where is the heterosexism in this?' When I see something that looks homophobic, I ask, 'Where are the class interests in this?'*»³⁷.

Insomma, una prospettiva non basta; ne servono molteplici per cogliere il differente impatto che vari fattori esercitano sui soggetti di genere nelle diverse situazioni – e violazioni. In concreto, l'omogeneizzazione dei caratteri e dei bisogni come espressione di

³³ C. MOHANTY, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses*, in *Feminist Review*, 1988, p. 65 ss.

³⁴ B.G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020.

³⁵ S. CHO, K. CRENSHAW, L. MCCALL, *Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2013, p. 785 ss.; S. ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford, 2019; S. ATREY, P. DUNNE (a cura di), *Intersectionality and Human Rights Law*, London, 2020; D. SPADE, *Intersectional Resistance and Law Reform*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2013, p. 1031 ss.; SUMI CHO, *Post-Intersectionality: The Curious Reception of Intersectionality in Legal Scholarship*, in *Du Bois Review*, 2013, p. 385 ss.; M. BELKIN, C. WHITE (a cura di), *Intersectionality and Relational Psychoanalysis: New Perspectives on Race, Gender, and Sexuality*, London-New York, 2020.

³⁶ G. MACDONALD, R.L. OSBORNE, C.C. SMITH (a cura di), *Feminism, Law, Inclusion: Intersectionality in Action*, Toronto, 2005; M. ROMERO (a cura di), *Research Handbook on Intersectionality*, Cheltenham, 2023; L. SOSA, *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence against Women: At the Centre or the Margins?*, Cambridge, 2017.

³⁷ M. MATSUDA, *Beside My Sister, Facing the Enemy: Legal Theory out of Coalition*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 1183 ss.

un'unica voce collettiva, quella del gruppo amalgamato delle 'donne', ha servito le finalità della lotta basata sulle differenze tra uomini e donne. Effettivamente, la sistematizzazione delle differenze tra il gruppo 'uomini' e quello 'donne' operato dai femminismi d'origine ha enfatizzato le differenze inter-gruppali e le somiglianze intra-gruppali ai fini di un'alleanza solidale nella lotta per il cambiamento³⁸. Solo in un secondo momento l'analisi femminista applicata al diritto in maniera intersezionale ha reso possibile cogliere il diverso impatto che le norme giuridiche esercitano sui vari tipi di femminilità³⁹.

Lungi dal fornire una narrazione esaustiva dei giusfemminismi, la riflessione che segue fa tesoro dell'eredità di questi studi, intendendo offrire un ulteriore piano di analisi, che non si sostituisce bensì si affianca ai precedenti, quello della teoria *queer*. Implicitamente, accogliere la frammentazione del discorso giusfemminista significa riconoscere il debito della presente teoria nei confronti di tutte quelle che l'hanno preceduta. La variazione giusfemminista di questo scritto è anche *queer*, quindi, per quanto difficilmente pronunciabile possa suonare, il metodo che si intende spiegare è quello 'giusqueerfemminista'.

3. Dalle prospettive giusfemministe a quelle giusqueerfemministe

L'ingresso della '*queer theory*' nell'accademia, termine coniato da Teresa de Lauretis, allora professoressa di Storia della Coscienza presso l'Università della California Santa Cruz, avvenne in occasione della conferenza ivi tenutasi nel febbraio del 1990. La stessa de Lauretis curava nel 1991 il numero speciale della rivista specializzata *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, dedicato alla teoria *queer*, redigendone l'introduzione⁴⁰. Una rivista storicamente focalizzata sugli studi femministi tra le più autorevoli del settore ospitava, così, un fascicolo incentrato sulla teoria *queer*, inaugurando quell'alleanza *queer* femminista di cui anche questo contributo si occupa. La connotazione *queer* dell'indagine reinvia, quindi, ad una tradizione culturale e giuridica di stampo critico, che si afferma in parte in contrasto con certi femminismi, in parte, come è qui sostenuto, in sinergia con l'analisi femminista del diritto.

La storia del movimento *queer*, delle sue articolazioni teoriche e delle applicazioni pratiche ha avuto risvolti assai complessi, ma ciò che rileva per questa ricerca è l'influenza dei concetti connessi alla teoria *queer* sul diritto, ovvero quella rete di norme che regolano il

³⁸ I. SOLANKE, *Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality*, in *Modern Law Review*, 2009, p. 723 ss.

³⁹ K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.; M. MATSUDA, *Beside My Sister*, cit., p. 1183 ss.; G. DE BECO, *Protecting the Invisible: An Intersectional Approach to International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 633 ss.

⁴⁰ La stessa de Lauretis ha curato nel 1991 il numero speciale della rivista specializzata *Differences*, dedicato alla teoria *queer*, scrivendone l'introduzione: Teresa de Lauretis, *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities*, in *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 1991, p. iii ss.

comportamento sociale, costringendo i comportamenti individuali e restringendo le possibilità esistenziali dei soggetti di genere. ‘Diritto e teoria *queer*’ costituisce un’area degli studi critici del diritto ormai ben affermata (all’estero), all’interno della quale si rintracciano gli approcci *queer* al diritto internazionale e i diritti umani, tema di ricerca primario di un gruppo di studiosi di varie generazioni che è cresciuto significativamente a partire dai primi anni 2000⁴¹.

La connotazione *queer* della lente critica applicata al diritto⁴² si connota per almeno tre aspetti riferiti agli individui: l’instabilità, la frammentazione e la fluidità⁴³. Come anticipato nell’introduzione, il metodo giusqueerfemminista contesta le nozioni tradizionali su cui si fonda l’apparato del diritto positivo, svelandone l’intima incoerenza in relazione alle categorie monolitiche (L’uomo, La donna, L’omosessuale), alle caratterizzazioni oppostive delle identità (uomo vs. donna, eterosessuale vs. omosessuale, cisgender vs. trans) e alle assimilazioni metonimiche (genere = donna).

Affermare l’instabilità di tali categorizzazioni implica riconoscere, in chiave anti-essenzialista, che la realtà non offre spazio per modelli ideali di caratteristiche e attitudini ‘femminili’ o ‘maschili’. L’essenzialismo rappresenta, infatti, uno dei bersagli principali delle teorie giusqueerfemministe, che si oppongono alla teoria secondo cui i caratteri anatomici, ormonali e genetici non possono predeterminare il destino di un individuo in guisa di fattori determinanti l’essenza umana. Pertanto, se la medesima persona può vivere una pleora di esperienze interiori variegata ed indeterminabile *ex ante* riguardo al proprio genere e alla propria sessualità; se la stessa persona può occupare differenti posizioni di dominio e sottomissione a seconda del tempo e del contesto; allora il potere, il genere e la sessualità sono fluidi, oltre che intimamente connessi, con la conseguenza inevitabile che il pensiero dualistico proprio delle interpretazioni *mainstream* dei diritti umani appare così inadeguato a catturare tutte queste dimensioni intersecanti.

Contro l’essenzialismo, una delle teorizzazioni più note che il giusqueerfemminismo utilizza nella critica dei diritti umani concepisce il genere come *performance*: non *siamo* un genere, ma *facciamo* un genere⁴⁴. Per esempio, Judith Butler ha denaturalizzato le nozioni di sesso e genere, spiegando che l’identità individuale deriva dalla ripetizione delle *performance* innanzi all’Altro⁴⁵. Butler prende le mosse dalla configurazione del genere come un divenire

⁴¹ Fino alla più recente, figlia, anche in termini generazionali, della precedente.

⁴² Per un’illustrazione dei differenti usi della parola *queer* all’interno degli studi giusqueer, B. COSSMAN, *Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)*, in *Critical Analysis of Law*, 2019, p. 31 ss.

⁴³ G. GILLERI, *Sex, Gender and International Human Rights Law: Contesting Binaries*, London-New York, 2024, p. 18.

⁴⁴ C. WEST, D. ZIMMERMAN, *Doing Gender*, in *Gender & Society*, 1987, p. 125 ss.; J. LORBER, *Night to His Day: The Social Construction of Gender*, in J. LORBER (a cura di), *Paradoxes of Gender*, New Haven, 1995, p. 13.

⁴⁵ Il concetto di performatività è stato sviluppato per la prima volta da John Austin nella teoria degli atti linguistici: J. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1975, p. 5 ss.

espresso nel lavoro di Simone de Beauvoir («donna non si nasce, lo si diventa⁴⁶»), venendo a concepire il genere come una *performance* ed il corpo come un luogo di possibilità interpretative.

La performatività si snoda attraverso la ripetizione regolare di atti definiti con cui l'individuo fa nuovamente esperienza di una serie di significati socialmente stabiliti⁴⁷. La dimensione soggettiva del desiderio si mescola con quella oggettiva della normatività di genere: non è, infatti, possibile scegliere il proprio genere a piacimento, poiché la creazione dello stile personale di abitare il proprio corpo è vincolata alle radici sociali della performatività. Se la *performance* si riferisce al singolo atto individuale, la performatività è il risultato di una serie di atti reiterati⁴⁸, tra cui vi sono i gesti, le parole, il discorso, incluso quello giuridico nel vocabolario dei diritti umani.

Applicando questo quadro teorico allo studio dei diritti umani si scopre che le definizioni di sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e caratteristiche sessuali – per citare le principali – contenute nel diritto *hard* e *soft* producono degli effetti linguistici, giuridici e, infine, performativi. Quale significato assumono in quest'ottica le definizioni dei concetti di sesso, genere e delle altre categorie connesse che informano le interpretazioni dei diritti umani? Le definizioni giuridiche disciplinano i limiti all'interno dei quali il corpo può costituire la propria realtà di genere attraverso gesti, segni e mezzi discorsivi, regolando così i confini che restringono o permettono ai soggetti di performare il proprio genere. La performatività dimostra che non possiamo autodefinirci senza fare i conti con le eterodeterminazioni di matrice socio-giuridica, che ci costringono e vincolano, contenute nelle fonti dei diritti umani.

È vero: le *performance* sono costrette; ma le loro forme e possibilità di manifestazione sono imprevedibili. Non v'è spazio per il binario in questa teoria di genere. Si badi bene: la decostruzione del binario non porta alla distruzione delle categorie di sesso, genere e sessualità⁴⁹, bensì alla moltiplicazione delle possibilità di essere, intercettando i contrasti interni alle categorie derivanti dall'effetto che il potere disciplinare del diritto esercita sulle identità individuali⁵⁰.

Un lavoro così intricato di decostruzione e reinterpretazione richiede una sinergia di saperi. La teoria *queer* ha natura corale non solo perché il suo potenziale rivoluzionario si manifesta nell'essere «*a site of collective contestation*»⁵¹, ma anche perché le interpretazioni che

⁴⁶ S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe. Vol. I*, cit.

⁴⁷ J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, London-New York, 1990, p. 191.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 190; J. BUTLER, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'*, cit., pp. 59-60.

⁴⁹ M. MARINUCCI, *Feminism Is Queer: The Intimate Connection between Queer and Feminist Theory*, London, 2016, p. 45.

⁵⁰ C. STYCHIN, *Governing Sexuality: The Changing Politics of Citizenship and Law Reform*, London, 2003, p. 3; D. GONZALEZ-SALZBERG, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, London, 2019, p. 23.

⁵¹ J. BUTLER, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'*, cit., p. 173.

essa fornisce dei diritti umani si ispirano ad una varietà di strumenti di indagine, che spaziano dall'antropologia alla filosofia politica, dalla psicoanalisi alla storiografia foucaultiana, dalla letteratura alla sociologia⁵².

Mentre le modalità interdisciplinari della ricerca *queer* nell'ambito giuridico possono essere descritte, esula dagli intenti di questo contributo offrire una definizione statica e chiusa della teoria giusqueerfemminista. Ogni tentativo di stabilire in maniera definitiva cosa si intenda per 'teoria *queer*' si scontra con la sua stessa natura. Così, risulta adeguata solamente una definizione provvisoria della teoria *queer* come inglobata nel metodo giusqueerfemminista: un progetto critico in corso, un terreno contestato senza una proprietà ed in formazione costante⁵³.

4. Un metodo per i diritti umani di tutti

Stabilita la definitiva indefinibilità del giusqueerfemminismo, in quale modo esso può apportare un'innovazione metodologica allo studio dei diritti umani? Una prima risposta approssimativa riguarda la politicità, ovvero quel carattere che, per qualsiasi metodo critico, incluso il giusqueerfemminismo, è intrinseco in ogni diritto. Dichiarare che il diritto internazionale è politica significa allontanarsi dalle teorie dominanti, ovvero quelle di stampo positivista, che occupano, salvo rari casi⁵⁴, gran parte dello spazio ermeneutico e critico della dottrina contemporanea italiana. Quest'ultima sostiene l'esistenza di un diritto oggetto di studio 'puro', dotato di neutralità ed oggettività scientifiche, che gli garantirebbero una autonomia e distinzione da altri ambiti⁵⁵, *in primis* quello politico. La teoria giusqueerfemminista ha dimostrato, invece, che anche i diritti umani sono intrisi di valori politici⁵⁶. Seppur quest'ultima affermazione possa essere condivisa anche da alcune correnti positiviste, gli studi critici, inclusi quelli *queer* femministi, dedicano la *totalità* dei loro sforzi ad esplorarne le declinazioni e le implicazioni.

Il mito della neutralità dei diritti umani è stato smantellato dai *crits* (o *critical legal scholars*), per i quali qualsiasi diritto e, quindi, qualsiasi sistema giuridico, sia esso nazionale o, come

⁵² R. HENNESSY, *Queer Theory: A Review of the 'Differences' Special Issue and Wittig's 'The Straight Mind'*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1993, p. 995 ss.

⁵³ B. COSSMAN, *Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)*, cit., p. 27; J. BUTLER, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'*, cit. p. 228.

⁵⁴ Un recente esempio è il ciclo di incontri *Pensare il diritto internazionale. Teorie, approcci e Metodi* che ha dedicato uno dei seminari agli approcci critici al diritto internazionale in cui sono intervenuti Lorenzo Gradoni, Sara De Vido e Mariangela La Manna, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore (31 marzo 2023).

⁵⁵ D. KENNEDY, *A New Stream of International Law Scholarship*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1988, p. 26 ss.; N. PURVIS, *Critical Legal Studies in Public International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 81 ss.; D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Fano, 2004, p. 4 ss.

⁵⁶ A. BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, 2016, p. 192 ss.

si discute qui, internazionale, è il risultato di una stratificazione di scelte da parte degli attori coinvolti nei processi di creazione, interpretazione ed applicazione delle norme⁵⁷. Questo metodo di indagine, che meriterebbe uno studio a parte⁵⁸, considera intima la connessione tra diritto e questioni sociali giacché il diritto si fonda su specifici *bias* sociali. Ne consegue che il diritto è concepito dai *crits* come un dispositivo che supporta quelle dinamiche di potere che alimentano gli sbilanciamenti tra individui avvantaggiati ed individui svantaggiati perpetuando, in questo modo, lo *status quo*.

Alla base della prospettiva giusqueerfemminista vi è la convinzione che il diritto rispecchia gli interessi di determinati gruppi: perseguendo i fini di quegli specifici gruppi di potere, esso non può mai dirsi neutro. In concreto, la teoria *queer* e quella femminista avanzano delle richieste di natura politica, per le quali anche ciò che riguarda la vita personale è politico. Inoltre, la critica *queer* femminista mira ad alterare la forma di alcune tra le relazioni sociali fondamentali, come quelle tra i generi⁵⁹.

La radicalità dell'approccio *queer* femminista deriva, pertanto, da una rivelazione che non è altro che una riqualificazione della visione fintamente neutra del diritto sostenuta dall'analisi giuridica *mainstream*: non solo gli studi di stampo critico, tra cui quelli *queer* femministi, ma anche il pensiero giuridico 'classico' sono intrisi di politicità e ideologia⁶⁰. A ciò consegue un'indagine del diritto alternativa a quella dominante, che viene decostruita e ricostruita richiedendo al diritto esistente di essere ciò che (ancora) non è: la carica normativa – nel senso del 'dover essere' – è propria del metodo *queer* femminista che interroga il diritto andando al di là dello studio del diritto per come esso si (rap)presenta.

La diversità di approccio qui spiegata e semplificata tra il metodo *queer* femminista e quello 'classico', 'positivista' o 'tradizionale' non deve indurre il lettore ad immaginare i due metodi (e le loro diverse declinazioni) come necessariamente isolati. I due metodi si avvicinano nella fase iniziale di conoscenza dell'oggetto di studio. Seppur la varietà di approcci giusqueerfemministi ai diritti umani includa anche studi critici unicamente mirati alla demolizione, è parere di chi scrive che lo studio serio ed analitico dell'attualità del diritto è – o dovrebbe essere – il punto di partenza di qualsiasi studio critico. È, infatti, essenziale conoscere a fondo l'oggetto di studio (il diritto come è) prima di intraprendere la critica decostruttiva, che, per sua natura, culmina nella normatività (il diritto come deve essere).

⁵⁷ Martti Koskenniemi, per citare uno tra i tanti *crits*, ha dedicato buona parte della propria ricerca a discutere della «politica del diritto internazionale» – titolo, tra l'altro, di una delle sue opere più celebri: M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011.

⁵⁸ M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in *The Modern Law Review*, 2007, p. 1 ss.; M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, 2005, p. 590 ss. Cf. D. KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, 2011; C. DOUZINAS, *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, 2000.

⁵⁹ D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza*, cit., p. 4 ss.

⁶⁰ O. GIOLO, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, cit., p. 64 ss.

La normatività costituisce un carattere fondamentale anche di quelle critiche *queer* femministe – la maggior parte – che non si prefiggono come obiettivo la ricostruzione di un regime fondato su nuove visioni e reinterpretazioni del genere, occupandosi essenzialmente di scomporre le strutture e gli assunti di genere sottesi al discorso giuridico. Il principale interrogativo che attraversa queste applicazioni teoriche («che cos'è il genere?») richiede l'esplorazione dell'impatto di una certa concezione di genere sui diversi fattori socio-giuridici che determinano le premesse e i contenuti di una disposizione. A tale domanda, la prospettiva giusqueerfemminista risponde proponendo ritratti alternativi a quelli dominanti dei soggetti di genere che la norma dovrebbe tutelare, interpretando l'interrogativo in termini normativi, ossia «cosa dovrebbe essere il genere?», o «quale significato andrebbe attribuito al genere?»⁶¹. Difficilmente, quindi, l'interrogativo sul ruolo del genere nei diritti umani può essere separato da quello sul ruolo che esso ci si aspetta debba svolgere nelle relazioni di potere scandite dal vocabolario dei diritti umani.

Tuttavia, questa considerazione circa l'incontro dei due metodi in corrispondenza dell'analisi giuridica del diritto attuale non deve essere sopravvalutata. Di fatto, l'analisi della fonte, che costituisce il punto di arrivo per il pensiero giuridico tradizionale, è il punto di partenza dell'indagine *queer* femminista. Per quest'ultima, non è sufficiente chiedersi in cosa consistano i diritti umani; cosa affermi una disposizione di una convenzione su uno specifico diritto; come una corte abbia interpretato nel tempo quella disposizione; quali siano le tensioni tra diritti; quale interpretazione sia la più convincente in termini di protezione degli individui. Serve, invece, capire quali siano le ragioni dei limiti delle costruzioni discorsive sul genere, il sesso, l'identità di genere, l'orientamento sessuale e le caratteristiche di sesso contenute in un certo articolo, in una sentenza o in una raccomandazione; scoprire quali interessi una norma persegua; rintracciare l'individuo-tipo immaginato dal trattato; identificare quali soggettività siano pensate come centrali nel discorso giuridico e quali, invece, siano lasciate ai confini della terra dei diritti.

Queste possibili varie applicazioni offrono un esempio pratico di come molte delle domande giusqueerfemministe riguardano non solo le donne o le persone gay, lesbiche, asessuali, trans o intersex, ma qualsiasi individuo. Si tratta dell'esito inclusivo del metodo *queer* femminista, sorto come strumento di critica sociale dalla parte degli 'storti' e degli 'strani', ma in realtà alla fine utilizzabile per migliorare le condizioni di vita di tutti. È la logica conclusione della considerazione del genere nel diritto come un sistema di potere che si esprime tramite protezioni e restrizioni che riguardano ciascun individuo e non solo un gruppo limitato. Una certa configurazione della mascolinità, quella egemonica⁶², per

⁶¹ Cf. J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. xxii.

⁶² La mascolinità è egemonica quando costituisce l'ideale di mascolinità dominante in una specifica società in uno specifico momento. In quanto tale, essa esercita un potere normativo sugli uomini dai quali le norme sociali si attendono determinati comportamenti in linea col dettame della stessa mascolinità egemonica. Rimangono subordinati alla mascolinità egemonica non solo gli uomini, ma

esempio, può essere nociva non solo per le donne e le cosiddette ‘minoranze sessuali’, ma anche per gli uomini che non si conformano col modello dominante⁶³.

Applicare il metodo giusqueerfemminista ai diritti umani per scardinare la matrice patriarcale del diritto internazionale⁶⁴ giova a tutti, non solo alle persone *queer*, perché aiuta a scoprire nuovi siti di oppressione, mettendo in luce i modi in cui i diritti umani trattano gli individui di genere e la loro intimità⁶⁵. Il paradosso tra le origini e le applicazioni del metodo si manifesta come segue: da *queer* come l’insieme di persone che deviano dalle categorizzazioni convenzionali di sesso, genere e sessualità, alla reinterpretazione *queer* dei diritti umani per proteggere tutti i ‘deviati’, dal momento che ciascuno di noi vive i propri sesso, genere e sessualità diversamente, a prescindere dall’appartenenza o meno alla categoria tradizionale di ‘uomini’ e ‘donne’⁶⁶.

Prendere coscienza che tutti noi deviamo dalla norma – perché nessuna norma sarà mai in grado di contenere le pluralità di desideri e manifestazioni che ci abitano – è il primo passo per avvalersi dei diritti umani per ciò che sono: uno strumento di emancipazione per tutti gli individui fondato sui valori della dignità e dell’uguaglianza intersoggettiva che può essere usato da chiunque lo ritenga necessario in qualsiasi momento della propria vita e a qualsiasi latitudine. Il giusqueerfemminismo, però, nasce per comprendere come le dinamiche di potere basate sul genere siano incorporate, riprodotte e rafforzate dal linguaggio giuridico, incluso quello dei diritti umani. Non va, quindi, dimenticato che, in quanto tale, il giusqueerfemminismo fonda le sue radici in una storia specifica, quella delle persone ignorate, marginalizzate, discriminate, maltrattate e violentate in virtù del loro genere, del loro orientamento sessuale, della loro identità di genere, della loro espressione di genere e delle loro caratteristiche di sesso.

Seppur l’espansione del metodo oltre i confini delle soggettività propriamente *queer*, motivata ed incoraggiata in questo articolo, non possa che offrire una protezione più ampia dal punto di vista dei diritti umani, è essenziale ricordarsi della genealogia del privilegio e delle diverse forme di subordinazione e oppressione ad essa connesse. Con la consapevolezza della diversità dei punti di partenza e di arrivo del metodo

anche le donne e le persone non binarie. Il concetto è stato sviluppato per la prima volta da R. CONNELL, *Which Way Is Up? Essays on Sex, Class, and Culture*, Crows Nest, 1983. Cf. R. COLLIER, *Masculinities, Law, and Personal Life: Towards a New Framework for Understanding Men, Law, and Gender*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2010, p. 439 ss.

⁶³ G. RUBIN, *The Traffic in Women: Notes on the ‘Political Economy’ of Sex*, in R. REITER (a cura di), *Toward an Anthropology of Women*, London-New York, 1975, p. 204 ss.

⁶⁴ Ringrazio il/la reviewer anonimo/a per aver enfatizzato la necessità di una più chiara definizione delle finalità del metodo.

⁶⁵ D. BUSS, *Queering International Legal Authority*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 2007, p. 123 ss.

⁶⁶ Allora non siamo forse tutti un po’ *queer*? Cf. G. GILLERI, *Sex, Gender, And International Human Rights Law*, cit., p. 21 ss.

giusqueerfemminista, il prossimo paragrafo racconta del connubio tra teoria *queer* e femminismo applicati ai diritti umani.

5. Un'alleanza metodologica

Si sono affrontate fino a qui l'eredità e la relazione intima che la teoria *queer* ha – secondo questo scritto – con il femminismo che storicamente la precede. Di seguito si intende approfondire alcuni benefici interpretativi derivanti dall'utilizzo combinato della teoria *queer* con quella femminista nell'esaminare il regime dei diritti umani.

L'unione della teoria *queer* insieme a quella femminista rappresenta la scelta metodologica di questo scritto. Tale scelta è presentata di seguito dal punto di vista dei suoi benefici analitici e del suo potenziale ermeneutico in termini di una più estesa protezione dei diritti umani. Ciò non significa che ogni testo *queer* sia femminista o che tutti i testi femministi siano *queer*: il giusqueerfemminismo costituisce soltanto una delle possibili letture dei diritti umani attraverso la lente del genere – sia pure la più promettente a parere di chi scrive. Unire il femminismo alla teoria *queer* è, in altre parole, soltanto *una* delle scelte possibili per chi fa del femminismo la chiave di demolizione dell'ordine patriarcale dei diritti umani.

L'idea e la pratica della fusione dei due approcci al genere in un'unica prospettiva più articolata è condivisa da diversi autori e autrici, inclusa Dianne Otto, una delle madri della critica giusqueerfemminista ai diritti umani, che ha descritto la specifica declinazione *queer* dell'agenda giusfemminista che consegue a tale operazione non tanto un'assimilazione, quanto una coalizione⁶⁷. Altre e altri hanno parlato similmente di un'interconnessione⁶⁸ tra territori sovrapposti⁶⁹. Tra i punti comuni, spicca anzitutto la priorità data al contesto rispetto all'astrazione, cui si connette il già menzionato scetticismo nei confronti delle supposte razionalità e neutralità del diritto. Ne consegue la riflessione, tanto *queer* quanto femminista, sul potere e sui limiti del discorso dei diritti umani come sistema di controllo sociale⁷⁰. Queste comunanze altro non sono che le declinazioni metodologiche

⁶⁷ D. OTTO, *Between Pleasure and Danger: Lesbian Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 618 ss.; K. MCNEILLY, *Sex/Gender Is Fluid, What Now for Feminism and International Human Rights Law? A Call to Queer the Foundations*, in S. RIMMER, K. OGG (a cura di), *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Cheltenham, 2019, p. 430 ss.

⁶⁸ F. VALDES, *Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender & Sexual Orientation to Its Origins*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 1996, p. 221 ss.

⁶⁹ V., *inter alia*, S. COWAN, *'What a Long Strange Trip It's Been': Feminist and Queer Travels with Sex, Gender and Sexuality*, in M. DAVIES, V. MUNRO (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, London, Farnham, 2013, p. 119 ss.; D. RICHARDSON, *Bordering Theory*, in J. MCLAUGHLIN, D. RICHARDSON, M. CASEY (a cura di), *Intersections between Feminist and Queer Theory*, 2006, London, p. 26 ss. Dianne Otto ha anche criticato la separazione tra la causa dei diritti delle donne e quella dei diritti delle persone LGBTI: D. OTTO, *Between Pleasure and Danger*, cit., p. 628 ss.

⁷⁰ Per un approfondimento, V. MUNRO, *The Master's Tools? A Feminist Approach to Legal and Lay Decision-Making*, in M. BURTON, D. WATKINS (a cura di), *Research Methods in Law*, London-New York, 2017, p. 194 ss.

dell'obiettivo primario fondamentale, condiviso dalle due teorie: contestare i regimi eteronormativi, tra cui quello dei diritti umani, che riconoscono e rinforzano gli interessi e i privilegi di specifici soggetti di genere a discapito di tutti gli altri⁷¹.

Le due teorie *queer* e femminista si sposano nell'identificazione delle articolazioni dicotomiche di sesso e genere come cause di oppressione – delle donne e di qualsiasi altro gruppo costruito in opposizione al lato dominante del binario. Allora la logica della dominazione agisce da catalizzatore di solidarietà tra (le teorie de) gli oppressi⁷², offrendo all'incontro tra femminismo e teoria *queer* un metodo sovversivo per problematizzare lo *status quo*.

Diversamente, secondo i pensieri più radicali, tanto *queer* quanto femminista, la combinazione delle due teorie in un unico metodo può risultare problematica, per una serie di ragioni. Per esempio, un certo femminismo si basa fortemente sul concetto binario di genere, mentre la teoria *queer* lo smantella, complicando, così, il modo in cui concepiamo la sessualità, la *performance* di genere e la forma anatomica, tramite la critica della compartimentalizzazione e della polarizzazione di, tra gli altri, uomo/donna, maschio/femmina, mascolinità/femminilità ed eterosessuale/omosessuale⁷³.

L'incoerenza teorica più marcata si rintraccerebbe, però, nelle diverse concezioni del soggetto al centro delle due teorie. L'attitudine non identitaria della teoria *queer*, che sostiene, si ricorda, la fluidità, l'instabilità e la frammentarietà nella formazione del soggetto, mal si concilierebbe con le identità necessariamente strutturate di donna e uomo alla base del pensiero femminista. Inoltre, anche al di là di uomo/donna, la teoria *queer* potrebbe essere in conflitto addirittura con l'esercizio di mera addizione di 'trans', 'intersex' o '*gender non-conforming*' al gruppo cui estendere le garanzie dei diritti umani (LGBTI...), privilegiando, invece, azioni più radicali in senso contrario all'assimilazione dei soggetti in un regime, quale quello dei diritti umani, ritenuto strutturalmente articolato intorno a delle gerarchie eteronormative. Le diversità in termini di configurazione del soggetto – identitaria per il femminismo, non-identitaria per il pensiero *queer* – costituirebbe il punto principale di non negoziazione tra le due teorie⁷⁴.

Diversa è la posizione di questo articolo, per il quale il giusqueerfemminismo può essere inteso come un metodo di decostruzione e ripensamento del regime dei diritti umani

⁷¹ K. MCNEILLY, *Sex/Gender Is Fluid, What Now for Feminism and International Human Rights Law? A Call to Queer the Foundations*, cit., p. 435 ss.

⁷² In realtà, il giusqueerfemminismo, come si anticipava sopra, affronta altri tipi di oppressione, oltre a quello fondato sul sesso/genere, quali, per esempio, il classismo ed il razzismo: K. MCNEILLY, *Sex/Gender Is Fluid, What Now for Feminism and International Human Rights Law? A Call to Queer the Foundations*, cit., p. 140 ss.

⁷³ R. KAPUR, *The (Im)Possibility of Queering International Human Rights Law*, in D. OTTO (a cura di), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, London-New York, 2018, p. 132 ss.

⁷⁴ M.A. FINEMAN, *Introduction: Feminist and Queer Legal Theory*, in (a cura di), in M. FINEMAN, J.E. JACKSON, A.P. ROMERO (a cura di), *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham, 2009, p. 5 ss.

attraverso la lente del genere che considera, però, questi ultimi uno strumento di emancipazione per tutti i soggetti di genere⁷⁵. La proliferazione di nuove soggettività sessuali e di genere ha messo ormai in discussione il significato di ‘donna’ e ‘uomo’. Di conseguenza, la *woman question* non può essere più formulata come prima, dal momento che una nuova domanda, la *queer question*, è entrata in scena, richiedendo una riformulazione di quella originaria. Questa operazione non cancella la prima domanda, ma, piuttosto, la viene ad incorporare all’interno della seconda, con alcuni adattamenti⁷⁶. La teoria *queer*, infine, è in grado di ampliare la portata della lente femminista⁷⁷, espandendo, così, la concezione delle posizioni soggettive e delle relative protezioni da parte dei diritti umani.

Parte della dottrina sostiene che garantire pari diritti per le persone *queer* sia soltanto una soluzione parziale⁷⁸, poiché l’articolazione del riconoscimento dei diritti in chiave di diritto alla non-discriminazione reca con sé il rischio dell’assimilazione, come si affermava poco sopra, a disposizioni di impronta eteronormativa⁷⁹. L’esito sarebbe paradossale: il discorso *queer* sembrerebbe sfociare nel rafforzamento di quegli stessi dettami eteronormativi che esso si proponeva in principio di sfidare e superare.

Il paradosso è superabile tramite una teoria giusqueerfemminista dai caratteri descritti fino a qui: l’eredità eteronormativa del sistema giuridico dei diritti umani non è destinata a sopravvivere in eternità. La vita del diritto esiste e si evolve, seppur spesso lentamente, secondo le richieste di chi il diritto lo crea, lo applica, lo attraversa⁸⁰. È possibile ed auspicabile inserire la *queer question* nell’interpretazione dei diritti umani, perché decostruire le tassonomie e le loro relazioni dicotomiche interne contribuisce ad incrementare la forza emancipatoria del regime dei diritti umani e, con essa, la loro promessa di rendere le vite di tutti più sopportabili.

6. Conclusione

In principio era la deviazione: *queer* nasce come il marcatore di una minoranza. Secondo l’analisi sopra proposta, *queer* può diventare un attributo personalizzato della maggioranza (se non della totalità). Così, ripensare i diritti umani attraverso la lente giusqueerfemminista permette di espandere la portata di questi ultimi, preservando la specificità di genere di ciascuna soggettività. In questo modo, la teoria *queer* è funzionale all’aspirazione

⁷⁵ *Supra*, par. 2.

⁷⁶ R. RAO, *Queer Questions*, in *International Feminist Journal of Politics*, 2014, p. 207 ss.

⁷⁷ D. OTTO, *Introduction: Embracing Queer Curiosity*, in D. OTTO (a cura di), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, London-New York, 2018, p. 6 ss.

⁷⁸ *Ivi*, p. 1.

⁷⁹ Cf. R. HOLTMAAT, P. POST, *Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women?*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, p. 333 ss.

⁸⁰ S. CORRÊA, R. PETCHESKY, R.G. PARKER, *Sexuality, Health and Human Rights*, London-New York, 2008, pp. 223-224; A.J. LANGLOIS, *Human Rights in Crisis? A Critical Polemic against Polemical Critics*, in *Journal of Human Rights*, 2012, p. 568 ss.

universalizzante del regime internazionale dei diritti umani. Questo contributo costituisce un primo passo verso la familiarizzazione della dottrina internazionalistica italiana con gli approcci critici e, in particolare, quello *queer* femminista. Abbracciando con spirito realista la politicità di ogni diritto e di ogni pensiero giuridico, incluso quello classico, questo metodo osserva i diritti umani da una prospettiva incentrata sul soggetto avente delle unicità legate alla sessualità e al genere, che altro non è se non l'evoluzione critica dell'individuo i cui diritti umani sono sanciti come indivisibili ed universali nelle fonti internazionali.

Infatti, il metodo giusqueerfemminista illumina le tenebre dell'attualità del diritto, riconoscendo le crepe di un regime che aspira ad essere universale, ma che di fatto spesso aspira a realizzare i diritti di alcuni soltanto. Ciò è reso possibile grazie all'utilizzo di una lente specifica, quella del genere, che, applicata ai diritti umani, rivela le premesse e le implicazioni della perpetuazione del discorso dominante sulla femminilità e la mascolinità. Se l'attualità del diritto è il bersaglio della critica giusqueerfemminista, il genere come categoria analitica offre inedite aperture verso una diversa normatività, permettendo al giurista di ripensare l'architettura dei diritti umani. Sarebbe uno spostamento di prospettiva tanto piccolo quanto rivoluzionario.

Del *gender apartheid* quale crimine internazionale e dei rimedi contro la violenza sistematica ed istituzionale nei confronti delle donne afgane

SARA DE VIDO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La situazione in Afghanistan. – 3. Delle origini del termine *gender apartheid* e della sua applicazione alla situazione delle donne in Afghanistan. – 3.1. Dall'*apartheid* su base razziale all'*apartheid* di genere, o della strada da Cape Town a Kabul. – 3.2. Del mancato riconoscimento del *gender apartheid* sul piano internazionale e dell'importanza di dare 'voce' e 'nome' all'esperienza delle donne afgane. – 3.3. Di un sistema giuridico che sminuisce la dimensione di genere dell'*apartheid*. – 4. Rispondere al *gender apartheid* sul piano internazionale, anche in assenza di riconoscimento della sua natura di crimine contro l'umanità. – 4.1. Il potenziale ricorso alla CIG per violazione della CEDAW. – 4.2. La richiesta di mandati d'arresto della CPI per i leader talebani. – 4.3. Considerazioni a margine sul riconoscimento di governo nel caso afgano. – 5. Le potenzialità di un riconoscimento indiretto dell'*apartheid* di genere: il ruolo della CGUE. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Sulla scia del lavoro dello UN *Working Group on Discrimination against Women and Girls*, in questo contributo si sosterrà che il riconoscimento del *gender apartheid* come crimine internazionale rafforzerebbe l'impegno della comunità internazionale per l'eliminazione di un sistema statale di discriminazione volto a mantenere il dominio sulle donne, quale quello esistente in Afghanistan. In questo scritto verrà dapprima presentata la situazione in Afghanistan a seguito del ritorno al potere dei Talebani nel 2021 per poi spiegare l'origine del termine *apartheid* e il silenzio del diritto internazionale con riguardo alla sua dimensione di genere. Ancorché in assenza di definizione giuridica del crimine sul piano internazionale, si valuteranno le vie per la giustizia attivate o potenzialmente attivabili a favore delle donne afgane innanzi alla Corte internazionale di giustizia e alla Corte penale internazionale. Nell'ultima parte del lavoro ci si soffermerà sulla violenza sistematica contro le donne compiuta dalle autorità di fatto talebane quale forma di persecuzione ai fini del riconoscimento di protezione internazionale, come affermato recentemente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

* Professoressa ordinaria di diritto internazionale, Università Ca' Foscari di Venezia, sara.devido@unive.it.

PAROLE CHIAVE: apartheid – genere – Afghanistan – crimini contro l'umanità – violenza sistematica – persecuzione

1. Introduzione

La violenza di genere contro le donne, come afferma la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011 (Convenzione di Istanbul), entrata in vigore undici anni fa, «è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione»¹. La violenza di genere contro le donne è tanto una violenza che si produce tra singoli individui, per la prevenzione e la repressione della quale gli Stati hanno precisi obblighi internazionali, quanto istituzionale, che si compie per il tramite di organi dello Stato, politiche o leggi². La violenza istituzionale, quella che produce ma anche tollera la violenza di genere contro le donne, assume le sue forme più gravi quando la legge espressamente prevede, ad esempio, che possano essere compiuti degli atti inumani volti al mantenimento di forme di dominazione sistematica da parte degli uomini nei confronti delle donne. È quello che viene definito «gender apartheid»³.

In queste pagine, sulla scia del lavoro del *Working Group on Discrimination against Women and Girls*, già presieduto da Dorothy Estrada-Tanck, si sosterrà che il riconoscimento del *gender apartheid* come crimine internazionale «would reinforce the international community's commitment to eliminating systems of rights' deprivation that go beyond gender-based discrimination in extremity and in nature»⁴. A tale riguardo, sarà prima presentata la situazione in Afghanistan a seguito del ritorno al potere dei Talebani nel 2021 (par. 2); si analizzeranno poi l'origine del termine *apartheid* e il silenzio del diritto internazionale con riguardo alla sua dimensione di genere (par. 3). Ancorché in assenza di definizione giuridica del crimine sul piano internazionale, si valuteranno le vie per la

¹ Sulla Convenzione, si veda ampiamente S. DE VIDO, M. FRULLI (a cura di), *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023.

² Sugli obblighi positivi in materia di prevenzione e repressione della violenza di genere, si veda A. OLLINO, *State Obligations and Due Diligence*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (a cura di), *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023. p. 136 ss.

³ K. BENNOUNE, *The International Obligation to Counter Gender Apartheid in Afghanistan*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2022, p. 25: «Gender apartheid is a hierarchical system that maintains the inferiority of women and the superiority of men, not simply their equal separation. As with gender apartheid, racial apartheid is grounded in discrimination, but what is crucial to understand is its composite and systematic nature».

⁴ Consiglio dei diritti umani, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity, Recommendations from the Working Group on Discrimination against Women and Girls*, UN Doc. A/HRC/WG.11/40/1 del 15 febbraio 2024, par. 23.

giustizia attivate o potenzialmente attivabili a favore delle donne afghane, in particolare: a) un potenziale ricorso alla Corte internazionale di giustizia (CIG) contro l’Afghanistan per violazione della Convenzione delle Nazioni Unite per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW) e la richiesta da parte del Procuratore della Corte penale internazionale (CPI) di mandato d’arresto nei confronti di due leader talebani per commissione di gravi crimini internazionali, l’analisi dei quali richiede alcune riflessioni sull’istituto giuridico del riconoscimento di governo nel diritto internazionale (par. 4); b) il riconoscimento della violenza sistematica contro le donne compiuta dalle autorità di fatto talebane quale forma di persecuzione ai fini dell’ottenimento di protezione internazionale, come affermato recentemente dalla Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) in una sentenza resa a seguito di rinvio pregiudiziale (par. 5).

2. La situazione in Afghanistan

Noi donne chiedevamo libertà e questo era una vera e propria eresia agli occhi dei talebani: per loro il fatto che le donne uscissero dalla segregazione domestica e lavorassero fuori allo stesso livello degli uomini era del tutto inaccettabile. Una donna rivoluzionaria non accettava di restare nascosta in casa e di dedicarsi solo alla procreazione e alla crescita dei figli. Chiedeva di condividere i lavori domestici con gli uomini. Una donna rivoluzionaria non si faceva più ingannare da un paradiso che era lì, sotto ai suoi piedi, o dal mettere al mondo figli come i talebani, orgoglio dell’umanità, e via dicendo. La donna rivoluzionaria considerava i talebani, e gli altri uomini e le donne che la pensavano come loro, una vergogna per l’umanità⁵.

Il regime talebano, autorità di fatto, come definita da più Stati e organizzazioni internazionali, in Afghanistan, è fondato sull’esclusione sistematica delle donne. Dal loro ritorno al potere nell’agosto 2021, i Talebani hanno imposto un regime di segregazione ed esclusione delle donne dalla vita sociale, culturale e politica del paese, che rispecchia quanto già avvenuto negli anni Novanta (primo periodo talebano: 1996-2001). Il Ministero pre-Taliban sulle questioni delle donne è, ad esempio, diventato il Ministero dei vizi e delle virtù, indicando anche lessicalmente il cambio di direzione politica imposto. Il regime ha in poco tempo adottato oltre 80 editti che limitano i diritti e le libertà delle donne⁶. Le donne non possono lavorare, perdendo in questo modo un’importante fonte di reddito per le proprie famiglie, e non posso frequentare la scuola al di sopra del sesto grado (corrispondente ai dodici anni). L’educazione universitaria,

⁵ R. RIZAEI in *Fuorché il silenzio. Trentasei voci di donne afghane*, Jouvence, 2024, p. 402-403. Testi in dari raccolti da Zainab Entezar, rivisti da Asef Soltanzadeh. Edizione italiana a cura di Daniela Meneghini. Il volume contiene la traduzione italiana di 36 testimonianze di attiviste afgane raccolte nei mesi successivi al ritorno al potere dei talebani in Afghanistan.

⁶ Consiglio dei diritti umani, *Draft Articles on Prevention*, cit., par. 25.

dove consentita, è segregata⁷. È soprattutto la discriminazione nel mondo dell'istruzione ad avere il maggiore impatto sulle donne, le ragazze e le bambine. L'istruzione è infatti la base per il godimento dei diritti umani fondamentali, per la libertà e l'autodeterminazione. Secondo l'UNICEF, a quattro anni dall'inizio di questa politica repressiva sistematica statale, è già possibile sostenere che le ripercussioni del divieto di andare a scuola si protrarranno per generazioni⁸. Difensore e difensori dei diritti umani, che si sono espresse a favore della tutela dei diritti delle donne, sono stati picchiati brutalmente. Inoltre, le donne non possono seguire una formazione professionale, lavorare in organizzazioni non governative ed internazionali, frequentare parchi e palestre: si creano così le condizioni per impedire il più possibile che le donne escano di casa⁹. Recentemente, alle donne è stata proibita una formazione che fino a quel momento era stata loro consentita, ovvero la preparazione per ostetricia. Considerato che l'Afghanistan ha il più alto livello di mortalità per parto del mondo, come riportato dall'Organizzazione mondiale della sanità, questo limite alla preparazione professionale delle ostetriche segna una condanna a morte per molte partorienti¹⁰.

Tra le ultime leggi adottate vi è quella sui vizi e le virtù¹¹, approvata dal leader supremo Hibatullah Akhundzada, secondo la quale le donne devono coprire interamente il loro corpo, incluso i loro volti, in qualsiasi momento mentre sono in pubblico per evitare di trarre gli uomini in tentazione e non devono cantare o parlare con tono di voce che consenta a non membri della loro famiglia di sentirle¹². Come è stato osservato da una studiosa e attivista per i diritti delle donne in Afghanistan, «[t]he new law seeks to completely silence women in public. They are prohibited from speaking, singing or praying aloud. The law also attempts to literally erase them from view, ordering women to cover every part of their body and face in public»¹³. La punizione prevista in caso di violazione include detenzione, percosse, tortura, stupro e morte. I Taliban hanno abusato

⁷ La storia del regime del terrore contro le donne afgane è ricostruita nel rapporto Ham Diley Campaign, *Handbook on Universal Jurisdiction: Holding the Taliban Accountable for International Crimes*, settembre 2024, p. 130 ss. Si veda altresì K. BENNOUNE, *The International Obligation to Counter Gender Apartheid*, cit.

⁸ UNICEF, *As New School Year Starts in Afghanistan, almost 400,000 More Girls Deprived of their Right to Education, Bringing Total to 2.2 million*, Statement by UNICEF Executive Director Catherine Russell on the third anniversary of the ban on secondary education for girls in Afghanistan, 21 marzo 2025, www.unicef.org

⁹ Consiglio dei diritti umani, *Draft Articles on Prevention*, cit., par. 26.

¹⁰ F. DRURY, T. GHARANAI, *Afghan Women 'Banned from Midwife Courses' in Latest Blow to Rights*, in BBC, 4 dicembre 2024, www.bbc.com.

¹¹ J. BUTT, *The Propagation of Virtue and Prevention of Vice Law*, in *Afghanistan Analyst Network*, 31 agosto 2024, www.afghanistan-analyst.org.

¹² D. MAZURANA, S. SAMAR, *How the Taliban's New 'Vice and Virtue' Law Erases Women by Justifying Violence against Them*, in *The Conversation*, 30 settembre 2024.

¹³ *Ibid.*

sessualmente di donne e ragazze in prigione: un video mostra lo stupro di massa di una attivista per i diritti delle donne che aveva protestato in pubblico¹⁴.

Alle ingiustizie non c'è rimedio in un sistema che ha abolito anche la Commissione indipendente afghana per i diritti umani e ha chiuso le case rifugio e i centri di protezione delle donne vittime di violenza domestica. I diritti alla vita, al rispetto della vita privata e familiare, all'integrità personale, all'istruzione, al lavoro, alla libertà di espressione e di riunione sono costantemente minacciati.

In un rapporto congiunto al Consiglio dei Diritti Umani dell'ONU, Richard Bennet, Relatore speciale sulla situazione dei diritti umani in Afghanistan, e Dorothy Estrada-Tanck, presidente del già citato *Working Group on Discrimination against Women and Girls*, hanno espresso preoccupazione per le informazioni ricevute relative a omicidi collegati al genere, che nascono dal «systematic enforcement of discriminatory gender roles» e punizioni per quanto le autorità *de facto* afghane considerano «un comportamento femminile inappropriato»¹⁵. Una politica che discrimina in modo sistematico le donne incentiva l'impunità con riguardo, ad esempio, ai femminicidi¹⁶. Un'analisi intersezionale porta poi a riflettere su quanto alcune donne e ragazze siano colpite in modo sproporzionato dalla mancanza di accesso a servizi e risorse, ad esempio coloro che sono membri di gruppi etnici o religiosi marginalizzati – Hazara Shias – o che vivono in povertà, nelle aree rurali, o in nuclei familiari privi di componenti maschili¹⁷. Gli editti, che colpiscono anche gli uomini che non fanno rispettare le leggi islamiche alle donne, hanno limitato «in modo significativo» la capacità delle donne di impegnarsi nella società, avere accesso a servizi di base e guadagnarsi da vivere, causando una sensazione di «soffocamento» come è stata descritta dalle stesse donne afghane¹⁸.

L'attacco alle donne è accompagnato anche da un attacco alle istituzioni internazionali che hanno condannato l'operato del regime talebano e avviato delle procedure per il riconoscimento della responsabilità penale individuale dei leader talebani. Ad esempio, il 19 febbraio 2025, il portavoce delle autorità di fatto afghane ha dichiarato che «Islamic Emirate of Afghanistan (...) does not recognize any legal obligation under

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Consiglio dei diritti umani, *Situation of Women and Girls in Afghanistan, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan and the Working Group on Discrimination against Women and Girls*, UN Doc. A/HRC/53/21 del 15 giugno 2023, par. 77.

¹⁶ *Ibid.* Le autorità *de facto* talebane invocano la tutela dei diritti delle donne «in strict accordance with Sharia law, as well as the cultural and traditional frameworks of Afghan society», giustificando per questa via violenze e abusi. La *United Nations Assistance Mission in Afghanistan* (UNAMA) ha documentato casi di violenza di genere contro donne e ragazze, «including an instance where *de facto* authority officials attempted to enforce a forced marriage and another where they encouraged a victim to stay in a marriage where she was being physically abused as the perpetrator was her husband» (UNAMA, *Update on the Human Rights Situation in Afghanistan: January-March 2025 Update*, 1 maggio 2025, www.ohchr.org, p. 3).

¹⁷ Consiglio dei diritti umani, *Situation of Women and Girls in Afghanistan*, cit., par. 87.

¹⁸ *Ivi*, par. 22.

the Rome Statute and deems the previous administration's accession to this statute to be devoid of legal validity»¹⁹, mentre il 30 marzo 2025 il leader dei Talebani Hibatullah Akhundzada ha dichiarato che le c.d. «leggi occidentali» sono irrilevanti per l'Afghanistan e sottolineato che la legge islamica è sufficiente nel paese²⁰.

3. Delle origini del termine *gender apartheid* e della sua applicazione alla situazione delle donne in Afghanistan

Dopo aver descritto brevemente, senza pretesa di esaustività²¹, la situazione delle donne in Afghanistan, è opportuno ora chiedersi se le politiche dell'autorità di fatto afgane costituiscano non solo una violazione dei diritti umani fondamentali – ciò è inequivocabile – ma anche una forma di persecuzione e di *apartheid* sulla base del genere. Nel già citato rapporto congiunto, esperti ONU hanno espresso preoccupazione per la persecuzione di genere, un crimine contro l'umanità in base allo Statuto di Roma istitutivo della CPI, che si sta compiendo in Afghanistan²². Hanno altresì osservato, pur nell'assenza di uno specifico crimine internazionale, che la definizione di *apartheid*, declinato sulla base del genere, è una «descrizione accurata della situazione [di] sistematica discriminazione nei confronti delle donne e delle ragazze», che è «al centro della ideologia e della legge dei Talebani»²³. E ancora, nel 2024, esperti ONU hanno dichiarato che «gender apartheid is not merely a theoretical possibility or legal construct, but a real threat and lived reality for millions of women and girls around the world – a reality that is currently not explicitly codified in international law»²⁴. Nelle prossime pagine dimostreremo che in effetti il riconoscimento del crimine di *gender apartheid* permette di cogliere il carattere di sistematicità della discriminazione, segregazione ed esclusione delle donne dalla società afgana, nonché l'intento specifico di mantenere una forma di dominazione nei loro confronti. Non si procederà invece a definire cosa sia il *gender apartheid*; riteniamo infatti che la definizione giuridica di *apartheid* sia già ben consolidata nel diritto internazionale e che il sistema internazionale sia silente per quanto riguarda una delle sue dimensioni, ovvero quella del genere.

¹⁹ UNAMA, *Update on the Human Rights Situation in Afghanistan*, cit., p. 4.

²⁰ O. AL YAHHYAI, *Taliban Leader Declares Western Laws Unnecessary in Afghanistan*, in *Euronews*, 31 marzo 2025.

²¹ Sul punto si veda nel dettaglio ampiamente Consiglio dei diritti umani, *Situation of Women and Girls in Afghanistan*, cit.

²² *Ivi*, par. 92-93.

²³ *Ivi*, par. 95.

²⁴ Ufficio dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Gender Apartheid must be Recognised as a Crime against Humanity*, 20 febbraio 2024, www.ohchr.org.

3.1. Dall'*apartheid* su base razziale all'*apartheid* di genere, o della strada da Cape Town a Kabul

Come è noto, il termine *apartheid*, tradotto dall'Afrikaans «separazione», descrive la politica di segregazione dei neri da parte della classe politica dominante bianca in Sud Africa, proseguita fino al 1994²⁵. Sul piano giuridico, la Convenzione internazionale per l'eliminazione e la repressione del crimine di apartheid del 1973, ratificata da 110 Stati, definisce l'*apartheid* un crimine contro l'umanità, caratterizzato da atti inumani aventi lo scopo di «dominare» un altro gruppo razziale e «opprimerlo sistematicamente», quali, ad esempio, la negazione a uno o più membri del gruppo del diritto alla vita e della libertà o ancora il diniego del diritto all'istruzione, al lavoro, al movimento, alla libertà di espressione. L'*apartheid* (razziale) è inoltre incluso tra i crimini contro l'umanità dello Statuto di Roma che ha istituito la CPI²⁶. Il crimine di *apartheid* (sempre e solo razziale) rientra altresì nella definizione di crimini contro l'umanità del Progetto di Articoli sulla prevenzione e la repressione dei crimini contro l'umanità (da qui in poi 'Progetto di Articoli'), adottato nel 2019 dalla Commissione di diritto internazionale²⁷. In base a quest'ultimo progetto l'*apartheid* si caratterizza per «inhumane acts [...], committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime»²⁸.

Non è difficile notare il parallelo tra questi atti inumani, che configurano il crimine di *apartheid*, e le forme di oppressione delle donne in Afghanistan. Sima Wali fu tra le prime donne afgane a chiedere il riconoscimento dell'*apartheid* di genere nel 1990, all'epoca del primo regime dei Talebani, spiegando, nel 2002, che la «ferocia degli attacchi contro le donne afgane era stata così seria e draconiana che un nuovo termine, *gender apartheid*, è stato coniato per descrivere la misura di questo nuovo tipo di orrore che è rivolto specificatamente contro di loro»²⁹. Meno noto è che il primo esperto a livello

²⁵ K. BENNOUNE, *The International Obligation to Counter Gender Apartheid*, cit., p. 17. Si veda altresì *A History of Apartheid in South Africa*, disponibile al sito www.sahistory.org.za.

²⁶ Statuto di Roma della CPI, art. 7, par. 1, lett. h), e art. 7, par. 2, lett. g) sui crimini contro l'umanità.

²⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2019, vol. II, Part Two. Sul punto, R. ACQUAROLI, *Il progetto di Codice dei crimini internazionali. Un'occasione mancata?*, in R. ACQUAROLI, A. CALIGIURI (a cura di), *L'Italia e la repressione dei crimini internazionali*, Napoli, 2024, p. 30 ss.; C.C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention on Crimes Against Humanity: Codification, Progressive Development, or Both?*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2020, p. 331 ss.

²⁸ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, cit., art. 2, par. 2, lett. h).

²⁹ Nazioni Unite, *Statement by Ms. Sima Wali President of Refugee Women in Development at UN Panel Discussion on Support for Afghan Women*, 8 marzo 2002, www.un.org; A. RAZ MOHAMMAD, A. RADHAKRISHNAN, *The Growing Imperative to Recognize and Codify Gender Apartheid: Demonstrating the Need and Responding to Critics*, in *Opinio Juris*, 7 aprile 2025.

internazionale a definire le azioni dei Taliban come *apartheid* di genere è stato l'allora Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di religione e credo, Abdelfattah Amor. Nel suo rapporto all'allora Commissione diritti umani del 1999, l'esperto ONU ha dichiarato che delle oltre 60 comunicazioni inviate agli Stati, tre – due delle quali specificatamente sulla situazione delle donne – erano contro l'autorità di fatto dei Talebani che «has introduced what is in point of fact a system of apartheid in respect of women, based on its interpretation of Islam: exclusion of women from society, employment and schools, obligation for women to wear the burqa in public and restrictions on travel with men other than members of the family»³⁰.

Se è certo vero che il termine *apartheid* è stato coniato per descrivere la specifica discriminazione nei confronti dei neri, qualsiasi fosse il loro genere, identità di genere, orientamento sessuale, in Sud Africa, l'*apartheid* si fondava altresì su un potere fortemente patriarcale, caratterizzato da tre elementi: una cultura maschilista propria di uno Stato autoritario e militaristico; i residui di una cultura maschilista appartenente alla lotta violenta anti-*apartheid*; aspetti di un diritto consuetudinario indigeno che subordinava le donne³¹. In altri termini, è indubbio che tutti i generi abbiano subito l'*apartheid*, ma nel sistema patriarcale di un potere militare quale quello esistente all'epoca, la violenza «became an integral part of white South Africa's maintenance of rigid racial hierarchies, and it also reinforced a militaristic masculinity predicated on the subordination of white women and the suppression of black women»³². Come è stato osservato, il sistema di *apartheid* era pervasivo, «enforcing rigid racial segregation, but also in racializing gender»³³. Per le donne africane, l'*apartheid* significava «the entrenched denial of a host of rights, including one of the most fundamental of rights – the right to travel freely to seek gainful employment»³⁴. Non poter muoversi e lavorare poneva le donne in un ciclo di dipendenza dai loro mariti assenti, in quel meccanismo di separazione sistematica delle donne dai loro mariti e dei figli dai loro padri³⁵.

I diritti delle donne e questioni di parità di genere si sono affermate solo alla fine del regime di *apartheid*, al momento dell'elaborazione del testo della nuova Costituzione

³⁰ Commissione dei diritti umani, *Report submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur, in accordance with Commission on Human Rights Resolution 1998/18*, UN Doc. E/CN.4/1999/58 dell'11 gennaio 1999, par. 26.

³¹ P.E. ANDREWS, *From Cape Town to Kabul Rethinking Strategies for Pursuing Women's Human Rights*, Londra, p. 100-101.

³² *Ivi*, p. 101.

³³ P.E. ANDREWS, *From Gender Apartheid to Non-Sexism: The Pursuit of Women's Rights in South Africa*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2000, p. 694.

³⁴ *Ivi*, p. 695.

³⁵ F. MEER, *Women in the Apartheid Society*, in E.S. REDDY (ed), *The Struggle for Liberation in South Africa and International Solidarity*, New Delhi, p. 173 ss.; P. E. ANDREWS, *The Stepchild of National Liberation: Women and Rights in the Post-Apartheid South Africa*, in P. E. ANDREWS, S. ELLMANN (eds), *The Post-Apartheid. Constitutions: Perspectives on South Africa's Basic Law*, Johannesburg, 2001.

sudafricana. Ne consegue che il parallelo tra la situazione sudafricana e quella afghana non è del tutto fuori luogo e che la categoria giuridica dell'*apartheid* razziale potrebbe – e, sosteneremmo in queste pagine, dovrebbe – essere estesa all'*apartheid* di genere. Come è stato affermato da una avvocatessa che ha lavorato per anni a difesa delle persone vittime dell'*apartheid* in Sud Africa:

When one reads the Apartheid Convention closely, and replaces «gender» with «race/apartheid», a compelling argument can be made that the situation of women is in some ways identical to the plight of black South Africans under apartheid. In fact, the definition provided for in the Apartheid Convention draws strong parallels between the situation of women in Afghanistan and the situation of black South Africans under apartheid³⁶.

3.2. Del mancato riconoscimento del *gender apartheid* sul piano internazionale e dell'importanza di dare 'voce' e 'nome' all'esperienza delle donne afghane

Eppure, nonostante sia ragionevole affermare che la situazione delle donne afghane sia configurabile quale *gender apartheid*, per quanto si è detto, soprattutto nell'intento di mantenere forte una dominazione sulle donne, quest'ultimo non viene riconosciuto sul piano internazionale in strumenti giuridici vincolanti (in vigore o di possibile prossima adozione). Così, nello Statuto di Roma, e nel sopraccitato Progetto di Articoli, nella definizione di crimini contro l'umanità è presente la persecuzione sulla base del genere, dove per persecuzione, ai sensi di quest'ultimo documento, si intende la privazione seria ed intenzionale di diritti fondamentali contraria al diritto internazionale in ragione dell'appartenenza ad un gruppo³⁷. Nella *ICC Policy on the Crime of Gender Persecution* del 2022 si sottolinea come il crimine di persecuzione sulla base del genere venga commesso contro una persona «a causa delle sue caratteristiche sessuali e/o a causa di costrutti sociali e criteri utilizzati per definire genere»³⁸ e privi la persona del diritto fondamentale di essere libera dalla discriminazione e di altri diritti³⁹. La privazione dei diritti fondamentali può avvenire tramite violenza o distruzione o mediante l'imposizione di regolamentazioni che hanno un impatto su ogni aspetto della vita di una persona. Con riferimento all'elemento soggettivo del crimine, esso si caratterizza per la volontà del perpetratore di voler causare una privazione seria dei diritti fondamentali; per l'intento

³⁶ P.E. ANDREWS, *From Cape Town*, cit., p. 156.

³⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, cit., art. 7, par. 2, lett. g).

³⁸ CPI, Ufficio del procuratore, *Policy on the Crime of Gender Persecution*, 2022, p. 6. La CPI è ora al lavoro sull'elaborazione di «a comprehensive set of principles on gender persecution to provide guidance for increasing its prevention, and ensuring protection and participation of its survivors» (si veda CPI, The Office of the Prosecutor Launches Public Principles to Advance Understanding of the Crime of Gender Persecution, comunicato stampa del 17 gennaio 2024) www.icc-cpi.int.

³⁹ CPI, Ufficio del procuratore, *Policy on the Crime of Gender Persecution*, cit., par. 24.

specifico di discriminare; per la conoscenza del fatto che la condotta sia parte di un attacco sistematico e diffuso⁴⁰.

Quello che manca nella definizione di persecuzione sulla base del genere è tuttavia l'elemento dell'intento di mantenere un regime di dominazione. In Afghanistan esiste la persecuzione sulla base del genere, che però è parte di uno schema di violenza statale guidata dall'obiettivo di dominare e opprimere. Come è stato osservato dal *Working Group*:

[...] currently recognized violations of the human rights of women and girls and gender-specific crimes, such as gender persecution, although highly significant, lack provisions explicitly recognizing the institutional and mass character of violations amounting to apartheid [...] recognizing gender apartheid as an explicit crime under international law would allow for the consideration of each constitutive act of gender persecution within these regimes as components of the larger system of institutionalized and systematized oppression that results in apartheid⁴¹.

L'elemento dell'intento specifico di dominare e opprimere consentirebbe di caratterizzare le politiche dell'autorità *de facto* afgane e di distinguerle da altre forme di discriminazione di genere, «unfortunately still widespread, and multiple other forms of gender inequality present throughout the world»⁴². Da qui la necessità di riconoscere anche il *gender apartheid* tra i crimini contro l'umanità nel Progetto di articoli in discussione. Sempre il medesimo *Working Group* già citato, in un documento di impulso al Progetto di Articoli sui crimini contro l'umanità, basato su interviste a donne afgane dentro e fuori il paese, analisi degli editti in vigore e documentazione di ricerca, ha sostenuto che «*gender apartheid* may be acknowledged simultaneously as a violation of a *jus cogens* norm under general public international law, as a grave and systematic human rights violation under international human rights law and as a crime under international criminal law»⁴³.

Aggiungendo il *gender apartheid* tra i crimini contro l'umanità – ha precisato il *Working Group* – la comunità internazionale riconoscerebbe finalmente che politiche e prassi degli Stati che relegano le donne a condizioni di estrema disuguaglianza e oppressione, con l'intenzione di mantenere questa dominazione ed estinguere i loro diritti umani fondamentali «reflect the very core of the apartheid system»⁴⁴. Nella relazione tra persecuzione sulla base del genere e *gender apartheid*, l'esistenza della prima, o meglio, l'esistenza di ogni singolo atto di persecuzione potrebbe essere elemento utile per provare la commissione del secondo crimine, oppure potrebbe esserci persecuzione senza

⁴⁰ *Ivi*, par. 46.

⁴¹ Consiglio dei diritti umani, *Draft Articles on Prevention*, cit., par. 13.

⁴² *Ivi*, par. 17.

⁴³ *Ivi*, par. 8.

⁴⁴ *Ivi*, par. 20.

apartheid in quanto assente quell'elemento caratterizzante dell'intenzione di produrre e mantenere un regime di oppressione e dominazione.

3.3. Di un sistema giuridico che sminuisce la dimensione di genere dell'*apartheid*

Alla luce di quanto si è detto, ci si potrebbe interrogare sulle ragioni della difficoltà di riconoscimento del *gender apartheid* quale crimine internazionale. Riteniamo che il diritto internazionale stesso, a meno che non venga interpretato ed applicato con un occhio sensibile al genere, perpetui discriminazioni intersezionali e si fondi su un sistema di potere patriarcale⁴⁵. Lo schema di dominazione e l'intento di mantenere siffatta dominazione che troviamo nell'*apartheid* razziale è presente indubbiamente anche nell'*apartheid* di genere. Eppure, le difficoltà in seno alla Commissione di diritto internazionale, durante le discussioni per il Progetto di articoli, sembrano insormontabili. Pur in assenza di riconoscimento in un trattato internazionale, ci si potrebbe chiedere se il divieto di *gender apartheid* non si sia già consolidato come norma cogente del diritto internazionale, cioè una norma fondamentale dell'ordinamento, che tutela valori irrinunciabili per la comunità internazionale. Alcuni giuristi e giuriste potrebbero manifestare forte disappunto di fronte a questa affermazione, data la cautela con cui si sostiene il consolidamento di norme imperative del diritto internazionale, ma essa non è priva di fondamento. È invero anche questa la risposta che il diritto internazionale può dare, alla luce della prassi degli Stati, la quale depone a favore di una condanna netta di forme di discriminazione di genere contro le donne come quelle perpetrate in Afghanistan. Già nel 1993, le giuriste Hilary Charlesworth (oggi, come è noto, giudice della CIG) e Christine Chinkin scrivevano che il concetto di norma cogente «non è mai stato davvero universale in quanto il suo sviluppo ha privilegiato le esperienze degli uomini su quelle delle donne»⁴⁶. La storia del diritto, anche del diritto internazionale, è stata (ed è) una storia di silenzi. È tempo di rompere questi silenzi, di dare un nome a ciò che avviene e di promuovere una cultura giuridica che sia davvero attenta al genere.

4. Rispondere al *gender apartheid* sul piano internazionale, anche in assenza di riconoscimento della sua natura di crimine contro l'umanità

In assenza di affermazione del crimine di *gender apartheid* quale crimine contro l'umanità sul piano internazionale – che, come si è detto è auspicabile e meglio descriverebbe la situazione di discriminazione sistematica proveniente da istituzioni statali – Stati e organizzazioni non governative stanno percorrendo altre strade per riconoscere la

⁴⁵ Sul punto l'analisi sempre attuale di C. CHINKIN, H. CHARLESWORTH, *The Boundaries of International Law*, Manchester, 2022.

⁴⁶ C. CHINKIN, H. CHARLESWORTH, *The Gender of Jus Cogens*, in B.B. LOCKWOOD (ed.), *Women's Rights: A Human Rights Quarterly Reader*, Baltimore, 2006, p. 64.

responsabilità delle autorità talebane. Ne esamineremo qui due: la prima, il possibile ricorso alla CIG annunciato da alcuni Stati nel 2024 per violazione delle disposizioni della CEDAW (par. 4.1); la seconda, la richiesta di mandato d'arresto nei confronti di due leader talebani avanzata dal Procuratore della CPI (par. 4.2). Questa parte rifletterà anche sulla rappresentanza dell'Afghanistan davanti alle giurisdizioni internazionali e, inevitabilmente, sul concetto di riconoscimento di governo (par. 4.3).

4.1. Il potenziale ricorso alla CIG per violazione della CEDAW

Sulle violazioni persistenti e sistematiche dei diritti delle donne volte a mantenere un regime di dominazione e di oppressione nei loro confronti potrebbe – il condizionale è d'obbligo non essendoci stata una presentazione formale del ricorso – pronunciarsi la CIG. I Paesi Bassi, la Germania, l'Australia e il Canada hanno infatti dichiarato a settembre 2024, sostenuti da altri 26 governi, di voler proporre un ricorso alla CIG contro l'Afghanistan lamentando la violazione di numerose disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, ratificata anche dall'Afghanistan⁴⁷. Il ricorso si fonderebbe sull'art. 29 della CEDAW, clausola compromissoria che sul piano procedurale richiede che la controversia sia: a) risolta attraverso negoziati; b) nel caso in cui ciò non sia possibile, sottoposta ad arbitrato su richiesta di una delle parti della controversia; c) se entro sei mesi dalla data della richiesta di arbitrato le parti sono incapaci di concordare sull'organizzazione dell'arbitrato, sottoposta alla CIG sempre su richiesta di una delle parti. La procedura è dunque articolata, essendo le condizioni qui presentate cumulative secondo una interpretazione testuale della norma. Sull'applicazione dell'art. 29 si è pronunciata la Corte dell'Aja in *Repubblica Democratica del Congo c. Rwanda*⁴⁸. Nel caso di specie, la Corte osservava che, nonostante le proteste sul piano internazionale da parte del Congo, non vi fossero prove sufficienti per confermare che lo Stato avesse «sought to commence negotiations in respect of the interpretation or application of the Convention»⁴⁹. Anche con riferimento al secondo requisito procedurale, il ricorso all'arbitrato, la CIG riteneva che il Congo non avesse dimostrato alcun tentativo di «initiate arbitration proceedings with Rwanda under Article 29 of the Convention» e che non fosse sufficiente sostenere «the impossibility of opening or advancing in negotiations with Rwanda» tale da impedire allo Stato di «contemplating having recourse to arbitration»⁵⁰. Aggiungeva altresì che:

⁴⁷ L'Afghanistan ha ratificato la Convenzione il 5 marzo 2003, senza apporre alcuna riserva. Il numero totale di ratifiche al 26 aprile 2025 è di 189.

⁴⁸ CIG, sentenza del 3 febbraio 2006, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, p. 6.

⁴⁹ *Ivi*, par. 91.

⁵⁰ *Ivi*, par. 92.

since this is a condition formally set out in Article 29 of the Convention on Discrimination against Women, the lack of agreement between the parties as to the organization of an arbitration cannot be presumed. The existence of such disagreement can follow only from a proposal for arbitration by the applicant, to which the respondent has made no answer or which it has expressed its intention not to accept⁵¹.

Al momento attuale, non ci sono stati tentativi di negoziati e di successivo ricorso all'arbitrato, quantomeno non comunicati formalmente. Vi è altresì il dubbio che le autorità *de facto* afgbane possano agire per ritardare quanto più possibile la procedura o possano altresì esprimere la volontà di recedere dalla CEDAW, con i limiti di cui diremo *infra* con riferimento al riconoscimento dei Talebani⁵².

4.2. La richiesta di mandati d'arresto della CPI per i leader talebani

Il 23 gennaio 2025, il Procuratore della CPI, Kareem Khan, ha annunciato di aver richiesto alla Corte di spiccare mandati d'arresto per due leader talebani, segnatamente il leader supremo e il Presidente della Corte suprema in Afghanistan per il crimine contro l'umanità di persecuzione sulla base del genere, in base all'art. 7(1)(h) dello Statuto di Roma. La Camera preliminare della Corte ha spiccato i mandati d'arresto l'8 luglio 2025, constatando che esistono ragionevoli motivi per ritenere che i due individui abbiano commesso il crimine contro l'umanità di persecuzione. I leader talebani contestano la partecipazione dell'Afghanistan allo Statuto di Roma.

La Camera preliminare II della CPI che, come è noto, è competente a giudicare la responsabilità penale individuale con riferimento alla commissione dei crimini internazionali indicati nello Statuto di Roma, ha avuto modo di pronunciarsi sulla complessa questione della situazione afgbana, in particolare sull'identificazione dell'autorità che rappresenta l'autorità statale dall'agosto del 2021, in risposta alla richiesta del Procuratore di autorizzare la riapertura delle indagini in Afghanistan, dunque molto prima della recente richiesta da parte del medesimo di spiccare mandati d'arresto nei confronti di due leader talebani. Con decisione dell'8 ottobre 2021, la Camera preliminare osservava che la richiesta non poteva essere opportunamente decisa senza rispondere al quesito «of which entity actually constitutes the State authorities of Afghanistan since 15 August 2021; rather, this question is central to the triggering of the procedure under article 18(2) of the Statute»⁵³. Per questa ragione, la Camera richiedeva al Segretario

⁵¹ *Ibid.* Si veda *infra* sull'avvio dei negoziati quale forma di riconoscimento implicito delle autorità *de facto* talebane quale governo dell'Afghanistan.

⁵² K. WIGARD, *A Groundbreaking Move: Challenging Gender Persecution in Afghanistan at the ICJ*, in *EJIL:Talk!*, 30 settembre 2024.

⁵³ CPI, Camera preliminare II, decisione dell'8 ottobre 2021, n. ICC-02/17, *Decision Setting the Procedure Pursuant to rule 55(1) of the Rules of Procedure and Evidence following the Prosecutor's Request to Authorise Resumption of Investigation under Article 18(2) of the Statute*, par. 16.

generale delle Nazioni Unite e all'Ufficio dell'Assemblea degli Stati parte della CPI, alla luce dei rispettivi mandati, di fornire informazioni a riguardo.

Come riportato nell'ordinanza della Camera penale del 24 febbraio 2022, il Sottosegretario generale per gli affari giuridici e il Consigliere giuridico delle Nazioni Unite hanno risposto alla CPI che il Segretario generale e il Segretariato delle Nazioni Unite non si impegnano in atti di riconoscimento di governi, questione che pertiene ai singoli Stati membri, e che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite non aveva preso una decisione sulla rappresentanza dell'Afghanistan in seno alle Nazioni Unite⁵⁴. La Camera prendeva dunque atto che «there is at this time no conclusive determination as to the identity of the authorities currently representing Afghanistan»⁵⁵. Tuttavia, ciò non impediva alla Camera di esercitare il proprio potere di richiedere osservazioni all'Afghanistan e di pronunciarsi sulla richiesta del Procuratore. A riguardo, la Camera rifletteva sul fatto che cambiamenti di governo non avevano alcun impatto sulla continuità degli Stati, la prassi della CPI essendo quella di non interrompere le comunicazioni, la cooperazione e di non sospendere i procedimenti in corso⁵⁶. Ricordava altresì che qualsiasi governo «in place» è l'entità rilevante per informare la Corte sul se quel particolare Stato abbia svolto o meno le dovute indagini nei confronti di cittadini o altri nell'ambito della propria giurisdizione. Benché – ammetteva la Camera – non vi fosse formalmente alcun riconoscimento formale dei membri del gruppo che estromise il governo di Ashraf Ghani quale nuovo governo dello Stato, molti Stati hanno intrattenuto rapporti e cooperato con questo. Riferendosi al gruppo come «Afghanistan *de facto* authorities or the *de facto* government of Afghanistan», Stati ed organizzazioni internazionali, inclusa l'Unione europea, hanno considerato dunque i membri di tale gruppo quali interlocutori dell'Afghanistan⁵⁷. La Camera preliminare concludeva riferendosi alle «autorità attualmente rappresentanti l'Afghanistan», quindi i Talebani⁵⁸.

In risposta all'inerzia delle autorità afgane, la Camera preliminare II della CPI ha autorizzato il Procuratore ad avviare nuovamente le indagini con riferimento alla situazione afgana il 31 ottobre 2022⁵⁹. Successivamente, il 4 aprile 2023, la Camera d'appello della CIP ha emesso una sentenza come risposta all'appello del Procuratore e emendato la decisione della Camera preliminare per allinearla allo scopo delle indagini, in

⁵⁴ CPI, Camera preliminare II, ordinanza del 24 febbraio 2022, n. ICC-02/17, *Order Setting the Schedule for the Filing of Submissions in the Proceedings Pursuant to Article 18(2) of the Rome Statute and Rule 55(2) of the Rules of Procedure and Evidence*.

⁵⁵ CPI, Camera preliminare II, *Decision Setting the Procedure Pursuant to rule 55(1) of the Rules of Procedure and Evidence following the Prosecutor's Request to Authorise Resumption of Investigation under Article 18(2) of the Statute*, cit., par. 14.

⁵⁶ *Ivi*, par. 15.

⁵⁷ *Ivi*, par. 17.

⁵⁸ *Ivi*, par. 18. Corsivo aggiunto.

⁵⁹ CPI, Camera preliminare II, decisione del 31 ottobre 2022, n. ICC-02/17-196, *Decision Pursuant to Article 18(2) of the Statute Authorising the Prosecution to Resume Investigation*.

particolare per evitare che venissero esclusi i crimini commessi dopo il 5 marzo 2020⁶⁰. Il 28 novembre 2024, Cile, Costa Rica, Spagna, Francia, Lussemburgo e Messico hanno formalmente rinviato la situazione in Afghanistan alla CPI⁶¹. Il linguaggio usato dagli Stati è indicativo della situazione: essi infatti hanno evidenziato il fatto che l'azione della CPI è necessaria in quanto «the *de facto* authorities will continue infringing upon women and girls' fundamental rights in an attempt to erase them from existence» e richiesto al Procuratore di considerare i crimini commessi contro le donne e le ragazze dopo la presa di potere dei Talebani nel 2021 nell'ambito delle indagini nella situazione della Repubblica islamica dell'Afghanistan. Da un punto di vista procedurale, il problema è stato la trasmissione delle ordinanze della Camera preliminare allo Stato, che era stata condotta attraverso un invio all'ambasciata afghana all'Aja, controllata dal governo che è stato spodestato dai Talebani, per successiva poi trasmissione alle «competenti autorità afghane»⁶².

4.3. Considerazioni a margine sul riconoscimento di governo nel caso afghano

La questione che si pone con riferimento alle autorità *de facto* talebane non è nuova: chi rappresenta uno Stato affetto da un colpo di Stato, o da altra modifica di governo costituzionalmente illegittima, in controversie innanzi a corti e tribunali internazionali, in particolare con riferimento a casi che sono ancora pendenti?⁶³ Nel caso dell'Afghanistan, la situazione è complicata dall'assenza di riconoscimento formale da parte degli Stati, dall'inerzia del Comitato delle credenziali delle Nazioni Unite⁶⁴ e dal linguaggio del Consiglio di Sicurezza, che in una recente risoluzione si è rivolto direttamente ai Talebani

⁶⁰ CPI, sentenza del 4 aprile 2023, n. ICC-02/17 OA5, *Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber II Entitled Decision Pursuant to Article 18(2) of the Statute Authorising the Prosecution to Resume Investigation*.

⁶¹ CPI, *Referral on the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Situation in Afghanistan)*, 28 novembre 2024.

⁶² S. HASAR, *Representation of Afghanistan before the International Court of Justice*, in *EJIL:Talk!*, 16 ottobre 2024.

⁶³ M. MILANOVIC, *Two Questions on Coups and Representation before International Courts*, in *EJIL:Talk!*, 12 maggio 2021.

⁶⁴ Comitato delle credenziali Nazioni Unite, *Credentials of Representatives to the Seventy-Ninth Session of the General Assembly*, UN Doc. A/RES/79/132 del 20 novembre 2024, par. 9-10: «The Committee had before it two communications concerning the representation of Afghanistan at the seventy-ninth session of the General Assembly, indicating different individuals as representatives to the seventy-ninth session of the Assembly. The first was dated 3 September 2024 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Afghanistan to the United Nations in New York. The second was dated 10 September 2024 from the Ministry of Foreign Affairs of Afghanistan. 10. The Chair proposed that the Committee postpone its consideration of the credentials pertaining to the representatives of Myanmar and of the credentials pertaining to the representatives of Afghanistan to the seventy-ninth session of the General Assembly, and to revert to consideration of these credentials at a future time in the seventy-ninth session. The proposal was adopted without a vote».

chiedendo loro di «swiftly reverse these policies and practices, including the “vice and virtue” directive and the decision to suspend women’s and girls’ access to education in private and public medical institutions» e di agire per il contrasto al terrorismo internazionale⁶⁵. Nell’estate del 2024, al momento del terzo dei *meeting* di Doha per discutere dell’Afghanistan, funzionari delle Nazioni Unite hanno escluso le donne su insistenza dei Talebani, accogliendone dunque le richieste⁶⁶. È ragionevole dunque chiedersi quale effetto abbia questa prassi nei confronti dei Talebani – mancato riconoscimento formale⁶⁷ – che si accompagna tuttavia ad una più pratica e selettiva relazione con questi ultimi, alla luce dei procedimenti in corso o potenziali davanti alla CIG e alla CPI.

Gli Stati che hanno avanzato l’ipotesi di un ricorso alla CIG hanno richiamato, ad esempio, la responsabilità «dell’Afghanistan e delle autorità di fatto talebane di cessare immediatamente le violazioni dei diritti umani delle donne e delle ragazze» e:

This action is without prejudice to our firm position that we do not politically recognize the Taliban *de facto* authorities as the legitimate representation of the Afghan population. Afghanistan’s failure to fulfill its human rights treaty obligations is a key obstacle to normalization of relations. However, we stress that the Taliban *de facto* authorities remain responsible to uphold and fulfill the international legal obligations of Afghanistan, including on the elimination of discrimination of women and girls under CEDAW⁶⁸.

Secondo un autore, il ricorso davanti alla CIG equivarrebbe ad un riconoscimento implicito del governo di fatto dei Talebani quale governo dell’Afghanistan⁶⁹. La distinzione tra riconoscimento di uno Stato e riconoscimento di un suo governo⁷⁰ – il secondo riferito ad una transizione di potere spesso violenta (*coup d’Etat*) o illegittima

⁶⁵ Consiglio di sicurezza, *Resolution 2777 (2025)*, UN Doc. S/RES/2777 (2025) del 17 marzo 2025.

⁶⁶ A. ZURMATI, Q. ZURMATI, *The Doha Meeting: Where Were the Afghan Women?*, in *The Diplomat*, luglio 2024, www.thediplomat.com. Ufficio dell’Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Afghan Women and Girls Must be Included in Upcoming Doha Meeting: UN Women’s Rights Committee*, comunicato stampa del 28 giugno 2024, www.ohchr.org.

⁶⁷ Sulla «nebulous nature of the term recognition», si veda S. TALMON, *Recognition of Governments in International Law*, Oxford, 1998, p. 21 ss.

⁶⁸ Ministero tedesco degli affari esteri, *Launch of an Initiative on Accountability for Afghanistan’s Violations of CEDAW Declaration*, dichiarazione congiunta del 26 settembre 2024, www.auswaertiges-amt.de.

⁶⁹ L. WILLMER, *Judge Them by Their Actions, Not Their Words: Legal and Political Recognition of Governments and the Prospective CEDAW Case Against Afghanistan Before the ICJ*, in *Opinio Juris*, 10 aprile 2025.

⁷⁰ Sul riconoscimento, *ex multis*, U. VILLANI, *Riconoscimento (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XL, 1989, p. 632 ss.; S. TALMON, *Recognition of Governments*, cit.; J.A. FROWEIN, *Recognition*, in R. WOLFRUM (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010; M. MANCINI, *Statualità e non riconoscimento nel diritto internazionale*, Torino, 2020, p. 99 ss. Si veda altresì, senza pretesa di esautività, N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Torino, 2023, p. 54-55; P. DE SENA, M. STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, p. 178-179 (riflettendo sull’importanza dell’effettività del potere di governo).

costituzionalmente⁷¹ – all'interno di uno Stato già riconosciuto torna dunque ad assumere un'importanza centrale dopo un periodo di declino, le cause da ricercarsi principalmente «nell'ampia ridefinizione degli equilibri globali e regionali, con la riproposizione della politica delle sfere di influenza e con attori esterni pronti a un nuovo interventismo negli affari interni»⁷². Senza pretesa di esaurire in un breve paragrafo la complessità di un dibattito dottrinale e della prassi che ha attraversato un secolo⁷³, si devono fornire alcuni cenni per comprendere la complessità giuridica del ricorso alla CIG nei confronti delle autorità di fatto talebane. Il riconoscimento di un governo può avvenire in modo formale, attraverso una dichiarazione ufficiale, oppure attraverso relazioni di varia natura intraprese con il governo di fatto⁷⁴. Condizione per il riconoscimento di un governo è quello del controllo effettivo⁷⁵, anche se, osservava Roth a riguardo dei *coups d'Etat*, «the growing discomfort with a blanket conferral of international standing on whatever regime establishes effective control through internal processes»⁷⁶. In un'analisi in particolare sui casi africani e sull'Ucraina, Erika de Wet ha sostenuto che la prassi degli Stati non è uniforme con riferimento all'applicazione della dottrina della legittimità democratica, invocata da più studiosi e studiose, al riconoscimento di governo⁷⁷. Sulla stessa linea, Jean d'Aspremont ha evidenziato che «the idea of new legal constraints on recognition – and especially the idea of an obligation not to recognize undemocratic governments – remains a chimera»⁷⁸.

Cosa accade quando un'autorità di fatto, che indubbiamente esercita il controllo del territorio, quale quella talebana, compie atti riconducibili a crimini internazionali?

⁷¹ Secondo Roth, rileva anche la reazione della popolazione nei confronti del regime: B. ROTH, *Governmental Illegitimacy in International Law*, 1999, p. 138.

⁷² M. PERTILE, *Sul riconoscimento di governo nella crisi venezuelana: la trasformazione alchemica è completa?*, in *SIDIBlog*, 19 maggio 2019.

⁷³ Si veda sul punto, ad esempio, l'analisi di N. PAVLOPOULOS, *The Identity of Governments in International Law*, Oxford, 2024.

⁷⁴ Il riconoscimento può avvenire *de jure* o *de facto*, riconoscendo nel primo caso una stabilità al nuovo governo assente nella seconda ipotesi. H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, p. 98: «[t]he problem of recognition of governments arises (...) because the accompanying violence and the resulting period of unsettlement demand an answer to the question whether the new government claiming to represent the State is in fact the government of the country»; S. TALMON, *Recognition of Governments*, cit., p. 21 ss.; M.J. PETERSON, *Recognition of Governments*, in G. VISOKA, J. DOYLE, E. NEWMAN (eds), *Routledge Handbook of State Recognition*, Londra, 2019, p. 205 ss.

⁷⁵ D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Milano, 2023, p. 249-250.

⁷⁶ B. ROTH, *Secessions, Coups and the International Rule of Law: Assessing the Decline of the Effective Control Doctrine*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2010, p. 393 ss.

⁷⁷ E. DE WET, *From Free Town to Cairo via Kiev: The Unpredictable Road of Democratic Legitimacy in Governmental Recognition*, in *AJIL Unbound*, 2014, p. 108 ss. Sul caso libico, A. SCHUIT, *Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya*, in *International Community Law Review*, 2012, p. 381 ss.

⁷⁸ J. D'ASPREMONT, *The Pipe Dream of Constraining Recognition Through Democracy: International Lawyers' Regulatory Project Continued*, in *AJIL Unbound*, 2015, p. 220.

Argomenta Peterson che «concerns about the ethical bases of international order gives new points to the long contention about whether recognition as a government should be conditional on accepting certain principles or rules»⁷⁹. Eppure, ha correttamente aggiunto l'autrice, il riconoscimento dipende da una varietà di motivi e risponde alla particolarità della situazione, al punto che è impossibile enucleare una (incipiente o consolidata) norma consuetudinaria in materia⁸⁰.

La particolarità del caso afgano è dunque da considerare, anche alla luce della reazione degli Stati che non riconoscono il nuovo regime di fatto. In una dettagliata analisi, che include anche aspetti politici del regime talebano, Hasar ha evidenziato come, benché gli Stati non vogliano riconoscere le autorità di fatto talebane, essi continuino a mantenere delle interazioni per «questioni pratiche» – alcune ambasciate sono rimaste aperte o sono state aperte nonostante il cambio di governo, l'Iran ha fatto valere nei confronti dei Talebani il rispetto di un accordo sull'acqua, etc. – e come le autorità talebane abbiano cercato a più riprese di ottenere il riconoscimento della propria autorità sul territorio afgano⁸¹. Si devono osservare altresì comportamenti ambigui, come gli accordi di Doha, stipulati dal Presidente degli Stati Uniti Donald Trump, al primo mandato, e dai Talebani il 29 febbraio 2020 quando l'entità non era neppure un governo di fatto. In prospettiva femminista quell'accordo è l'esempio dell'assenza totale delle donne, sia nel testo, dove non ci si riferisce alla protezione dei diritti umani, in particolare delle donne, sia nei negoziati per l'elaborazione del testo. Secondo Ronzitti, il governo italiano «dovrebbe astenersi dal prendere posizione sulla vicenda mediante un formale atto di riconoscimento del nuovo governo afgano» e che «avendo constatato che il governo dei talebani costituisce l'ente che esercita effettivamente i poteri in Afghanistan, può benissimo interloquire con il nuovo governo affinché questi prenda i provvedimenti necessari per rispettare gli impegni presi. Essenziali sono i trattati multilaterali che vincolano l'Afghanistan e che contengono strumenti, quantunque imperfetti, per assicurare la loro attuazione»⁸². Ben Saul ha argomentato a favore di un riconoscimento condizionato al raggiungimento di misurabili progressi in materia di counter-terrorismo e che «irrespective of discretionary foreign political recognition, the Taliban is now the effective government of Afghanistan and is responsible for any breaches of Afghanistan's international obligations»⁸³. Due autrici hanno sottolineato come i Talebani abbiano ottenuto il potere in modo illegittimo, con uso della forza e violando la costituzione

⁷⁹ M.J. PETERSON, *Recognition of Governments*, cit., p. 213.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ S. HASAR, *Recognition of Governments and the Case of the Taliban*, in *Chinese Journal of International Law*, 2024, p. 85 ss.

⁸² N. RONZITTI, *Riconoscere il governo dei talebani è un atto non necessario*, in *Affari internazionali*, 13 settembre 2021. Si veda altresì P. BARGIACCHI, *Alcuni profili di diritto internazionale relativi all'Afghanistan governato dai Talebani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 5 ss.

⁸³ B. SAUL, *Cooperation with the Taliban to Counter Terrorism in Afghanistan*, ICTT policy brief, 2022.

afghana, e stiano compiendo gravi violazioni dei diritti umani e abbiamo legami con il terrorismo internazionale⁸⁴. In particolare, le autrici chiariscono, «the claim that international law would disqualify that entity from being recognised as government becomes more compelling»⁸⁵. In altri termini, gravi violazioni dei diritti umani come il *gender apartheid* impediscono il riconoscimento di un governo sul piano internazionale.

Tuttavia, il punto non è se l’Afghanistan – chiunque lo rappresenti – continui ad avere obblighi discendenti da trattati internazionali e norme consuetudinarie, incluso in materia di rispetto dei diritti umani⁸⁶, quanto, piuttosto, chi rappresenta (e rappresenterà se la situazione continuerà in questi termini) l’Afghanistan sul piano internazionale e dovrà comparire davanti alla CIG. Come è stato osservato, mutamenti extra-costituzionali di governo «non hanno alcuna incidenza sulla personalità di uno Stato; di conseguenza lo Stato che subisce tali mutamenti è vincolato dagli atti internazionali posti in essere dal governo precedente»⁸⁷. Ed invero i Talebani hanno risposto al Comitato CEDAW, ancorché in modo non esaustivo, in occasione del *Fourth periodic report submitted by Afghanistan under Article 18 of the Convention*⁸⁸.

Con riferimento specifico al potenziale ricorso davanti alla CIG, Willram ha affermato che gli Stati ricorrenti dovranno, ai sensi dell’art. 29 CEDAW dimostrare di avere avviato dei negoziati e un tentativo di arbitrato e quindi «it will [...] be impossible to avoid identifying the lawful representative of Afghanistan»⁸⁹. Per l’autore è allora opportuno distinguere tra riconoscimento giuridico, che consentirebbe il ricorso alla CIG, e riconoscimento politico, quest’ultimo a discrezione degli Stati⁹⁰. Questa ipotesi di riconoscimento ‘selettivo’ o ‘funzionale’ risponde all’esigenza, da un lato, di consentire di far valere il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall’Afghanistan e di offrire una strada per la giustizia per le donne afghane e, dall’altro lato, di ridare forza al criterio dell’effettività, lasciando all’aspetto politico altre considerazioni – inclusa la condizionalità del riconoscimento al rispetto di certi parametri. Hasar ha ricordato che, nel caso *Gambia v. Myanmar*, la CIG ha consentito alla giunta militare del Myanmar di rappresentare lo Stato davanti alla Corte e ciò nonostante questa non avesse le credenziali

⁸⁴ H. RAHIMI, M. HAZIM, *International Law and the Taliban’s Legal Status: Emerging Recognition Criteria?*, in *Washington International Law Journal*, 2023, p. 239.

⁸⁵ *Ivi*, p. 247.

⁸⁶ Con riferimento al primo periodo talebano si veda R. WOLFRUM, C.E. PHILIPP, *The Status of the Taliban: Their Obligations Under International Law*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2022, p. 559 ss.

⁸⁷ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2017, p. 93.

⁸⁸ Comitato sull’eliminazione della discriminazione contro le donne, *Fourth Periodic Report Submitted by Afghanistan under Article 18 of the Convention, due in 2024*, UN Doc. CEDAW/C/AFG/4 del 19 marzo 2025.

⁸⁹ L. WILLMER, *Judge Them by Their Actions, Not Their Words: Legal and Political Recognition of Governments and the Prospective CEDAW Case Against Afghanistan Before the ICJ*, in *Opinio Juris*, 10 aprile 2025.

⁹⁰ *Ibid.* Con tutte le conseguenze del caso, precisa l’autore, anche in termini di rappresentanza diplomatica.

per ricoprire il seggio all'Assemblea generale dell'ONU, dando quindi valore (implicitamente) al criterio dell'effettività⁹¹. Allo stesso modo, *mutatis mutandis* – naturalmente – trattandosi di due giurisdizioni molto diverse, la Camera preliminare della CPI si è interrogata soltanto su chi rappresenti attualmente (ci sembra di cogliere qui un 'effettivamente') l'Afghanistan⁹².

Il criterio del riconoscimento giuridico, come si è detto *supra*, che va distinto dal riconoscimento politico, sembra invero essere quello che meglio risponde alla necessità di non lasciare un *legal vacuum* nel rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato e risponde anche alla prassi degli Stati che sembrano, sul piano politico, collegare il riconoscimento di un governo al rispetto di alcuni parametri, in particolare il rispetto dei diritti umani fondamentali, mentre richiedono che un governo di fatto risponda sul piano internazionale per violazione del diritto internazionale, in particolare delle sue norme cogenti, a prescindere dal riconoscimento.

Sul piano della denuncia di una convenzione internazionale, la questione non appare cristallina. Se lo Stato mantiene gli obblighi internazionali discendenti dagli accordi ratificati dal precedente governo, potrebbe il nuovo governo – *de facto* – non riconosciuto recedere da siffatti accordi? La CEDAW non ha disposizioni in materia di denuncia dell'accordo. In base alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, non è possibile denunciare o recedere da un accordo a meno che non risulti che corrispondeva all'intenzione delle parti ammettere la possibilità di una denuncia o di un recesso; oppure il diritto di denuncia o di recesso non possa essere dedotto dalla natura del trattato⁹³. Ammettendo sia possibile denunciare la CEDAW – cosa non del tutto scontata⁹⁴ – ci si deve chiedere se i Talebani possano depositare l'atto di denuncia. In occasione del quarto rapporto periodico sopra citato, il Comitato CEDAW ha affermato che:

Though the Taliban are still not recognised internationally, they are still obligated to fulfill their obligations under CEDAW. They may also not

⁹¹ S. HASAR, *Representation of Afghanistan before the International Court of Justice*, in *EJIL:Talk!*, del 16 ottobre 2024.

⁹² Si veda *supra* CPI, Camera preliminare II, *Decision Setting the Procedure Pursuant to Rule 55(1) of the Rules of Procedure and Evidence following the Prosecutor's Request to Authorise Resumption of Investigation under Article 18(2) of the Statute*, cit.

⁹³ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, art. 56, par. 1.

⁹⁴ Sul punto si veda diffusamente D. RUSSO, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, 2012, p. 137 ss., in particolare p. 163-164. Si deve notare che il Protocollo addizionale alla CEDAW (Protocollo opzionale alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne del 1999) prevede una clausola di recesso, del tutto assente nella CEDAW. Da una lettura dei lavori preparatori, inoltre, non emerge la volontà degli Stati partecipanti ai negoziati di inserire una clausola di recesso, nonostante una iniziale proposta dell'allora Unione Sovietica (L.A. REHOF, *Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against women*, Dordrecht, 1993, p. 229). Si potrebbe ragionevolmente argomentare che gli Stati non intendessero prevedere la possibilità di recesso dalla CEDAW.

denounce or withdraw from CEDAW, nor ratify or accede to new treaties on behalf of Afghanistan⁹⁵.

Tuttavia, è stato altresì osservato, alla luce del riconoscimento giuridico di cui si è detto, che «it appears difficult to argue that the Taliban may negotiate on behalf of Afghanistan for the purposes of Art. 29 CEDAW, but do not have the capacity to terminate the agreement»⁹⁶. Ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, una parte deve notificare almeno dodici mesi prima la sua intenzione di denunciare un trattato o di recederne; questo non inficerebbe una procedura innanzi alla CIG avviata in tempi brevi e secondo la procedura di cui si è detto. La denuncia della Convenzione farebbe venire meno ogni forma di obbligo internazionale da parte del governo *de facto*, aggravando ulteriormente le condizioni «devastanti»⁹⁷ in cui le donne continuano a vivere in Afghanistan.

5. Le potenzialità di un riconoscimento indiretto dell'*apartheid* di genere: il ruolo della CGUE

Da ultimo, è doveroso riflettere su alcuni recenti sviluppi all'interno dell'Unione europea, che hanno consentito di far emergere la situazione di grave violazione dei diritti umani cui sono sottoposte le donne afgane.

Così, il 4 ottobre scorso, la CGUE, utilizzando come strumento interpretativo la Convenzione di Istanbul, ha ritenuto che, in casi come quello in esame, avente ad oggetto la situazione di due donne afgane che chiedevano protezione internazionale in Austria in ragione delle misure discriminatorie adottate nei loro confronti dal regime del Talebani, non fosse necessario dimostrare un rischio diretto e specifico di essere destinatarie di atti di persecuzione in caso di ritorno nel paese di origine, quando erano stati dimostrati gli elementi relativi alla loro situazione individuale, quali la nazionalità o il sesso⁹⁸. L'essere donna in Afghanistan, dunque, costituisce una ragione di persecuzione che legittima il riconoscimento di protezione internazionale⁹⁹. Nel caso di specie, due donne afgane, AH (cittadina afgana fuggita con la madre in Iran ed entrata in Austria dove risiedeva il coniuge) e FN (cittadina afgana che non aveva mai vissuto in Afghanistan ma risiedeva in Iran con la madre e le sorelle prima di raggiungere il fratello in Austria), che sostenevano di aver adottato i valori e il modo di vita occidentali, chiedevano il

⁹⁵ Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Fourth Periodic Report*, cit., par. 3.

⁹⁶ L. WILLMER, *Judge Them by Their Actions, Not Their Words*, cit.

⁹⁷ Termine utilizzato in Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Fourth Periodic Report*, cit.

⁹⁸ CGUE, sentenza del 4 ottobre 2024, C-608/22 e C-609/22, *AH e FN*.

⁹⁹ S. ESMAILIAN, *Is the European Court of Justice (ECJ) Ruling on Granting Asylum to Afghan Women an Implication of Qualification of Gender Apartheid in Afghanistan?*, in *EJIL:Talk!*, 20 novembre 2024.

riconoscimento dello *status* di rifugiata in Austria. Tuttavia, l'Ufficio federale per il diritto degli stranieri e il diritto d'asilo riteneva che le dichiarazioni di AH non fossero credibili e che FN non fosse esposta a un rischio effettivo di persecuzione in Afghanistan¹⁰⁰. Il Tribunale amministrativo federale, cui le donne si erano quindi rivolte, respingeva i ricorsi ritenendoli infondati, osservando che l'adozione di uno stile di vita 'occidentale' non era una componente talmente essenziale della loro identità che sarebbe stato impossibile per loro rinunciare al fine di sottrarsi alle minacce di persecuzione nel loro paese di origine¹⁰¹. Il giudice del rinvio, *Verwaltungsgerichtshof* (Corte amministrativa austriaca), alla luce della situazione grave di repressione dei diritti delle donne afgane, sospendeva il procedimento e poneva due questioni pregiudiziali alla CGUE con riguardo all'interpretazione dell'art. 9, par. 1, della Direttiva qualifiche 2011/95¹⁰². In particolare, il giudice si chiedeva se «provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio» (di cui alla lettera b), nel contesto afgano, producano un effetto analogo a quello di cui alla lettera a) (atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale). Il giudice del rinvio si interrogava altresì sulla necessità o meno di considerare elementi caratteristici della situazione personale delle ricorrenti diversi da quelli relativi al sesso o alla nazionalità.

La CGUE ha sottolineato, in linea con precedente giurisprudenza¹⁰³, che l'interpretazione della Direttiva 2011/95 deve essere effettuata tanto alla luce delle finalità dell'atto di diritto derivato stesso, quanto alla luce di altri due trattati pertinenti (secondo quanto disposto dall'articolo 78(1) TFUE), quali la Convenzione di Istanbul e la CEDAW¹⁰⁴. Per quanto riguarda l'art. 9, par. 1, lett. b), «un tale livello di gravità deve ritenersi raggiunto, in particolare, quando, considerate nel loro insieme, diverse violazioni di diritti che non costituiscono necessariamente diritti per i quali qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della CEDU ledono il pieno rispetto della dignità umana»¹⁰⁵. La Corte del Lussemburgo ha affermato che alcune delle misure sistematiche e discriminatorie attuate dai Talebani nei confronti delle donne, se considerate

¹⁰⁰ CGUE, *AH e FN*, cit., par. 21

¹⁰¹ *Ivi*, par. 22.

¹⁰² Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

¹⁰³ CGUE, sentenza del 16 gennaio 2024, C-621/21, *WS v. Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Donne vittime di violenza domestica)*; CGUE, sentenza dell'11 giugno 2024, C-646/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Donne che si identificano con il valore della parità tra i sessi)*. Sulla sentenza WS, si veda S. DE VIDO, *La Convenzione di Istanbul quale strumento interpretativo del diritto derivato dell'UE in situazioni di violenza contro le donne: la sentenza C-621/21 della CGUE*, in *SIDIBlog*, 24 febbraio 2024; S. DE VIDO, M. MÖSCHEL, *WS: A Turning Point for Women's Rights?*, in *Common Market Law Review*, 2024, p. 1661 ss.

¹⁰⁴ CGUE, *AH e FN*, cit., par. 36.

¹⁰⁵ *Ivi*, par. 41

separatamente, potrebbero non costituire un atto di persecuzione; tali misure, considerate cumulativamente, hanno tuttavia un impatto sulle donne tale da soddisfare la soglia di gravità richiesta per costituire atti di persecuzione¹⁰⁶. Tali atti includono la limitazione dell'accesso all'assistenza sanitaria, alla vita politica, all'istruzione e all'esercizio di attività professionali o sportive, la limitazione della libertà di movimento o la violazione della libertà di scegliere il proprio abbigliamento¹⁰⁷. Con riferimento al secondo quesito, la Corte ha ricordato come le autorità competenti debbano valutare gli elementi di prova documentali o di altro tipo «in funzione delle caratteristiche proprie di ciascuna categoria di domanda di protezione internazionale, nel rispetto dei diritti garantiti dalla Carta» e che, in considerazione di numerosi documenti dell'UNHCR che non lasciano dubbi sulla situazione delle donne in Afghanistan:

le autorità nazionali competenti possono considerare che non sia attualmente necessario dimostrare, in sede di esame individuale della situazione di una richiedente protezione internazionale, che quest'ultima rischi effettivamente e specificamente di essere oggetto di atti di persecuzione in caso di ritorno nel suo paese di origine, qualora siano dimostrati gli elementi relativi alla sua situazione individuale, quali la nazionalità o il sesso¹⁰⁸.

Concordo con una autrice¹⁰⁹ la quale ha sostenuto che con questa sentenza la CGUE abbia confermato l'esistenza di un sistema istituzionalizzato di discriminazione, segregazione e privazione dei diritti fondamentali in Afghanistan – dunque il *gender apartheid*, pur non usando questa espressione – a cui nessuna donna possa sottrarsi. La forza dell'interpretazione fornita dalla CGUE discende dal richiamo alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa, cui l'Unione europea ha aderito nel 2023, utilizzando per base giuridica di una delle decisioni di adesione proprio anche l'art. 78 TFUE¹¹⁰.

6. Conclusioni

In questo scritto abbiamo voluto sottolineare l'importanza di 'dare' (giuridicamente) un nome ai fenomeni quale quello della discriminazione sistematica di genere, perpetrata con l'intento di dominarle, subita dalle donne afgane. Il riconoscimento del *gender apartheid* quale crimine internazionale, teoricamente possibile come lo fu l'*apartheid* razziale, non solo consentirebbe di meglio descrivere la situazione di donne le cui vite vengono annullate giorno dopo giorno, ma sul piano dei procedimenti internazionali avrebbe peso

¹⁰⁶ *Ivi*, par. 44.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ivi*, par. 57.

¹⁰⁹ S. ESMAILIAN, *Is the European Court of Justice (ECJ) Ruling*, cit.

¹¹⁰ Sull'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul e le sue implicazioni giuridiche, si veda estensivamente S. DE VIDO, *EU Law in Light of the Istanbul Convention: Legal Implications after the Accession*, EU Publications Office, 2025.

in termini, ad esempio, di quantificazione delle riparazioni, che dovrebbero avere un potere trasformativo tale da riconoscere l'impatto sproporzionato di misure di questo tenore repressivo su donne, ragazze e bambine¹¹¹.

È del tutto evidente che una strada per la giustizia, non priva di ostacoli, come si è detto, esista anche a prescindere dall'identificazione del termine *gender apartheid*. Ne abbiamo seguito alcuni sviluppi. Una sentenza della Corte dell'Aja sarebbe ad esempio di grande importanza per interpretare la CEDAW alla luce della specifica situazione delle donne in Afghanistan e, potenzialmente, potrebbe aprire alla definizione di *gender apartheid*, interpretando il concetto di discriminazione contenuto nella CEDAW (art. 1). Ancorché non priva di ostacoli come si è osservato, è tuttavia una strada che sul piano giuridico merita di essere intrapresa. Così, l'emissione di mandati d'arresto della CPI nei confronti di due leader Talebani richiama la loro responsabilità internazionale per il crimine di persecuzione e, probabilmente, metterà in luce la necessità di andare oltre questo crimine per accogliere l'elemento dell'intento di dominare in una nuova fattispecie criminosa.

A conclusione di questo scritto, ci preme infine sottolineare due punti. Il primo è che le donne afgane non hanno bisogno di essere protette dall'Occidente, ma hanno bisogno di essere ascoltate e le loro istanze trasformate in azione politica internazionale. Le donne afgane chiedono un aiuto alla comunità internazionale e lo fanno attraverso campagne quali *End gender apartheid*, ma anche mostrando fiducia verso le istituzioni internazionali¹¹². Per contrastare una narrazione talebana che riconduce l'*apartheid* alla giustificazione culturale, molte donne afgane hanno usato le immagini dei loro vestiti colorati tradizionali, che non assomigliano per nulla al *burqa*, per contrastare le restrizioni imposte dai Talebani nella campagna *#DoNotTouchMyClothes*¹¹³.

Il secondo punto riguarda lo sguardo di insieme. Quando si tratta di casi estremi di discriminazione e segregazione di genere, come è inequivocabilmente il caso dell'Afghanistan, si tende a considerarli appartenenti ad un mondo 'altro', lontano e inimmaginabile. La denuncia delle violazioni dei diritti delle donne in Afghanistan non deve invece far dimenticare le discriminazioni strutturali presenti *de jure* o *de facto* in tutte le società. I preoccupanti passi indietro nella tutela dei diritti delle donne coinvolgono molti paesi, inclusa l'Europa e gli Stati Uniti¹¹⁴. In prospettiva postcoloniale è quindi importante evitare di considerare il c.d. 'Nord del mondo' in modo semplicistico come

¹¹¹ Sul potere trasformativo delle riparazioni, R. RUBIO MARIN (ed), *The Gender of Reparations in Transitional Societies*, Cambridge, 2009.

¹¹² Si veda www.endgenderapartheid.today. Per una ricostruzione significativa di quanto accade in Afghanistan anche dal punto di vista giuridico, EJIL: The Podcast! Episode 32: No Country for Women – *Lanyering for Gender Justice in Afghanistan*, 26 marzo 2025.

¹¹³ K. BENNOUNE, *The International Obligation to Counter Gender Apartheid*, cit., p. 76.

¹¹⁴ D. BJERREGAARD, *How the U.S. Abandoned Women's Rights at the UN—And What It Means for Global Gender Equality*, in *WAVE Network*, 8 aprile 2025.

migliore e più avanzato rispetto ad ‘altri paesi’ in tema di diritti delle donne. Perché se è certo vero che in Europa non esistono leggi che escludono sistematicamente le donne dalla vita sociale come in Afghanistan, dove la violenza è statale e per legge, dove le donne non hanno libertà alcuna, è anche vero che la violenza di genere contro le donne è strutturale nelle nostre società, viene spesso ‘tollerata’ dalle istituzioni che non rispettano obblighi internazionali di prevenzione e protezione delle vittime e di repressione di comportamenti illeciti¹¹⁵. Come ha sottolineato il *Working Group on Discrimination against Women and Girls*, «gender apartheid builds on the foundation of [intersectional] inequalities to exclude all women and girls, formally and materially, from basic recognition of the dignity and worth of the human person».¹¹⁶ Donne e ragazze in tutto il mondo subiscono molteplici ed intersezionali forme di discriminazione, restrizioni dei diritti fondamentali *in quanto* donne. In Afghanistan, la discriminazione è istituzionalizzata e parte integrante del tessuto politico, giuridico e culturale del paese e presenta i requisiti, come si è cercato di argomentare in queste pagine, per essere considerata una forma di *apartheid* di genere.

¹¹⁵ Si vedano a riguardo le recenti sentenze della Corte europea dei diritti umani, ad esempio, sentenza del 13 febbraio 2025, ric. n. 64066/19, *P.P. c. Italia*.

¹¹⁶ Consiglio dei diritti umani, *Draft Articles on Prevention*, cit., par. 22.

Il riconoscimento della modifica dell'identità di genere tra gli Stati membri dell'Unione europea: il caso *Mirin*

CURZIO FOSSATI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di circolazione degli *status* personali e familiari. – 3. Il caso *Mirin* e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale. – 5. La sentenza della Corte. – 6. I principi affermati dalla Corte: l'obbligo di riconoscimento della modifica dell'identità di genere. – 7. *Segue*: l'obbligo di annotazione nei registri di stato civile della modifica dell'identità di genere. – 8. Conclusioni.

ABSTRACT: Il presente contributo tratta dell'obbligo degli Stati membri dell'Unione europea di riconoscere e di annotare nei registri di stato civile le modifiche dell'identità di genere ottenute dai propri cittadini negli altri Stati membri, sancito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mirin*. In particolare, l'articolo analizza la pronuncia alla luce del quadro giurisprudenziale sulla circolazione degli *status* personali e familiari nell'Unione europea e confronta la soluzione seguita nella sentenza con quella proposta nelle conclusioni dell'Avvocato generale. Il contributo mira, da un lato, ad illustrare i chiarimenti operati dalla Corte circa il fondamento normativo, la portata e i limiti dell'obbligo di riconoscimento degli *status* personali, e, dall'altro, ad evidenziare le questioni lasciate aperte, relative all'obbligo di annotazione della modifica dell'identità di genere nei registri di stato civile. Da ultimo, svolge alcuni cenni conclusivi sull'impatto della sentenza sul quadro di tutele dei diritti delle persone *transgender* nell'Unione europea.

PAROLE CHIAVE: modifica dell'identità di genere – libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea – diritti delle persone transgender – *Mirin*.

1. Premessa

Il rinvio pregiudiziale nel caso *Mirin*¹ ha portato nuovamente all'attenzione della Corte di giustizia il tema della circolazione degli *status* personali e familiari all'interno dell'Unione

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Cagliari, curzio.fossati@unica.it. Il presente contributo costituisce frutto della ricerca svolta nell'ambito del progetto PRIN 2022 "Fluidity in family structures – International and EU law challenges on parentage matters" (prot. n. 2022FR5NNJ), finanziato dal Ministero italiano dell'Università e della Ricerca e dall'Unione europea – Next Generation EU.

¹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Judecătoria Sectorului 6 București* (Romania) il 3 gennaio 2023, C-4/23, *M.-A.A. / Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Direcția pentru Evidența Persoanelor*

europea, offrendole questa volta l'occasione per pronunciarsi sull'obbligo di ciascuno Stato membro di riconoscere la modifica dell'identità di genere ottenuta da un proprio cittadino in un altro Stato membro.

Come noto, in materia di diritto di famiglia e di *status* delle persone la regolamentazione delle situazioni puramente interne spetta agli Stati membri, mentre l'Unione europea, ai sensi dell'art. 81, par. 3 TFUE, può adottare unicamente misure «aventi implicazioni transnazionali», con procedura legislativa speciale.

Su tale base giuridica sono stati approvati numerosi regolamenti di diritto internazionale privato, tra i quali il regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (c.d. *Bruxelles II-ter*)², il n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari³, il n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale dei coniugi (c.d. *Roma III*)⁴, i regolamenti (UE) 2016/1103⁵ e 2016/1104⁶ in materia di regimi patrimoniali, rispettivamente, tra coniugi e partner di unioni registrate, e il regolamento (UE) 2016/1191⁷ sulla semplificazione dei requisiti per la presentazione di documenti pubblici attestanti diversi fatti relativi ad una persona, inclusi la nascita, la filiazione e il matrimonio.

Nessuno di tali regolamenti, tuttavia, disciplina il riconoscimento degli *status* personali, né l'esistenza, la validità e il riconoscimento dei matrimoni e neppure l'accertamento, la contestazione e il riconoscimento della filiazione⁸. Nel dicembre 2022, la Commissione

și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne, Municipiul Cluj-Napoca, con l'intervento di *Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării e Asociata Accept*.

² Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

³ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

⁴ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

⁵ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.

⁶ Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

⁷ Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

⁸ Si noti che il regolamento 2016/1191 disciplina soltanto gli aspetti relativi all'accertamento da parte delle autorità di uno Stato membro dell'autenticità degli atti pubblici emessi dalle autorità di un altro Stato membro attestanti diversi fatti relativi ad una persona, inclusi la nascita, la filiazione e il matrimonio, ma, come espressamente indicato all'art. 2, par. 4, esso non si occupa del riconoscimento degli effetti delle situazioni giuridiche attestate negli stessi (si veda, tra i tanti, M. HO-DAC, E. BERNARD, S. L. GÖSSL, M. MELCHER, N. NORD, *Reassessing Regulation (EU) 2016/1191 on public documents in the light of EU citizenship*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, p. 111 ss.).

europea ha presentato una proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione⁹, ma la sua approvazione, allo stato, risulta incerta, in considerazione delle reazioni che essa ha suscitato all'interno di taluni Stati membri, data la particolare sensibilità degli interessi coinvolti¹⁰.

2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di circolazione degli *status* personali e familiari

Sebbene la competenza a disciplinare i profili sostanziali e, ad oggi, anche quelli di diritto internazionale privato della materia degli *status* personali e familiari sia lasciata agli Stati membri, la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire che l'esercizio di tale competenza deve avvenire nel rispetto del diritto dell'Unione europea e, nello specifico, delle libertà di circolazione e soggiorno riconosciute ai cittadini europei e ai loro familiari dagli artt. 20 e 21, par. 1, TFUE¹¹.

⁹ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, COM(2022) 695 final.

¹⁰ In particolare la proposta ha suscitato osservazioni critiche da parte dei Parlamenti di diversi Stati membri (Repubblica Ceca, Romania, Italia, Olanda e Francia), specie con riferimento al fatto che il futuro regolamento introdurrebbe un obbligo di riconoscimento dello *status filiationis* accertato negli altri Stati membri, a prescindere dal sesso dei genitori e dal modo in cui è stato concepito il figlio, e parrebbe destinato a limitare fortemente la facoltà da parte delle autorità nazionali di opporre a tale riconoscimento l'eccezione di ordine pubblico (si vedano, tra i tanti: D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: un quadro d'insieme in vista dei possibili sviluppi nella sua adozione*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2024, p. 419 ss.; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharëvo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, p. 35 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, I. PRETELLI, *The Proposal for a European Regulation on Filiation Matters – Overview and Analysis*, in *Yearbook of Private International Law*, 2022/2023, p. 275 ss., L. VÁLKOVÁ, *The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and Other Legislative Trends Affecting Legal Parenthood*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 854 ss.). In particolare, il Senato italiano ha avanzato dubbi sulla compatibilità della proposta di regolamento con il principio di sussidiarietà, nella misura in cui essa non prevede esplicitamente la possibilità di applicare, in via generale, la clausola dell'ordine pubblico per impedire il riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero tra una coppia e un minore nato mediante maternità surrogata, ma consente unicamente un'applicazione caso per caso della stessa (v. Senato della Repubblica, Risoluzione approvata dalla 4a Commissione sul progetto di atto legislativo dell'Unione europea n. COM(2022) 695 def. sui profili di conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, Doc. XVIII-bis, n. 2, disponibile a www.senato.it; in dottrina, si veda G. BIAGIONI, *Il parere motivato del Senato italiano sulla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2024, p. 443 ss.).

¹¹ La prima occasione nella quale la Corte ha applicato tale principio può essere individuata nella sentenza *Garcia Avello* (CGCE, sentenza del 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, par. 25). In tale pronuncia, la Corte ha affermato che gli Stati membri, nell'esercizio della propria competenza in materia di attribuzione del cognome alle persone, devono rispettare le libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari, previste dall'art. 18, par. 1, TCE. Così, secondo la Corte doveva ritenersi incompatibile con il diritto comunitario il rifiuto opposto dalle autorità di uno Stato membro – giustificato dall'applicazione delle proprie norme di diritto internazionale privato sull'attribuzione

In primo luogo, la Corte in diverse pronunce ha affermato che le norme degli Stati membri in materia di attribuzione dei nomi non devono ostacolare l'esercizio delle suddette libertà, precisando che ciascuno Stato membro è obbligato a riconoscere automaticamente i cognomi attribuiti ad un cittadino dell'Unione in base alla legge di un altro Stato membro, a condizione che quest'ultimo Paese presenti stretti legami con l'interessato, che non vi sia abuso del diritto e che il riconoscimento non contrasti con l'ordine pubblico¹².

del cognome in caso di doppia cittadinanza – di accogliere la domanda presentata da un proprio cittadino, munito altresì della cittadinanza di un altro Stato membro, diretta ad ottenere il cambiamento del cognome dei suoi figli in modo conforme al diritto e alla tradizione del secondo Stato. In tale pronuncia, invero, la Corte aveva applicato in via analogica i principi già affermati nella sentenza *Dafeki*, con riferimento alla libertà di circolazione dei lavoratori (CGCE, sentenza del 2 dicembre 1997, C-336/94, *Dafeki*). In essa, infatti, la Corte aveva affermato che gli Stati membri, nell'esercizio della propria competenza a disciplinare le procedure di rettifica della data di nascita dei cittadini, dovessero rispettare la libera circolazione dei lavoratori cittadini comunitari, e a tal fine non avrebbero potuto escludere il riconoscimento automatico degli atti di stato civile provenienti dalle competenti autorità degli altri Stati membri (a meno che la loro esattezza non fosse gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato), nello specifico, nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto la determinazione dei diritti previdenziali dei lavoratori cittadini comunitari (sul punto si vedano: R. BARATTA, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, in *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 2007, p. 6 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, p. 6 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, p. 325 ss.).

¹² Oltre alla già citata pronuncia nel caso *Garcia Avello* si vedano: CGCE, sentenza del 30 marzo 1993, C-168/91, *Konstantinidis*, nella quale la Corte ha ritenuto incompatibile con l'art. 52 TCE sul divieto di discriminazione sulla base della nazionalità la normativa di uno Stato membro che imponga di iscrivere nei registri di stato civile il cognome di un cittadino di un altro Stato membro, stabilitosi nel proprio territorio per esercitare un'attività lavorativa, con una grafia tale che ne alterasse la pronuncia corretta, esponendo il cittadino al rischio di scambio di persona; CGCE, sentenza del 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin e Paul*, nella quale la Corte ha affermato l'incompatibilità con l'art. 18, par. 1, TCE del rifiuto opposto dall'autorità di uno Stato membro di riconoscere il cognome del figlio di un proprio cittadino, così come determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita, pur non essendone cittadino; CGUE, sentenza del 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, nella quale invece la Corte ha escluso che l'art. 21 TFUE fosse di ostacolo al rifiuto opposto dalle autorità di uno Stato membro – in applicazione del limite dell'ordine pubblico – al riconoscimento del cognome di un proprio cittadino, come determinato in un altro Stato membro in cui tale cittadino risiede, in ragione del fatto che tale cognome comprende un titolo nobiliare, non consentito dal diritto costituzionale del primo Stato; CGUE, sentenza del 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, sempre in tema di limiti legittimi al riconoscimento in uno Stato membro del cognome acquisito da un cittadino in conformità alla legge di un diverso Stato membro e contenente riferimenti nobiliari, vietati nel primo Stato; CGUE, sentenza dell'8 giugno 2017, C-581/15, *Freitag*, sulla incompatibilità con l'art. 21 TFUE della normativa di uno Stato membro che subordini il riconoscimento nel proprio ordinamento del nome attribuito ad una persona fisica in base alla legge di un altro Stato membro alla condizione che la persona lo abbia acquisito durante un periodo di residenza abituale in tale ultimo Stato membro. Su tale giurisprudenza si vedano: C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010; S. MARINO, *Il cognome nella famiglia: uno sguardo all'Europa*, in B. POZZO (a cura di), *Il cognome della famiglia in diritto comparato*, Torino, 2024, p. 143 ss.; S. MARINO, *Uso delle particelle nobiliari e diritto all'unicità del nome*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 770 ss.

Nella sentenza *Coman*, la Corte ha poi affermato che l'art. 21, par. 1, TFUE obbliga ciascuno Stato membro a considerare «coniuge» ai fini della direttiva 2004/38/CE¹³ il marito dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione europea, il cui *status* risulti da un atto di matrimonio rilasciato dalle autorità dello Stato membro di celebrazione e, conseguentemente, ad accordare al medesimo il diritto di soggiorno derivato di cui all'art. 7 della direttiva, ancorché all'interno del proprio ordinamento viga un divieto di riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, integrante un principio di ordine pubblico¹⁴.

Nella sentenza *Pancharevo*, infine, la Corte ha ritenuto incompatibile con le libertà di circolazione e soggiorno il rifiuto opposto dalle autorità di uno Stato membro – e fondato sul contrasto della genitorialità omoparentale con l'ordine pubblico – di riconoscere lo *status filiationis* tra una minore e una coppia dello stesso sesso (femminile), risultante da un atto emesso dalle autorità dello Stato membro di nascita della minore, al fine di rilasciare a quest'ultima un documento di identità e di consentirle di circolare e soggiornare nell'Unione europea insieme ai genitori indicati nell'atto di nascita¹⁵.

Prima del caso *Mirin*, invece, la Corte non aveva mai avuto occasione di pronunciarsi sulla sussistenza di un obbligo di riconoscimento da parte di uno Stato membro dell'atto o della decisione che accertano il cambio di identità di genere di un proprio cittadino, rilasciati dalle autorità di un altro Stato membro.

3. Il caso *Mirin* e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Il caso *Mirin* trae origine da una richiesta presentata al comune di Cluj-Napoca (Romania) da M.-A.A. – cittadina rumena registrata allo stato civile di tale comune con il sesso

¹³ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

¹⁴ CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*. Sulla pronuncia si rimanda, fra i tanti, a: P. KINSCH, *European Courts and the Obligation (Partially) to Recognise Foreign Same-Sex Marriages: on Orlandi and Coman*, in *Yearbook of Private International Law*, 2018/2019, p. 47 ss.; M. GRASSI, *Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Coman*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 739 ss.; G. ROSSOLILLO, *Corte di Giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, 8 luglio 2018.

¹⁵ CGUE, sentenza del 14 dicembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*. Si veda anche CGUE, ordinanza del 24 giugno 2022, C-2/21, *Rzeczniczka Praw Obywatelskich*, relativa ad un caso del tutto analogo a quello oggetto della sentenza *Pancharevo* e deciso nello stesso senso. Su tali pronunce si vedano tra i tanti: C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 Pancharevo*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, p. 8 ss.; M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 591 ss.; O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 563 ss.; N. RUSINOVA, *Bulgarian Supreme Court Judgment on Pancharevo – Correct Answer to a Wrong Question*, in *eapil.org*, 11 maggio 2023.

femminile – di annotazione nel proprio atto di nascita del nuovo prenome e della nuova identità di genere ottenuti in un altro Stato membro. Infatti, M.-A.A., dopo essersi trasferita nel Regno Unito nel 2008, nel 2017 aveva chiesto alle autorità di tale Paese l'aggiornamento dell'indicazione nel registro di stato civile del proprio prenome e del genere, dal femminile al maschile, e nel 2020 aveva altresì ricevuto dalle stesse autorità il «*Gender Recognition Certificate*», attestante la sua nuova identità maschile¹⁶. Il comune di Cluj-Napoca, tuttavia, ha respinto la richiesta in quanto la normativa rumena consente di cambiare l'indicazione relativa al sesso sugli atti di nascita dei cittadini solo su autorizzazione dei giudici nazionali, con provvedimento definitivo¹⁷. M.-A.A. ha pertanto presentato ricorso al Tribunale di primo grado del 6° distretto di Bucarest, al fine di ottenere l'ingiunzione all'ufficio di effettuare le modifiche richieste¹⁸.

Il Tribunale ha quindi deciso di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandandole se sia compatibile con lo *status* di cittadino dell'Unione e/o con il diritto di circolazione e soggiorno ad esso correlato, in condizioni di dignità, uguaglianza davanti alla legge e non discriminazione e nel rispetto del diritto alla vita privata e familiare, la normativa di uno Stato membro – quale quella rumena – che non consente di riconoscere automaticamente i cambiamenti di identità di genere e di prenome ottenuti da un proprio cittadino in un altro Stato membro, ma impone di esperire a tal fine un procedimento giudiziario davanti alle autorità nazionali¹⁹.

4. Le conclusioni dell'Avvocato generale

L'Avvocato generale Richard de la Tour, nelle proprie conclusioni nel caso in esame, si è espresso nel senso dell'incompatibilità della normativa rumena con il diritto dell'Unione europea²⁰.

Secondo l'Avvocato generale, infatti, il rifiuto delle autorità rumene di riconoscere automaticamente il nuovo prenome e l'identità di genere acquisiti dal ricorrente nel Regno Unito costituisce una restrizione delle libertà di circolazione e soggiorno previste dall'art. 21 TFUE²¹. L'Avvocato generale ha tuttavia compiuto una distinzione tra prenome e identità di genere con riferimento all'obbligo di annotazione delle relative modifiche nei registri di stato civile. L'indicazione del nuovo prenome dell'interessato dovrebbe essere

¹⁶ Domanda di pronuncia pregiudiziale C-4/23, cit., par. 1-4.

¹⁷ Domanda di pronuncia pregiudiziale C-4/23, cit., par. 6.

¹⁸ Domanda di pronuncia pregiudiziale C-4/23, cit., par. 7.

¹⁹ Domanda di pronuncia pregiudiziale C-4/23, cit., par. 11. Si noti che il giudice del rinvio ha altresì chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la circostanza secondo cui il procedimento di cambiamento di identità di genere si sia svolto nel Regno Unito e si sia concluso dopo il recesso di tale Stato dall'Unione (sebbene iniziato anteriormente a questo momento) incida sull'obbligo degli altri Stati membri di riconoscere automaticamente al proprio interno gli esiti di tale procedimento (par. 12).

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour del 7 maggio 2024, C-4/23, *Mirin*.

²¹ *Ivi*, par. 58 e 81.

annotata automaticamente dalle autorità rumene non solo sul suo atto di nascita, ma anche sugli altri atti di stato civile riguardanti lo stesso e i suoi familiari, quali l'atto di matrimonio o di unione civile o l'atto di nascita del figlio²². Tale modifica, infatti, da un lato, non altera l'identità dei terzi (al contrario di ciò che si verificherebbe in caso di una variazione del cognome) e, dall'altro lato, evita discordanze tra gli atti di stato civile, che potrebbero ostacolare l'esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno dei familiari dell'interessato²³. La modifica dell'identità di genere, invece, dovrebbe essere annotata solo sull'atto di nascita dell'interessato e non anche sugli ulteriori atti, attestanti i suoi *status* familiari: l'annotazione della variazione di genere su tali atti, infatti, implicherebbe il riconoscimento di matrimoni tra persone dello stesso sesso o di rapporti di filiazione omogenitoriali nello Stato membro in questione, mentre, allo stato attuale, il diritto dell'Unione europea non può imporre tale riconoscimento²⁴. Tuttavia, in coerenza con quanto precisato dalla Corte di giustizia in occasione delle sentenze *Coman e Pancharevo*, la variazione di genere ottenuta dall'interessato dovrebbe produrre effetti anche rispetto ai familiari dello stesso (solo) «al momento del rilascio di una carta d'identità, di un titolo di soggiorno o di un passaporto» in favore degli stessi²⁵.

5. La sentenza della Corte

Nella sentenza²⁶, la Corte di giustizia – dichiarata ricevibile la questione²⁷ – ricorda innanzitutto che sebbene la materia dello *status* delle persone sia di competenza degli Stati membri e pertanto spetti agli stessi la regolamentazione dei procedimenti per il cambio di prenome e di identità di genere, nell'esercizio di tale competenza ciascuno Stato membro deve rispettare il diritto dell'Unione europea e, in particolare, le libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini europei²⁸. Da questo limite deriva che le autorità di uno Stato membro non possono rifiutarsi di riconoscere ad un proprio cittadino il nome attribuito in base alla legge di un altro Stato membro, nel quale questi si sia trasferito nell'esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno: alla stessa persona, infatti, risulterebbero attribuiti due

²² *Ivi*, parr. 61-62.

²³ *Ivi*, par. 63.

²⁴ *Ivi*, par. 94.

²⁵ *Ivi*, par. 95.

²⁶ CGUE, sentenza del 4 ottobre 2024, C-4/23, *Mirin*.

²⁷ Sul punto la Corte ha osservato che la fattispecie in esame non può considerarsi puramente interna per il solo fatto che il Regno Unito non sia più uno Stato membro dell'Unione europea: il ricorrente, infatti, chiede alle proprie autorità nazionali il riconoscimento delle modifiche del proprio *status* personale ottenute nel Regno Unito prima della fine del periodo transitorio previsto dall'accordo sul recesso di tale Paese (durante il quale quest'ultimo non poteva essere ancora considerato uno Stato terzo); pertanto, egli può fondare tale richiesta sugli artt. 20 e 21, par. 1 TFUE, in qualità di cittadino di uno Stato membro che ha esercitato le proprie libertà di circolazione e soggiorno in un altro Stato membro (parr. 36-49).

²⁸ CGUE, *Mirin*, cit., par. 53.

nomi differenti, con conseguenti notevoli inconvenienti, legati alla confusione che può sorgere in ordine alla sua identità²⁹. Secondo la Corte, il medesimo ostacolo e gli stessi inconvenienti possono derivare anche dal rifiuto delle autorità di uno Stato membro di riconoscere ed annotare nei propri registri di stato civile la modifica dell'identità di genere ottenuta da un proprio cittadino in un altro Stato membro, e dalla conseguente necessità da parte di quest'ultimo di intraprendere un apposito procedimento giurisdizionale davanti alle autorità nazionali³⁰. Pertanto, la normativa rumena in questione risulta incompatibile con l'art. 21 TFUE, oltre che con l'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, stante la corrispondenza tra le due disposizioni³¹.

A questo punto della motivazione, la Corte ricorda che una normativa nazionale restrittiva della libertà di circolazione e soggiorno può essere giustificata soltanto se basata su considerazioni oggettive, proporzionata all'obiettivo perseguito e conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³². Quanto ai primi due requisiti, la Corte afferma che essi nel caso di specie non sono stati dimostrati, in quanto il giudice del rinvio e il governo rumeno non hanno fornito elementi da cui poter ricavare gli obiettivi perseguiti dalla normativa nazionale in questione³³. Quanto al terzo, la Corte precisa che occorre verificare se la normativa rumena rispetti in particolare l'art. 7 della Carta, sul diritto alla vita privata, interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo relativa all'art. 8 della CEDU³⁴. Da tale giurisprudenza emerge, in particolare, che la norma tutela anche l'identità sessuale delle persone e il diritto dei soggetti transgender allo sviluppo personale, all'integrità fisica e morale e al rispetto e al riconoscimento della propria identità sessuale³⁵, obbligando gli Stati contraenti a prevedere, nei rispettivi ordinamenti, procedimenti per il riconoscimento giuridico dell'identità di genere chiari e prevedibili, oltre che rapidi, trasparenti e accessibili³⁶.

Sulla base di tali premesse, la Corte di giustizia afferma che il procedimento previsto dalla normativa rumena non rappresenta «un mezzo efficace» affinché un cittadino di uno Stato membro, che abbia ottenuto durante il soggiorno in un altro Stato membro le modifiche del prenome e dell'identità di genere, possa conseguire il riconoscimento nel proprio Paese di origine, facendo «valere proficuamente» le sue libertà di circolazione e soggiorno. L'esito di tale procedimento, infatti, è rimesso alla discrezionalità delle autorità

²⁹ *Ivi*, par. 54.

³⁰ *Ivi*, parr. 55-57.

³¹ *Ivi*, parr. 49-50.

³² *Ivi*, parr. 59 e 62.

³³ *Ivi*, par. 61.

³⁴ *Ivi*, par. 63.

³⁵ *Ivi*, par. 64.

³⁶ *Ivi*, parr. 65-66.

nazionali e può sfociare in una decisione che non tenga conto delle modifiche attestate dalle autorità straniere³⁷.

La Corte conclude quindi che gli artt. 20 e 21, par. 1 TFUE, letti alla luce degli artt. 7 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostano alla normativa di uno Stato membro, come quella rumena, che, in assenza di un provvedimento definitivo di autorizzazione da parte delle autorità giurisdizionali interne, non consente di riconoscere e annotare nell'atto di nascita di un proprio cittadino le modifiche del prenome e della identità di genere legalmente ottenute nello Stato membro nel quale si era trasferito esercitando le proprie libertà di circolazione e soggiorno³⁸.

6. I principi affermati dalla Corte: l'obbligo di riconoscimento della modifica dell'identità di genere

Nella sentenza *Mirin* la Corte di giustizia ha offerto importanti chiarimenti in ordine ai principi affermati nei propri precedenti in materia di circolazione degli *status* personali e familiari all'interno dell'Unione europea e sulla loro applicabilità ad un ulteriore elemento dell'identità personale di un soggetto, vale a dire l'indicazione relativa al suo genere.

La Corte, in primo luogo, ha confermato che dagli artt. 20 e 21, par. 1 TFUE deriva in capo a ciascuno Stato membro l'obbligo di riconoscere gli *status* personali legalmente acquisiti dai cittadini dell'Unione negli altri Stati membri nell'esercizio delle loro libertà di circolazione e soggiorno e ha poi precisato che, giacché il genere definisce l'identità e lo *status* di una persona al pari del nome, le autorità degli Stati membri sono obbligate a riconoscere le modifiche di entrambi questi elementi identificativi, ottenute da un proprio cittadino in un altro Stato membro, nell'esercizio delle suddette libertà³⁹.

Inoltre, la Corte ha ribadito che tali obblighi non sono assoluti. Nelle sentenze *Sayn-Wittgenstein* e *Bogendorff*, la Corte aveva già precisato che le autorità di uno Stato membro possono rifiutarsi di riconoscere il cognome di un proprio cittadino, acquisito in un altro Stato membro, solo per motivi di ordine pubblico e, in particolare, per tutelare un principio fondamentale dell'ordinamento (quale quello di uguaglianza)⁴⁰. Nelle sentenze *Coman* e *Pancharevo*, la Corte aveva evidenziato che le restrizioni alle libertà di circolazione e soggiorno possono essere fondate su ragioni di ordine pubblico soltanto «in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società»⁴¹. Nella sentenza in esame, la Corte, ricordando che gli Stati membri possono adottare normative interne restrittive delle libertà di circolazione e soggiorno, purché basate su considerazioni oggettive e proporzionate all'obiettivo perseguito, ha implicitamente

³⁷ *Ivi*, parr. 68-69.

³⁸ *Ivi*, parr. 70-72.

³⁹ CGUE, *Mirin*, cit., par. 53.

⁴⁰ CGUE, *Sayn-Wittgenstein*, cit., par. 90 e CGUE, *Bogendorff*, cit., parr. 65-75.

⁴¹ CGUE, *Coman*, cit., par. 44 e CGUE, *Pancharevo*, cit., par. 55.

confermato che le autorità nazionali possano rifiutarsi di riconoscere gli *status* personali accertati negli altri Stati membri, purché il rifiuto sia fondato su normative che soddisfino tali requisiti⁴².

Infine, nella sentenza *Mirin* la Corte ha mantenuto la medesima impostazione seguita nei propri precedenti secondo cui le misure nazionali restrittive delle libertà di circolazione e soggiorno non possono in ogni caso violare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴³. La Corte aveva già affermato tale principio in occasione della sentenza *Coman*, nella quale aveva evidenziato che il rifiuto delle autorità rumene di riconoscere come «coniuge» il marito dello stesso sesso di un proprio cittadino al fine di concedere allo stesso il diritto di soggiorno di cui all'art. 7, par. 2, della direttiva 2004/38/CE fosse incompatibile con l'art. 7 della Carta, in quanto impediva alla coppia di proseguire la vita familiare tra loro instaurata in un altro Stato membro⁴⁴. Nella sentenza *Pancharevo*, poi, la Corte aveva sottolineato che il rifiuto delle autorità bulgare di concedere il documento di identità alla propria cittadina – nata in Spagna da una coppia dello stesso sesso – impedendole di circolare e soggiornare liberamente nell'Unione insieme ad entrambi i genitori fosse

⁴² CGUE, *Mirin*, cit., par. 59-61. Sul punto la Corte non ha aggiunto ulteriori precisazioni, limitandosi, da un lato, a rilevare che il giudice del rinvio e il governo rumeno non hanno offerto elementi da cui desumere gli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale con la normativa in questione e, dall'altro, a ricordare che la normativa di uno Stato membro che impedisce ad una persona trans di soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato da una norma dell'Unione europea deve essere considerata «in linea di principio» incompatibile con il diritto UE, richiamando a tal fine la sentenza *Richards* (CGCE, sentenza del 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards*, par. 31, relativa ad una normativa nazionale in materia di lavoro e previdenza ritenuta dalla Corte incompatibile con il divieto di discriminazione sulla base del sesso in quanto non teneva conto del mutamento del sesso di un lavoratore al fine del calcolo della sua età pensionabile).

⁴³ Secondo tale impostazione, in particolare, le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non rappresentano una fonte autonoma dell'obbligo di ciascuno Stato membro di riconoscimento degli *status* personali stabiliti negli altri Stati membri (come invece sostenuto da R. BARATTA, *Problematic Elements*, cit., p. 7). Tale obbligo trae fondamento unicamente dalle norme del TFUE sulle libertà di circolazione e soggiorno e dalle norme di diritto derivato ad esse collegate (in particolare, quelle della direttiva 2004/38/CE), mentre la Carta rappresenta il limite invalicabile da parte degli Stati membri nell'adozione di misure che eccezionalmente possono ostacolare le suddette libertà. Tale impostazione pare, del resto, l'unica compatibile con i limiti applicativi della Carta stessa, delineati dall'art. 51, secondo cui essa vincola gli Stati membri quando applicano il diritto dell'Unione europea (sul punto si veda CGUE, sentenza del 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *McB*, par. 51-52 e sentenza del 26 gennaio 2016, C-617/10, *Akerberg*, par. 17-22; in dottrina si vedano, *ex multis*, C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 295 ss., N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 183 ss.). La Carta non può pertanto vincolare (direttamente) gli Stati membri nell'applicazione delle normative in materia di *status* personali e familiari, poiché esse sono – allo stato – esclusivamente nazionali.

⁴⁴ CGUE, *Coman*, cit., par. 48-50. In tale occasione la Corte aveva precisato che l'art. 7 della Carta, letto alla luce delle sentenze della Corte EDU relative all'art. 8 CEDU, tutela anche la relazione che lega una coppia di persone dello stesso sesso (si vedano Corte EDU, sentenza del 7 novembre 2013, ric. n. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e a. c. Grecia*, e sentenza del 13 marzo 2018, ric. n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12, *Orlandi e a. c. Italia*).

contrario al diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che ai diritti garantiti al minore dall'art. 24 della Carta di tener conto del suo interesse superiore in tutti gli atti che lo riguardano e di mantenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori⁴⁵. Nella sentenza *Mirin*, la Corte ha invece affermato che il procedimento di autorizzazione alla modifica dell'identità di genere previsto dalla normativa rumena è incompatibile con l'art. 7 della Carta, essendo privo dei requisiti di celerità, rapidità e prevedibilità sanciti dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 8 CEDU, rilevante in forza del principio di interpretazione parallela sancito dall'art. 52, par. 3 della Carta⁴⁶.

7. *Segue*: l'obbligo di annotazione nei registri di stato civile della modifica dell'identità di genere

Il profilo più problematico della sentenza *Mirin* concerne la definizione dell'effettiva portata dell'obbligo – sancito dalla Corte – di annotazione delle modifiche dei dati identificativi di genere nei registri di stato civile.

Su tale aspetto, come sopra illustrato, l'Avvocato generale Richard de la Tour nelle sue conclusioni aveva operato una precisa distinzione: mentre le autorità rumene dovrebbero annotare il nuovo prenome ottenuto dal cittadino in tutti i suoi atti di stato civile e in quelli dei suoi familiari (ancorché tale nome corrisponda sociologicamente al genere opposto)⁴⁷, esse sarebbero obbligate ad annotare il cambiamento dell'identità di genere dell'interessato unicamente sul suo atto di nascita e non anche sugli atti dei familiari, tenendo però conto della modifica di genere «al momento del rilascio di una carta d'identità, di un titolo di soggiorno o di un passaporto» in favore di questi ultimi⁴⁸.

La Corte di giustizia, invece, si è limitata ad affermare che le autorità di ciascuno Stato membro devono annotare le modifiche dell'identità di genere e del prenome legalmente

⁴⁵ CGUE, *Pancharevo*, cit., parr. 59-65. La Corte aveva altresì precisato che l'articolo 24 della Carta costituisce un'integrazione nel diritto dell'Unione dei principali diritti del minore sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo, conclusa in seno all'ONU a New York il 20 novembre 1989, e ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea: per tale motivo, nell'interpretazione di detto articolo, occorre tenere conto delle disposizioni di tale Convenzione (come già affermato in CGCE, sentenza del 14 febbraio 2008, C-244/06, *Dynamic Medien*, par. 39, e nella sentenza dell'11 marzo 2021, C-112/20, *État belge*, par. 37). In particolare, secondo la Corte, va tenuto conto dell'art. 2, che sancisce il diritto del minore a non subire discriminazioni, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei genitori, nell'esercizio degli altri diritti sanciti dalla stessa Convenzione.

⁴⁶ CGUE, *Mirin*, cit., parr. 64-66, ove si citano: Corte EDU, sentenza dell'11 luglio 2002, ric. n. 28957/95, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, parr. 77, 78 e 90, sentenza del 12 settembre 2003, ric. n. 35968/97, *Van Kück c. Germania*, parr. 69-75 e 82 e sentenza del 19 aprile 2021, ric. n. 2145/16 e 20607/16, *X e Y c. Romania*, parr. 147 e 165.

⁴⁷ Conclusioni, *Mirin*, parr. 61-63.

⁴⁸ *Ivi*, parr. 93-95.

ottenute da un cittadino in un altro Stato membro nell'atto di nascita dello stesso, sollevando alcuni dubbi sulla soluzione dalla stessa effettivamente seguita⁴⁹.

Secondo una prima lettura, la Corte, sebbene nel dispositivo si sia riferita al solo atto di nascita dell'interessato, nella motivazione avrebbe affermato la sussistenza in capo a ciascuno Stato membro di un obbligo di riconoscere e di annotare il nuovo genere dell'interessato (e il nuovo prenome associato a tale genere) in tutti i suoi atti di stato civile, inclusi quelli di matrimonio, unione civile o gli atti di nascita dei propri figli⁵⁰.

Secondo opposta lettura, invece, la Corte, riferendosi unicamente all'atto di nascita dell'interessato, ha voluto circoscrivere l'obbligo di annotazione delle modifiche degli elementi identificativi in questione solo a tale atto. In assenza di ulteriori precisazioni, tali modifiche non dovrebbero essere necessariamente annotate negli atti di stato civile attestanti i suoi *status* familiari, ma rileverebbero soltanto ai fini dell'esercizio da parte del medesimo delle libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea insieme al coniuge e ai figli⁵¹.

Tale seconda lettura, oltre ad essere maggiormente fedele al dato testuale della pronuncia⁵², pare l'unica compatibile con i principi sanciti dalla Corte nelle sentenze *Coman* e *Pancharevo*.

⁴⁹ CGUE, *Mirin*, cit., par. 71-72. Si noti che nel caso oggetto del giudizio di rinvio il ricorrente ha chiesto l'annotazione delle modifiche di prenome e di identità di genere unicamente sul suo atto di nascita e non risulta dai fatti di causa che lo stesso sia sposato o unito civilmente, né che abbia figli. La Corte potrebbe dunque non aver fornito precisazioni sugli effetti dell'annotazione della modifica dell'identità di genere dell'interessato sugli altri atti di stato civile del medesimo in quanto non rilevanti nel caso di specie.

⁵⁰ Ipotizza questa possibile lettura F. DEANA, *Dalla libera circolazione del nome alla libera circolazione dell'identità di genere: la giurisprudenza della Corte di giustizia dopo la sentenza Mirin*, in *Eurojus*, 2024, p. 126 ss., p. 155. Secondo l'autore, essa sarebbe avvalorata dal passaggio nel quale la Corte afferma che «il rifiuto da parte delle autorità competenti in materia di stato civile di uno Stato membro, di riconoscere e di annotare nei registri dello stato civile e in particolare nell'atto di nascita di un cittadino di tale Stato membro, il cambiamento di prenome e di identità di genere legalmente acquisito da quest'ultimo in un altro Stato membro (...) è idoneo a limitare l'esercizio del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» (CGUE, *Mirin*, cit., par. 57). Secondo l'autore, la Corte in tale passaggio opererebbe un generico riferimento all'annotazione «nei registri dello stato civile e in particolare [ma non solo, NdA] nell'atto di nascita».

⁵¹ Così, una volta ottenuto l'aggiornamento dell'atto di nascita con il nuovo prenome e la nuova identità di genere, l'interessato non avrebbe il diritto di ottenere una rettifica automatica di tutti gli altri atti di stato civile (compresi quelli di matrimonio, unione civile o di nascita dei figli) ma avrebbe soltanto diritto a che i suoi nuovi dati identificativi vengano riportati sui documenti dei suoi familiari idonei a consentire l'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno nell'UE (passaporto o carta d'identità) e quelli attestanti i loro diritti di soggiorno previsti della direttiva 2004/38/CE. Altrimenti la discordanza tra l'identità di genere dell'interessato riportata su questi documenti e quella annotata sull'atto di nascita dello stesso potrebbe creare confusione in ordine all'identità dei soggetti, ostacolando l'esercizio delle loro libertà di circolazione e soggiorno (cfr. conclusioni, *Mirin*, cit., par. 95).

⁵² Si noti che il riferimento nella motivazione della sentenza all'annotazione «nei registri dello stato civile e in particolare nell'atto di nascita», posto a sostegno della prima lettura (par. 57), sembra semplicemente precisare, in linea con il dispositivo, che l'annotazione della modifica del prenome e

Infatti, come osservato dalla dottrina maggioritaria, la Corte in tali sentenze ha sancito in capo a ciascuno Stato membro un obbligo di riconoscimento dello *status* di coniuge e di figlio legalmente accertato in un altro Stato membro «relativo» o «funzionalmente orientato» all'esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno: le autorità nazionali sono tenute a riconoscere tali *status* solo ai fini dell'accertamento dei presupposti per l'esercizio di tali libertà da parte dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari, e non ad altri fini (ad esempio, ai fini dell'esercizio di ulteriori diritti quali il mantenimento, i diritti di visita, i diritti successori, etc.)⁵³. La portata limitata dell'obbligo deriva dal fatto che – come già illustrato – la disciplina dei profili sostanziali ed internazionalprivatistici degli *status* personali e familiari è lasciata agli ordinamenti nazionali degli Stati membri. Pertanto, questi ultimi non sono vincolati dal diritto dell'Unione europea a prevedere al loro interno istituti quali il matrimonio tra persone dello stesso sesso o la filiazione omogenitoriale, né ad adottare norme di diritto internazionale privato che consentano il riconoscimento al loro interno degli effetti di matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati negli altri Stati membri o rapporti di filiazione tra un minore e genitori dello stesso sesso sorti in altri Paesi dell'UE⁵⁴.

dell'identità di genere dell'interessato deve riguardare, tra i vari atti dei registri di stato civile, «nello specifico» (nella versione inglese «*in particular*», in quella francese «*notamment*») l'atto di nascita.

⁵³ In questo senso si vedano, tra gli altri: O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato»*, cit., p. 571; M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione*, cit., p. 597; J. MEEUSEN, *Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Unión Citizens —Brief Comments on the CJEU's Pancharevo Judgment*, in *eapil.org*, 3 febbraio 2022. Si noti che in dottrina sono state altresì ipotizzate letture maggiormente estensive delle sentenze *Coman* e *Pancharevo*, nel senso che in esse la Corte avrebbe affermato che l'art. 21 TFUE obbliga ciascuno Stato membro a riconoscere all'interno del proprio ordinamento tutti gli effetti giuridici dei vincoli familiari sorti in un altro Stato membro, riconoscendo ai componenti della famiglia ogni diritto attribuito dalla legge di tale Stato, come i diritti al mantenimento, i diritti di visita, i diritti successori, etc. (così A. WYSOCKA-BAR, *Same-sex Parenthood in a Cross-border Landscape in Pancharevo*, in *Yearbook of Private International Law*, 2021/2022, p. 333 ss., p. 345 e A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. Ruling*, in *European Law Blog*, 21 dicembre 2021). Tali letture sono rimaste piuttosto isolate in dottrina e paiono comunque abbandonate in seguito all'adozione della proposta di regolamento di diritto internazionale privato sulla filiazione. Tale proposta, infatti, mira proprio ad introdurre un obbligo di mutuo riconoscimento (pieno) degli *status filiationis* all'interno dell'Unione europea, sul presupposto che, allo stato attuale, gli Stati membri sono già obbligati a «riconoscere la filiazione di un minore accertata in un altro Stato membro ai fini dei diritti conferitegli dal diritto dell'Unione, in particolare in materia di libera circolazione», ma non «per altre finalità» (COM(2022) 695 final, cit., p. 2). Inoltre, la lettura proposta dalla dottrina maggioritaria trova conferma anche negli orientamenti della Commissione del dicembre 2023, sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie, nei quali si afferma che, ai fini dell'accertamento dello *status* di familiare ai sensi della direttiva 2004/38/CE, le autorità di ciascuno Stato membro sono obbligate ad accettare certificati e atti analoghi di stato civile che provengono dalle autorità degli altri Stati membri (salvo che nel singolo caso considerato la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti), ma tale accettazione non richiede «alcun riconoscimento formale dei vincoli familiari nel diritto degli altri Stati membri» (Comunicazione della Commissione del 23 dicembre 2023, orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie, C/2023/1392, p. 10).

⁵⁴ Si vedano: CGUE, *Coman*, cit., par. 37; CGUE, *Pancharevo*, cit., par. 52.

Allo stesso modo, gli Stati non potrebbero essere obbligati a trascrivere o ad annotare nei propri registri di stato civile gli atti attestanti gli *status* di coniuge o di figlio rilasciati dalle autorità degli altri Stati membri, poiché tali adempimenti implicherebbero un riconoscimento pieno di tali *status* nei rispettivi ordinamenti.

Sembra dunque difficile sostenere che la Corte nella sentenza *Mirin* abbia implicitamente ammesso che gli Stati membri siano obbligati ad annotare le modifiche dei dati identificativi di genere dell'interessato negli atti di stato civile attestanti i suoi *status* familiari: tale annotazione infatti – come evidenziato dall'Avvocato generale Richard de la Tour – implicherebbe il riconoscimento negli ordinamenti nazionali «del matrimonio di persone dello stesso sesso o di filiazioni stabilite nei confronti di genitori dello stesso sesso», in contrasto con quanto affermato dalla Corte nei due precedenti appena richiamati⁵⁵.

Importanti precisazioni, utili a fare maggiore chiarezza su tale questione, potrebbero essere comunque fornite dalla Corte in occasione del rinvio pregiudiziale *Wojewoda Mazowiecki*⁵⁶.

Infatti, con tale rinvio la Corte Suprema Amministrativa polacca ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se sia compatibile con l'art. 21, par. 1, TFUE il rifiuto delle autorità di uno Stato membro di trascrivere nei propri registri di stato civile un atto di matrimonio formato in un altro Stato membro tra due persone del medesimo sesso, aventi entrambe cittadinanza dell'Unione europea⁵⁷.

L'Avvocato generale Richard de la Tour, nelle sue conclusioni rese in tale caso, ha suggerito alla Corte di pronunciarsi nel senso che gli artt. 20 e 21, par. 1, TFUE, letti alla luce dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non impongono agli Stati membri di trascrivere nei propri registri di stato civile l'atto di matrimonio di un proprio cittadino con una persona del suo stesso sesso, emesso dalle autorità di un altro Stato membro, nel quale il cittadino si era recato nell'esercizio delle proprie libertà di

⁵⁵ Conclusioni, *Mirin*, cit., par. 94.

⁵⁶ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Naczelny Sąd Administracyjny* (Polonia) il 23 novembre 2023, C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*. Nel caso oggetto del giudizio di rinvio, JC-T, cittadino polacco e tedesco, e MT, cittadino polacco, dopo essersi sposati a Berlino, in vista del loro trasferimento in Polonia hanno chiesto alle autorità di quest'ultimo Paese di trascrivere il loro atto di matrimonio nel registro di stato civile (parr. 1-2). Tuttavia, l'ufficio competente ha rigettato la richiesta, ritenendo la trascrizione dell'atto in questione contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico polacco, che non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso (par. 2). Tale decisione è stata confermata sia dal Presidente del Voivodato di Masovia, sia dal Tribunale amministrativo del Voivodato di Varsavia (parr. 3-4). Contro la decisione di quest'ultimo organo giurisdizionale, JC-T e MT hanno proposto ricorso alla Corte Suprema Amministrativa della Repubblica polacca (parr. 4-6).

⁵⁷ Domanda di pronuncia pregiudiziale C-713/23, cit., parr. 16-18. Secondo il giudice del rinvio, il rifiuto opposto dalle autorità rumene di trascrivere l'atto di matrimonio in questione, sebbene non costituisca, di per sé, un ostacolo all'esercizio del diritto dei coniugi di soggiornare nel territorio rumeno, essendo entrambi cittadini dell'Unione europea, potrebbe comunque comportare una lesione del diritto alla vita familiare e una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale dei due cittadini, impedendo loro il pieno esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno.

circolazione e soggiorno, purché all'interno dei loro ordinamenti siano previsti altri mezzi per garantire il riconoscimento nei confronti di terzi di tale matrimonio⁵⁸.

L'Avvocato generale pare confermare la lettura più prudente della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di circolazione degli *status* personali e familiari, affermando che questa si è «svilupata su due livelli»: da essa risulta, da un lato, che ciascuno Stato membro è obbligato a riconoscere le modifiche degli elementi identificativi – nome, cognome e identità di genere – ottenute da un proprio cittadino in un altro Stato membro e ad annotarle nell'atto di nascita dello stesso e, dall'altro, che gli Stati membri devono riconoscere gli *status* di coniuge e di figlio risultanti rispettivamente dagli atti di matrimonio o di nascita emessi negli altri Stati membri solo ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti agli interessati dal diritto dell'Unione, mentre non sono «tenuti a garantire che tale riconoscimento produca effetti in materia di stato civile»⁵⁹.

Una conferma da parte della Corte del quadro delineato dall'Avvocato generale contribuirebbe senz'altro a chiarire i dubbi sollevati dalla sentenza *Mirin*.

8. Conclusioni

La pronuncia in esame – nonostante non abbia precisato aspetti di grande rilevanza ai fini di una ricostruzione generale del regime della circolazione degli *status* personali e familiari nell'Unione europea – è comunque degna di nota per aver apportato un ulteriore tassello al mosaico di tutele delle persone *transgender* all'interno dell'Unione europea.

La Corte di giustizia, infatti, aveva già affermato in più occasioni che la competenza degli Stati membri nella regolamentazione dei procedimenti di modifica dell'identità di genere deve essere esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione europea e, in particolare, del divieto di discriminazione sulla base del sesso, sancito, fra le varie norme, dall'art. 10 TFUE⁶⁰. Nella più recente sentenza *Deldits*, inoltre, la Corte ha stabilito che gli Stati membri,

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Jean Richard de la Tour del 3 aprile 2025, C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*. Per un primo commento si veda M. PASQUA, *AG De La Tour's Opinion in Wojewoda Mazowiecki on Poland's Refusal to Transcribe a Same-Sex Marriage Certificate*, in *eapil.org*, 22 aprile 2025.

⁵⁹ Conclusioni, *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 28-30.

⁶⁰ CGUE, *Richards*, cit., par. 30; CGCE, sentenza del 30 aprile 1996, C-13/94, *P/S e Cornwall County Council*, par. 17-23; CGCE, sentenza 7 gennaio 2004, C-117/01, *K.B.*, par. 28-36 e CGUE, sentenza del 26 giugno 2018, C-451/16, *MB*, par. 29-38. La Corte in tali sentenze ha dato particolare rilievo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 8 CEDU. Infatti, la Corte EDU, in più occasioni, ha affermato che tale norma tutela anche il diritto delle persone *transgender* a veder cambiata la propria identità in tutti i documenti pubblici che le riguardano e che il riconoscimento dell'identità di genere delle persone trans non può essere subordinato alla realizzazione di un trattamento chirurgico non desiderato, ma deve avvenire all'esito di procedure trasparenti, accessibili e prevedibili (si vedano: Corte EDU, *Goodwin*, cit., par. 90; *Van Kück c. Germania*, cit., par. 69-75; *X e Y*, cit., par. 147 e 167; in dottrina si vedano, per tutti: C.M. REALE, *Il lento incidere dei diritti trans: una prospettiva critica della giurisprudenza delle corti sovranazionali europee*, in *Rivista di BioDiritto*, 2024, p. 146 ss.; S. OSELLA, *Gender identity and EU law: Evolution and open questions*, in E. STRADELLA (ed.), *Gender based approaches and juris dictio in Europe*, Pisa, 2020, p. 87 ss.).

nel disciplinare i procedimenti giuridici di riconoscimento della transidentità, devono rispettare il diritto alla protezione dei dati personali, nella sua particolare declinazione del diritto alla rettifica dei dati errati, previsto dall'art. 16 del regolamento (UE) 2016/679 (c.d. RGPD)⁶¹ e riconosciuto come diritto fondamentale dell'uomo dall'art. 8, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶². La sentenza *Mirin* ha sancito un ulteriore limite alla competenza degli Stati in materia, rappresentato dal rispetto delle libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini nel territorio dell'Unione europea. Tale limite, in particolare, impedisce agli Stati membri di adottare procedimenti di riassegnazione di genere che non consentano di tenere conto delle modifiche già ottenute dai propri cittadini negli altri Stati membri, e obbliga le autorità nazionali a riconoscere ed annotare negli atti di nascita degli interessati tali modifiche. In questo modo le persone *transgender* in situazione di mobilità all'interno dell'Unione europea sono poste al riparo dagli inconvenienti che potrebbero derivare dalla discrepanza tra i registri di stato civile dei vari Stati membri.

Un ulteriore frammento di tale quadro di tutele potrà essere aggiunto in occasione del rinvio pregiudiziale relativo al caso *Shipov*⁶³. La Corte, infatti, è chiamata a pronunciarsi sulla normativa bulgara che – così come interpretata dalla giurisprudenza nazionale – non consente la modifica dell'identità di genere sugli atti di stato civile in favore di chi si dichiara transgender, subordinando tale modifica ad un mutamento di sesso mediante intervento chirurgico o trattamento ormonale⁶⁴. Una soluzione della Corte in termini di incompatibilità

⁶¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

⁶² CGUE, sentenza del 13 marzo 2025, C-247/23, *Deldits*. Nel caso oggetto del giudizio di rinvio, VP, cittadino iraniano, ha richiesto lo *status* di rifugiato alle autorità ungheresi, ponendo a sostegno della domanda la propria transidentità (in quanto nato donna con identità di genere maschile). In accoglimento della domanda, le autorità ungheresi lo hanno iscritto nel registro degli aventi diritto d'asilo, indicandolo tuttavia come soggetto di genere femminile. VP ha quindi presentato domanda di rettifica *ex art. 16 RGPD* all'ufficio competente in materia di asilo, che tuttavia ha respinto la stessa, in mancanza della prova dell'intervenuta riassegnazione chirurgica del sesso. VP ha pertanto presentato ricorso contro tale decisione dinanzi al *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale). Tale Corte ha effettuato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendole di chiarire se la prassi seguita dalle autorità ungheresi – che subordina la rettifica dei dati relativi al genere di una persona alla prova da parte della stessa di aver seguito una riassegnazione chirurgica del sesso – sia compatibile con l'art. 16 RGPD. La Corte ha risposto negativamente, affermando che tale prassi rappresenta una deroga all'esercizio del diritto di rettifica non conforme all'art. 23, par. 1 RGPD, in quanto non prevista da una misura legislativa e non rispettosa dell'essenza dei diritti fondamentali dell'uomo (punti 42-45). Secondo la Corte, infatti, la prassi in questione lede i diritti all'integrità della persona e al rispetto della vita privata e familiare di cui, rispettivamente, agli artt. 3 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (punti 45-49). Per un primo commento della pronuncia si veda A. MARCIA, *Trans* Rights Beyond Medicalisation? The CJEU in Case Deldits (C-247/23)*, in *European Law Blog*, 3 aprile 2025.

⁶³ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Varboven kasatsionen sad* (Bulgaria) il 23 gennaio 2024, C-43/24, *Shipov*.

⁶⁴ L'Avvocato generale de La Tour, nelle sue conclusioni presentate il 4 settembre 2025, si è espresso nel senso della incompatibilità della normativa bulgara con le libertà UE di circolazione e soggiorno.

di tale normativa con il diritto dell'Unione europea garantirebbe che i cittadini dell'Unione europea che abbiano ottenuto il mutamento della propria identità di genere in uno Stato membro e che intendano trasferirsi in un altro Stato membro non siano costretti ad una riassegnazione di sesso mediante chirurgia o terapia ormonale al fine di ottenere il riconoscimento della propria nuova identità di genere in tale Stato, assicurando così una tutela effettiva non solo delle libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione, ma anche del diritto all'integrità della persona e di quello al rispetto della vita privata, nella specifica declinazione del diritto al riconoscimento della propria identità di genere.

In particolare, secondo lo stesso l'ostacolo della normativa nazionale in questione alle libertà da ultimo menzionate deriverebbe dall'indicazione obbligatoria nella carta d'identità del cittadino del sesso riportato nell'atto di nascita senza alcuna possibilità (salvo il ricorso alla riassegnazione chirurgica del sesso) di inserirvi l'identità di genere realmente "vissuta" dal soggetto (Conclusioni dell'Avvocato generale Jean Richard de la Tour del 4 settembre 2025, C-43/24, *Shipov*).

SEZIONE IV

Giustizia penale internazionale

The right to food, crimes and justice: the ‘deliberate’ starvation of the Palestinian people and the international courts as the ‘conscience of humanity’

ANNA ORIOLO*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction and analytical framework. – 2. Starvation of the Palestinian people as a ‘manmade’ and undignified catastrophe. – 3. The right to food: regulatory framework, definitions, and distinctions. – 4. Individual criminal responsibility for starvation of civilians under ICC arrest warrants. – 4.1. Political issues v. territorial jurisdiction: some preliminary considerations. – 4.2. The applicable law and the alleged crimes before the ICC. – 5. ICJ rulings on Israel’s responsibility for starvation as genocide and violations of the Palestinian people’s right to food sovereignty. – 5.1 The ICJ’s *interim* jurisdiction and the ‘plausible’ risk of genocide against the Palestinian population in Gaza. – 5.2. Food sovereignty of the Palestinian people v. Israel’s unlawful policies and practices under international law in the ICJ’s advisory opinion. – 6. Concluding remarks: The right to ‘food dignity’ and the international courts as the ‘conscience of humanity’.

ABSTRACT: This article aims to highlight the role of international judges in stigmatizing the crime of starvation as a ‘catastrophic’ and ‘undignified’ human rights violation that offends the collective ‘conscience’ of all humanity. To this end, the analysis begins by identifying the starvation of the Palestinian people as a ‘manmade’ catastrophe (Section 2) and then examines the potential recognition of food as a fundamental right in the international and European arenas, as well as its intrinsic link to human dignity (Section 3). The discussion then turns to the perspectives of the ICC and ICJ on individual and State responsibility for violations of the right to food in Gaza (Sections 4 and 5). The article concludes by considering the contribution of international (global) courts to the consolidation of the prosecution of intentional starvation as an international crime, and more broadly, to combating impunity for *jus cogens* violations, affirming their role as the ‘conscience’ of humanity (Section 6).

KEYWORDS: arrest warrants – Gaza Strip – genocide – right to food – starvation – war crimes.

* Associate Professor of International Law, University of Salerno, aoriolo@unisa.it.

1. Introduction and Analytical Framework

On 21 November 2024, Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (ICC) issued arrest warrants for war crimes and crimes against humanity allegedly committed on the territory of the State of Palestine, specifically in the Gaza Strip¹. The warrants named Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu and former Defence Minister Yoav Gallant for, *inter alia*, starving civilians as a method of warfare, which constitutes a war crime under art. 8(2)(b)(xxv) of the ICC Statute².

The arrest warrants were kept confidential to protect the identities of victims and witnesses³, but in the applications filed on 20 May 2024, the ICC Office of the Prosecutor (OTP) sought to indict Netanyahu and Gallant as «two of those most responsible» for the

¹ On 7 October 2023, Hamas and other armed factions in the Gaza Strip launched an assault on Israel, resulting in over 1,200 fatalities, thousands of injuries, and the kidnapping of approximately 240 individuals, many of whom are still being held captive. Following the attack, Israel initiated a large-scale military campaign in Gaza, deploying land, air, and sea forces, resulting in numerous civilian casualties, widespread damage to civilian infrastructure, and the displacement of the vast majority of Gaza's population.

² ICC, *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine* of 20 May 2024. On 17 November 2023, South Africa, Bangladesh, Bolivia, Comoros, and Djibouti referred the situation in the State of Palestine to the Court under art. 14 of the ICC Statute, requesting that the ICC Office of the Prosecutor (OTP) 'vigorously' investigate crimes under the Court's jurisdiction, such as, *inter alia*, the starvation of the Gaza population as a war crime (par. 2.4), www.icc-cpi.int. On 18 January 2024, the OTP received a similar referral by the Republic of Chile and the United Mexican States. For the sake of completeness, it is worth noting that on 21 November 2024, the ICC Pre-Trial Chamber I issued an arrest warrant for Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri, the highest-ranking commander of the Hamas military wing, for crimes against humanity, including murder, extermination, torture, rape and other forms of sexual violence, as well as the war crimes of murder, cruel treatment, torture, taking hostages, outrages upon personal dignity, rape and other forms of sexual violence, committed on the territories of Israel and Palestine. See ICC, *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I issues warrant of arrest for Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif)*, 21 November 2024. See L. PROSPERI, *The ICC Issued Arrest Warrants Against Netanyahu, Gallant, and Hamas' Commander-in-Chief Deif: What Next?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, p. 973 ff.

³ Under the ICC Rules of Procedure and Evidence, adopted on 9 September 2002, Rule 76(4); Rule 81(3); art. 87(3)(a). Relevant decisions are: ICC, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence of 13 October 2006, ICC-01/04-01/06-568 (OA3), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; ICC, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'First Decision on the Prosecution Request for Authorization to Redact Witness Statements' of 13 May 2008, ICC-01/04-01/07-475 (OA), *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*; ICC Corrigendum to Decision on the 'Defence request for an order of disclosure' of 1 August 2013, ICC-01/11-01/11-392-Red-Corr, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*. See R.S. LEE, H. FRIMAN (eds), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001; F. GUARIGLIA, *The Rules of Procedure and Evidence for the International Criminal Court: A New Development in International Adjudication of Individual Criminal Responsibility*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, 2002, p. 1121 ff.; M. KLAMBERG, J. NILSSON, A. ANGOTTI (eds), *Commentary on the Law of the International Criminal Court: The Rules of Procedure and Evidence*, Brussels, 2023.

alleged crimes, both as co-perpetrators and superiors under arts. 25 and 28 of the Rome Statute⁴.

The Israeli-Palestinian crisis has also posed significant challenges to the International Court of Justice (ICJ), both in a contentious case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*South Africa v. Israel*), which resulted in three orders imposing provisional measures⁵, and in the Advisory Opinion of 19 July 2024, requested by the UN General Assembly, on the legal consequences of Israel's policies and practices in the Occupied Palestinian Territories, including East Jerusalem⁶.

⁴ Specifically, they are suspected of committing the war crimes of starvation as a method of warfare and intentionally attacking civilians, as well as the crimes against humanity of murder, persecution, and other inhumane acts (see ICC, *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC*, cit.). On the same day, the Pre-Trial Chamber issued two decisions rejecting the challenges to jurisdiction brought by Israel under arts. 18 and 19 of the ICC Statute against the issued arrest warrants for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant (see ICC, decision of 21 November of 2024 on Israel's challenge to the Court's jurisdiction pursuant to Article 19(2) of the Rome Statute, ICC-01/18-374, *Situation in the State of Palestine*; ICC, decision of 21 November 2024 on Israel's request for an order to the Prosecution to provide an Article 18(1) notice, ICC-01/18-375, *Situation in the State of Palestine*). Since then, leaders from ICC Member States France, Germany, Italy, Hungary, and Poland have stated or implied that they would not arrest Benjamin Netanyahu if he travelled to their respective countries (Amnesty International, *Hungary: Arrest and Surrender Israeli Prime Minister Netanyahu to the International Criminal Court*, 31 March 2025, www.amnesty.org). The United States has also enacted sanctions against the ICC Prosecutor, Karim Khan. See the US President's Executive Order 14203 of 6 February 2025, *Imposing Sanctions on the International Criminal Court*.

⁵ ICJ, order of 26 January 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures*; ICJ, order of 28 March 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the Modification of the Order of 26 January 2024 indicating provisional measures*; ICJ, order of 24 May 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the Modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures*.

⁶ UN General Assembly Resolution 77/247 of 30 December 2022; ICJ, advisory opinion of 19 July 2024, *Legal consequences arising from the policies and practices of Israel in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem*. On 29 October 2024, Norway issued a press release announcing that it would ask the UN General Assembly to request an ICJ Advisory Opinion on whether Israel is violating international law by preventing the UN, international humanitarian organizations, and States from providing humanitarian assistance to the Palestinians under occupation. Later in the year, the UN General Assembly adopted the *Resolution on the Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of Israel in relation to the presence and activities of the United Nations, other international organizations and third States*, A/RES/79/232 of 19 December 2024. In particular, operative para. 10 of the Resolution: «Decides (...) to request the International Court of Justice (...) on a priority basis and with the utmost urgency, to render an advisory opinion on the following question (...) “What are the obligations of Israel, as an occupying Power and as a member of the United Nations, in relation to the presence and activities of the United Nations, including its agencies and bodies, other international organizations and third States, in and in relation to the Occupied Palestinian Territory, including to ensure and facilitate the unhindered provision of urgently needed supplies essential to the survival of the Palestinian civilian population as well as of basic services and humanitarian and development assistance, for the benefit of the Palestinian civilian population, and in support of the Palestinian people's right to self-determination?”». The entities that operated in the Occupied

The political and scholarly responses to the findings of these two leading international courts have been remarkably incoherent, raising serious concerns and prompting critical reflections on the international protection of the right to food, as well as the responsibilities of States and individuals involved in the deliberate starvation of civilians.

This article therefore aims to highlight the role of international judges in stigmatizing the crime of starvation as a ‘catastrophic’ and ‘undignified’ human rights violation that offends the collective ‘conscience’ of all humanity.

To this end, the analysis begins by identifying the starvation of the Palestinian people as a ‘manmade’ catastrophe (Section 2) and then examines the potential recognition of food as a fundamental right in the international and European arenas, as well as the intrinsic link to human dignity (Section 3). The discussion then turns to the perspectives of the ICC and ICJ on individual and State responsibility for violations of the right to food in Gaza (Sections 4 and 5). The article concludes by considering the contribution of international (global) courts to the consolidation of the prosecution of intentional starvation as an international crime, and more broadly, to combating impunity for *jus cogens* violations, affirming their role as the ‘conscience’ of humanity (Section 6).

Palestinian Territory to provide basic services, and humanitarian and development assistance are: the Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), the United Nations Children’s Fund (UNICEF), the United Nations Development Programme (UNDP), the United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women), the United Nations Human Settlements Programme (UN-Habitat), the United Nations Mine Action Service (UNMAS) of the Department of Peace Operations, the United Nations Office for Project Services (UNOPS), the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), the United Nations Population Fund (UNFPA), the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), the United Nations Special Coordinator for the Middle East Process (UNSCO), and the World Food Programme (WFP). All international organizations within the wider United Nations system have faced significant operational constraints in Gaza. The ability of these entities to deliver humanitarian assistance has been obstructed by a combination of factors: intensified military activity; a complete blockade on humanitarian aid and commercial supplies since 2 March 2025; the killing of aid workers and attacks on humanitarian premises; and severe internal movement restrictions. United Nations staff, including senior officials, have been denied entry or refused visas, severely limiting their presence on the ground. Beginning on 18 March 2025, a series of devastating strikes in Gaza have resulted in hundreds of casualties, including among United Nations personnel. On 27 March 2025, the remaining international UNRWA staff were forced to leave the Gaza Strip as Israeli authorities continued to deny them entry. Meanwhile, UNRWA’s local staff remain on the ground, providing essential services and assistance to those in greatest need. UNRWA continues to be one of the largest service providers in Gaza, delivering services in areas such as nutrition, health, education, water, and sanitation (see ICJ, *Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of Israel in relation to the presence and activities of the United Nations, other international organizations and third State*, Written replies submitted on behalf of the Secretary-General of the United Nations to the questions put by Vice-President Sebutinde and Judge Gómez Robledo at the end of the oral proceedings, 7 May 2025).

2. Starvation of the Palestinian People as a ‘Manmade’ and Undignified Catastrophe

«On 9 October 2023, Israel announced its starvation campaign against Gaza». This statement opens the Report of Michael Fakhri, United Nations Special Rapporteur on the Right to Food, presented to the UN General Assembly on 17 July 2024⁷. The Report establishes the relationship between the right to food and the prevention of hunger, emphasizes the importance of Palestinian food sovereignty, and underscores starvation as a profound human rights violation. The Special Rapporteur also remarked, «Never in post-war history had a population been made to go hungry so quickly and so completely as was the case for the 2.3 million Palestinians living in Gaza»⁸. In the Special Rapporteur’s view, the Israeli siege of Gaza was also a policy intended to deny the Palestinian people their dignity, as Israel only permitted limited quantities of what it listed as «basic food items»⁹.

According to the Integrated Food Security Phase Classification (IPC) – a multilateral global initiative that assesses food security and nutrition – the level of hunger in Gaza has reached Phase 5, which is the highest classification and indicates a state of catastrophe¹⁰.

On 15 March 2024, UN Secretary-General António Guterres highlighted this concerning situation, warning that: «1.1 million people in Gaza are facing catastrophic hunger – the highest number of people ever recorded – anywhere, anytime. This is an entirely manmade disaster»¹¹. EU High Representative Josep Borrell also addressed the disaster and famine in a statement on 18 March 2024, remarking «Gaza is already facing famine (...) Hunger cannot be used as a weapon of war. What we are seeing is not a natural hazard but a manmade disaster (...) The situation has gone beyond catastrophic»¹².

⁷ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the right to food, Michael Fakhri – Starvation and the Right to Food, with an emphasis on the food sovereignty of Palestinian people*, A/79/171 of 17 July 2024, para. 1. The Report establishes a relationship between the right to food and the prevention of starvation in a way that contributes to the common goal of ensuring that everyone has the power to determine what constitutes adequate food for their community and has access to it. The Report also emphasizes the food sovereignty of the Palestinian people since their liberation struggle exemplifies how starvation is a human rights issue.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, para. 71. Certain foods, such as chocolate, coriander, olive oil, honey, and some fruits, were banned.

¹⁰ IPC Famine Review Committee, *Gaza Strip*, March 2024, p. 5, www.ipcinfo.org. More recently, see Letter from the State of Palestine, *Genocide, Displacement and Starvation in Gaza: The Urgent Need for a Permanent Ceasefire and Protection of Civilians* of 23 April 2025 (A/ES-10/1031-S/2025/249): «The already apocalyptic humanitarian catastrophe in Gaza continues to worsen as Israel, the occupying Power, persists with its hermetic, punitive siege and wanton bombardment of all civilian areas. Mass casualties, mass destruction, mass displacement and mass starvation continue to be inflicted in Gaza every single day by Israeli occupying forces (...)». See also the statements issued by Special Rapporteurs, Independent Experts, and Working Groups calling on States to take immediate action to end the unfolding genocide in Gaza, www.ohchr.org.

¹¹ UN Press Release of 15 March 2024, *Secretary-General’s remarks at press encounter on Gaza*.

¹² Directorate-General for European Civil Protection and Humanitarian Aid Operations, *Statement by High Representative Josep Borrell and Commissioner for Crisis Management Janez Lenarčič on famine in Gaza* of 18 March 2024.

These considerations underscore that armed conflict, whether national or international, is one of the greatest threats to the enjoyment of the right to food, along with health emergencies and environmental hazards. However, unlike the latter two risk factors, armed conflicts are characterized by the fact that the starvation of civilians is not only a ‘physiological’ consequence of hostilities, but is also ‘deliberately’ and increasingly used as a method of warfare by warring parties¹³. The Israeli-Palestinian crisis exemplifies this troubling dynamic and illustrates the intersection between the right of civilians to food, the use of starvation as a weapon of war, and the corresponding accountability of States and individuals for violations of human rights and international humanitarian law, which, as noted above, recently led to calls for both the ICJ and the ICC to address responsibility for violations of the right to food and other crimes committed in Gaza.

To better understand these interrelations, the following section will reconstruct the regulatory framework of the right to food, with a focus on the various declinations of related individual and State rights and obligations, as well as the distinctions between this and other relevant and widely discussed concepts, such as food safety and food sovereignty.

3. The Right to Food: Regulatory Framework, Definitions, and Distinctions

International human rights law explicitly addresses the right to food in the broader context of the right to an adequate standard of living, for example, in art. 25 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, and art. 11 of the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the latter also covering the fundamental right of everyone to be free from hunger and to have access to adequate food¹⁴.

¹³ E. ROSENBLAD, *Starvation as a Method of Warfare: Conditions for Regulation by Convention*, in *The International Lawyer*, 1973, p. 252 ff.; D. KEARNEY, *Food Deprivations as Crimes Against Humanity*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2013, p. 253 ff.; A. DE WAAL, *Mass Starvation. The History and Future of Famine*, Cambridge, 2018; D. AKANDE, E.C. GILLARD, *Conflict-Induced Food Insecurity and the War Crime of Starvation of Civilians as a Method of Warfare*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 753 ff.; G. GAGGIOLI, N. MELZER, *Methods of Warfare*, in D. AKANDE, B. SAUL (eds), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, 2020.

¹⁴ The scope of this right is better explained by the CESCR, *General Comment No. 12: Article 11 (Right to adequate food)*, E/C.12/1999/5 of 12 May 1995, para. 6: «The right to adequate food is realized when every man, woman and child, alone or in community with others, have physical and economic access at all times to adequate food or means for its procurement. The right to adequate food shall therefore not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with a minimum package of calories, proteins and other specific nutrients». However, R.E. HOWARD-HASSMANN, *State Food Crimes*, Cambridge, 2016, p. 221, contended that, as of now, the right to food needs an international treaty of its own. After all, no universal declaration is, in itself, legally binding, unless an *ad hoc* framework of positive protections is envisaged and then implemented. Nevertheless, a treaty on the human right to food is crucial from an ethical point of view, as it would serve to dismantle the enduring prejudice that hunger blindly strikes the dispossessed of the earth, or even punishes them on the basis of an obscure calculation of pay. Of course, even this would not solve the legal problem of its enforceability. See also CCPR, *General Comment No. 36: Article 6 (Right to life)* of 3 September 2019, para. 26: «The duty to protect life also implies that States parties should take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or

The right to food is also recognized in several international conventions that protect specific groups. These include the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (art. 12(2)), the 1989 Convention on the Rights of the Child (art. 24(c)), and the 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities (art. 28(1))¹⁵.

International humanitarian law protects civilians and prisoners of war by ensuring their access to food and water during armed conflict¹⁶. It explicitly prohibits the deliberate starvation of civilians as a method of warfare in both international and non-international armed conflicts, as set forth in art. 54 of Additional Protocol I and art. 14 of Additional Protocol II of 1977 to the 1949 Geneva Conventions¹⁷.

Under international criminal law, violations of this protection may constitute war crimes if committed during an *international* conflict (art. 8 ICC Statute). In addition, such acts may constitute crimes against humanity if they are part of a widespread or systematic attack against a civilian population (art. 7 ICC Statute), or even genocide if committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial, or religious group (art. 6 ICC Statute and art. II of the 1948 Genocide Convention).

The right to food is also recognized in various regional instruments, such as the 1988 Additional Protocol to the American Convention on Human Rights on Economic, Social and Cultural Rights, known as the San Salvador Protocol (art. 12), the 1990 African Charter on the Rights and Welfare of the Child (art. 14(2)(c) and (d)), and the 2003 Protocol to the

prevent individuals from enjoying their right to life with dignity. [...] The measures called for to address adequate conditions for protecting the right to life include, where necessary, measures designed to ensure access without delay by individuals to essential goods and services such as food, water, shelter, health care, electricity and sanitation, and other measures designed to promote and facilitate adequate general conditions, such as the bolstering of effective emergency health services, emergency response operations (including firefighters, ambulance services and police forces) and social housing programmes».

¹⁵ The Food Assistance Convention also deserves particular mention, which, replacing the 1999 Food Aid Convention, is the only international legal agreement that defines the global rules for food assistance and therefore requires signatories to provide a minimum amount of food aid as a demonstration of their concrete commitment to the fight against hunger in the world. Signed in London in 2012, and then entered into force on 1 May 2013, the preamble explicitly clarifies that it is the primary responsibility of States to ensure the food security of their nations and, therefore, to achieve the full realization of the right to adequate food.

¹⁶ R. BARBER, *Facilitating Humanitarian Assistance in International Humanitarian and Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2009, p. 371 ff.; J. PEJIC, *The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework*, in *International Review of the Red Cross*, 2011, p. 1097 ff.; B. LANDER, *Addressing Hunger and Starvation in Situations of Armed Conflict - Laying the Foundations for Peace*, *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 675 ff.; S. HUTTER, *The Right to Food in Armed Conflict*, in B. CONLEY, A. DE WAAL, C. MURDOCH, W. JORDASH (eds), *Accountability for Mass Starvation: Testing the Limits of the Law*, Oxford, 2022, p. 132 ff.

¹⁷ On the Protocols, see A. CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1984, p. 55 ff.; P. DE STEFANI, F. SPEROTTO, *Introduzione al diritto internazionale umanitario e penale*, Padova, 2011. See also *infra* notes 45, 46 and corresponding text.

African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (art. XV).

Although other general or regional international instruments do not explicitly address the right to food, it is implicitly derived from (and may directly influence) the enjoyment of other fundamental human rights¹⁸. These include the right to life¹⁹, the right to health²⁰, the right to economic, social, and cultural development²¹, and the right not to be subjected to

¹⁸ On the interdependence of these rights, see World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/23 of 25 June 1993, para. 5 (on interdependence), para. 31 (on right to food); ECOSOC, *The right to food – Report by the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Jean Ziegler*, E/CN.4/2001/53 of 7 February 2001, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2000/10. See P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (eds), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, p. 19 ff.; C. SCOTT, *The Interdependence and Permeability of Human Right Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1989, p. 769 ff.; A. AYALA, *A Human Rights Approach to the Health Implications of Food and Nutrition Insecurity*, in *Public Health Reviews*, 2017, p. 1 ff.; J. GÓMEZ, *Rethinking the Human Right to Food from a Single Perspective to a Four-Fold Legal Interpretation*, in *Human Rights Practice*, 2024, p. 589 ff.

¹⁹ African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted on 1 June 1981, art. 4; CESCR, *General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life)* of 30 April 1982, para. 5: «it would be desirable that States took all possible measures to reduce infant mortality and to increase life expectancy, especially in adopting measures to eliminate *malnutrition* and epidemics» (emphasis added); CCPR, *General Comment No. 36, Article 6 (Right to Life)*, cit., para. 26.

²⁰ African Charter on Human and Peoples' Rights, cit., art. 14; the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, art. 24.

²¹ African Charter on Human and Peoples' Rights, cit., art. 22; CESCR, *General Comment No. 37, Article 11 (Right to adequate food)*, 12 May 1999: «any discrimination in access to food, as well as to means and entitlements for its procurement, on the grounds of race, color, sex, language, age, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status with the purpose or effect of nullifying or impairing the equal enjoyment or exercise of economic, social and cultural rights constitutes a violation of the Covenant»; FAO, *Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security*, of November 2004, Guideline 1, para. 1.1; Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted on 13 December 2006, arts. 25-26.

inhuman or degrading treatment or torture²², which together support the broader concept of human dignity²³.

Therefore, the right to adequate food is inextricably linked to the inherent dignity of the human person and is fundamental to the realization of other human rights²⁴.

Social justice, likewise inseparable from human dignity, requires the implementation of appropriate economic, environmental, and social policies – both nationally and internationally – aimed at eradicating poverty and fulfilling the full spectrum of human rights.

This is evident in European Union law, where the right to food, although not explicitly mentioned, is implicitly linked to the right to health in art. 9 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). This link is further reflected in EU measures aimed at combating major health scourges, including serious cross-border health threats, as set out in Art. 168 TFEU. In addition, art. 11 TFEU promotes sustainable development by requiring the integration of environmental protection into the definition and implementation of EU policies and measures. The relationship between the right to food, health, and environmental sustainability is clearly demonstrated in the EU's «Farm to Fork» strategy, which serves as the ‘food component’ of the EU Green Deal²⁵. This ten-year

²² Additional Protocol II to the Geneva Convention, art. 5(1). For example, the Human Rights Committee, which oversees compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, has found that denying food to a prisoner constitutes a violation of the right to freedom from cruel, inhuman, and degrading treatment (CCPR/C/51/D/458/1991) under art. 7 of the ICCPR. The Committee Against Torture, the treaty-body tasked with oversight of the Convention Against Torture and Other Cruel, Degrading and Inhuman Treatment, has found that deprivation of certain objects indispensable to the survival of the civilian population (namely food, water, and access to sanitary facilities) constitutes a breach of the right to freedom from torture (CAT/C/63/D/637/2014). See also ICTY, judgment of 2 November 2001, IT-98-30/1-T, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, paras. 144 and 146, referring to the constituent elements of the crime of torture under arts. 3 and 5 of the 1993 ICTY Statute: «Beating, sexual violence, prolonged denial of sleep, food, hygiene, and medical assistance, as well as threats to torture, rape, or kill relatives were among the acts most commonly mentioned as those likely to constitute torture» (emphasis added). Interestingly, in the 2003 *Hadžihasanović* case before the ICTY, the accused, Enver Hadžihasanović and Amir Kubura, senior officers in the Army of Bosnia and Herzegovina, were charged, *inter alia*, with violations of the laws or customs of war (cruel treatment), as recognized by art. 3(1)(a) of the 1949 Geneva Conventions and punishable under art. 3 of the 1993 ICTY Statute, for detainees deprivation of food (see ICTY, Third Amended Indictment of 26 September 2003, IT-01-47-PT, *Prosecutor v. Against Enver Hadžihasanovic and Amir Kubura*, para. 42: «In some instances, prisoners were beaten to death. Detainees were subjected to *inhuman treatment, including* being confined in overcrowded and unsanitary conditions and suffered from inhumane *deprivations of basic necessities such as adequate food, water and clothing*») (emphasis added).

²³ CESCR, *General Comment No. 12, Article 11 (Right to adequate food)*, cit.; FAO, *Voluntary Guidelines*, cit., para. 1.1. See C. JAMES, *Food, Dignity, and the European Court of Human Rights*, in *Legal Studies*, 2024, p. 519 ff.

²⁴ CCPR, *General Comment No. 36: Article 6 (Right to life)*, cit.

²⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 11 December 2019, The European Green Deal, COM/2019/640 final; Communication from the

strategy aims to create food systems that are fair, healthy, and environmentally sustainable, ensuring that food is accessible to all by incentivizing farmers to adopt sustainable practices.

In international law, the right to food is also reaffirmed in several soft law instruments (*i.e.*, non-legally binding rules²⁶), such as the Right to Food Guidelines adopted by consensus by the UN Food and Agriculture Organization (FAO) in November 2004.

In this sense, the definition offered by the UN Special Rapporteur Ziegler on the right to food is also relevant, as it refers to «[t]he right to have regular, permanent and unrestricted access, either directly or by means of financial purchases, to quantitatively and qualitatively adequate and sufficient food corresponding to the cultural traditions of the people to which the consumer belongs, and which ensures a physical and mental, individual and collective, fulfilling and dignified life free of fear»²⁷.

This definition outlines the right to be free from hunger and, more importantly, the right to feed oneself ‘in dignity’. Therefore, to allow the full enjoyment of this right, food must be available, accessible, and adequate.

Availability refers to the need to obtain food from natural resources, such as growing crops, raising livestock, fishing, hunting, or gathering. It also includes the need for food to be readily available in markets and shops.

Accessibility ensures both economic and physical access to food. Economic accessibility means that food must be affordable, allowing individuals to obtain a nutritious diet without sacrificing other essential needs such as health care, education, or housing, for example, ensuring that minimum wages or social security benefits are sufficient to cover the cost of nutritious food along with other basic needs. Physical accessibility ensures that food is available to everyone, including physically vulnerable groups such as children, the sick, people with disabilities, and the elderly, who may have difficulty accessing food on their own. It also includes ensuring access to food for people living in remote areas, victims of armed conflict or natural disasters, and prisoners. For example, improving infrastructure to facilitate access to markets via public transport can help ensure that people in remote areas have reliable access to food.

Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 20 May 2020, A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system, COM/2020/381 final.

²⁶ C. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale. Norme, prassi, tutela*, Napoli, 2021. *Cfr.*, M. GESTRI (ed), *Cibo e diritto (Dalla Dichiarazione Universale alla Carta di Milano)*, Modena, 2015; C. MORINI, *Il diritto al cibo nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2017, p. 35 ff. A. PIROZZOLI, *Il diritto di accesso al cibo: una misura della dignità dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 491 ff.

²⁷ OHCHR, *Statement by Jean Ziegler Special Rapporteur on the Right to Food on the Occasion of World Food Day of 16 October 2005*, para. 2. See C. CARLETTI, *Diritto al cibo, tra accessibilità e giustiziabilità. Il contributo del Relatore Speciale delle Nazioni Unite al dibattito sul tema*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 380 ff.; P. DE SENA, A. SACCUCCI, *Diritti fondamentali*, in M. FLORES (eds), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Torino, 2007, p. 376 ff.

Adequacy means that food must meet the nutritional needs of individuals, taking into account factors such as age, health status, living conditions, occupation, and gender. For example, infant formula that lacks essential nutrients for physical and mental development is inadequate. Similarly, foods that are high in energy but low in nutrients, contributing to obesity and other health problems, are also considered inadequate. In addition to meeting nutritional requirements, food must be safe for human consumption, free from harmful substances such as contaminants from industrial or agricultural processes, including pesticide residues, hormones, or veterinary drugs. Adequate nutrition should also be culturally acceptable. For instance, food aid must not contain items that are prohibited by religious or cultural beliefs or do not conform to local eating habits.

In this context, the right to food should be distinguished from the concept of food sovereignty, an emerging idea that emphasizes the right of people to define their own food and food production systems (e.g., agriculture and fisheries) and the degree of self-sufficiency they wish to achieve²⁸. It also involves protecting domestic food production and regulating trade to ensure sustainable development.

In addition, food security differs from these concepts because it encompasses two key aspects that significantly affect human well-being²⁹. First, food security, understood as freedom from fear, ensures physical, economic, and social access to sufficient, safe, and nutritious food for all. Second, food quality is ensured through food safety, which includes the production, handling, preparation, and storage of food to ensure it is safe for consumption and prevents the onset of disease.

From this perspective, food security is vital for peace, stability and, above all, human dignity³⁰.

²⁸ On the right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources, see M. NINO, *Land Grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, Napoli, 2018, p. 190 ff.

²⁹ F. SNYDER, *Toward an International Law for Adequate Food*, in A. MAHIOU, F. SNYDER (eds), *La sécurité alimentaire/Food Security and Food Safety*, Leiden-Boston, 2006, p. 79 ff.; A. DI STEFANO, *La crisi alimentare mondiale e il diritto al cibo nelle conclusioni della FAO High-Level Conference on World Food Security*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 657 ff.; J. INGRAM, P. ERICKSEN, D. LIVERMAN (eds), *Food Security and Global Environmental Change*, London-Washington, 2010; A.V. PILLAI, *Safe Food from Farm to Fork. An Overview of International and National Legal Framework*, in *Golden Research Thought*, 2011; C. RICCI, *Il diritto al cibo sicuro nel diritto internazionale*, Roma, 2012; A. LUPONE, C. RICCI, A. SANTINI (eds), *The Right to Safe Food Towards a Global Governance*, Torino, 2013, p. 9 ff.; M. FASCIGLIONE, *La tutela del diritto all'alimentazione in situazioni di crisi economico-finanziaria: alcune riflessioni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 429 ff.

³⁰ In this sense, see the statement by Dr. Qu Dongyu, Director-General of the FAO, at the II session of the South Africa «First G20 Foreign Ministers' Meeting: Discussion on the Global Geopolitical Situation» held in Johannesburg on 20 May 2025.

4. Individual Criminal Responsibility for Starvation of Civilians under ICC Arrest Warrants

4.1. Political Issues v. Territorial Jurisdiction: Some Preliminary Considerations

The ICC's jurisdiction over the situation in Palestine is based on a declaration made on 1 January 2015, when the State of Palestine accepted the Court's jurisdiction over crimes committed on Palestinian territory, in accordance with art. 12(3) of the Rome Statute³¹.

On 22 May 2018, Palestine referred the *Situation in the State of Palestine* to the ICC Prosecutor pursuant to arts. 13(a) and 14 of the ICC Statute, requesting an investigation into crimes committed since 13 June 2014, with no specific end date.

Due to the unique history and circumstances of the Occupied Palestinian Territory, as well as the unresolved statehood of Palestine under international law, the ICC Prosecutor submitted a request under art. 19(3) of the Rome Statute for a ruling on the Court's territorial jurisdiction³². Specifically, the Prosecutor asked whether the 'territory' over which the ICC may exercise jurisdiction under art. 12(2)(a) includes the West Bank, East Jerusalem, and Gaza³³.

The Pre-Trial Chamber I decision on the ICC's territorial jurisdiction is noteworthy because it offers an opportunity to shed light on key issues related to the 'operationality' of international criminal justice and the limits of judicial 'powers'.

A primary consideration is the 'justiciability' of (also) political issues. Core crimes within the ICC's jurisdiction often arise from politically sensitive and contested contexts³⁴. Nevertheless, according to established case law, courts are required to address legal questions even when they stem from political disputes³⁵. Likewise, the potential political consequences of a judicial decision do not constrain the exercise of jurisdiction³⁶.

³¹ On 2 January 2015, the State of Palestine acceded to the Rome Statute by depositing its instrument of accession with the UN Secretary-General. The Rome Statute took effect for the State of Palestine on 1 April 2015.

³² Art. 19 of the ICC Statute covers the challenges to the Court's jurisdiction or the admissibility of a case. Under paragraph 3 «The Prosecutor may seek a ruling from the Court regarding a question of jurisdiction or admissibility». This is discussed by W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge-London, 2020.

³³ ICC, Prosecution request pursuant to art. 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine of 22 January 2020, ICC-01/18-12, para. 220.

³⁴ M.C. BASSIOUNI, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in *Law and Contemporary Problems*, 1996, p. 63 ff.; ID., *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives Contemporary Practice*, in *Virginia Journal of International Law*, 2001, p. 81 ff.

³⁵ This approach was clearly adopted in the 1975 Advisory Opinion on Western Sahara in which the ICJ stated: «It is true that, in order to reply to the questions, the Court will have to determine certain facts, before being able to assess their legal significance». See ICJ, advisory opinion of 16 October 1975, *Western Sahara*, para. 17.

³⁶ In this sense, see ICJ, advisory opinion of 9 July 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 41, in which it is noted that «a legal question also has political aspects». See also ICJ, advisory opinion of 12 July 1973, *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*; ICJ, advisory opinion of 28 May 1948, *Conditions of Admission of*

From this perspective, it is important to note that the political nature of the issues before the ICC – such as the question of establishing ‘a new State’, as in the case of Palestine³⁷ – does not affect the territorial scope of the Court’s jurisdiction. This was the ‘legal question’ presented to the Chamber by the Prosecutor.

Another preliminary issue raised by the situation in Palestine concerns the distinction between the (determination of) territorial jurisdiction and territorial sovereignty, as the ICC is not empowered to make determinations of statehood that are binding on the international community³⁸.

Nevertheless, criminal courts are sometimes required to assess the territorial extent of a State to determine their jurisdiction, without establishing its actual borders³⁹. As the Permanent Court of International Justice observed, «[t]he territoriality of criminal law (...) is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty»⁴⁰.

Accordingly, any territorial determination made by the ICC Chamber to establish criminal jurisdiction does not affect the scope of Palestine’s territorial claims. As the Court itself noted, «by ruling on the territorial scope of its jurisdiction, the Chamber is neither adjudicating a border dispute under international law nor prejudging the question of any future borders»⁴¹.

Following these clarifications, Pre-Trial Chamber I concluded that Palestine’s accession to the ICC Statute was procedurally valid. Consequently, Palestine is recognized as a State Party to the Statute and, for the purposes of art. 12(2)(a), qualifies as a ‘State’ on whose territory the alleged conduct occurred.

a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter); ICJ, advisory opinion of 8 July 1996, *Threat of or Use of Nuclear Weapons*, para. 13: «[t]he fact that this question also has political aspects, as, in the nature of things, is the case with so many questions which arise in international life, does not suffice to deprive it of its character as a “legal question” (...) Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task».

³⁷ ICC, Decision on the “Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine” of 5 February 2021, ICC-01/18-143, *Situation in the State of Palestine*, para. 54.

³⁸ *Ibid.*, paras. 108, 130. See also ICC, Submission of Observations to the Pre-Trial Chamber Pursuant to Rule 103(8) of 16 March 2020, ICC-01/18-75, *Situation in the State of Palestine*; ICC, *Amicus Curiae* Submissions Pursuant to Rule 103(40) of 16 March 2020, ICC-01/18-77, *Situation in the State of Palestine*.

³⁹ See ICC, Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence of 15 March 2020, ICC-01/18-71, *Situation in the State of Palestine*, para. 27.

⁴⁰ PCIJ, judgment of 7 September 1927, *The Case of the SS “Lotus” (France v. Turkey)*, para. 50.

⁴¹ ICC, Decision of 5 February 2021, *cit.*, paras. 113, 130.

Based on this, on 5 February 2021, Pre-Trial Chamber I ruled by majority⁴² that the ICC's jurisdiction extends to the territories occupied by Israel since 1967: Gaza, the West Bank, and East Jerusalem.

4.2. The Applicable Law and the Alleged Crimes Before the ICC

As to the applicable law, international humanitarian law, particularly the 1977 Additional Protocols to the 1949 Geneva Conventions, explicitly prohibits the use of starvation as a method of warfare. Art. 54 of Protocol I (for international armed conflicts) and art. 14 of Protocol II (for non-international armed conflicts) proscribe the deliberate destruction of food, crops, livestock, drinking water, and other essential goods necessary for the survival of the civilian population⁴³.

Similarly, art. 8(2)(b)(xxv) of the ICC Statute explicitly criminalizes the act of «intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival», including food, water, fuel, and medicine, as well as intentionally obstructing humanitarian relief efforts as defined in the Geneva Conventions⁴⁴.

⁴² Judge Péter Kovács appended a partly dissenting opinion (see ICC-01/18-143-Anx1); Judge Marc Perrin de Brichambaut appended a partly separate opinion (ICC-01/18-143-Anx2).

⁴³ In particular, art. 54(2) of the Additional Protocol I describes the most common ways starvation can occur. According to C. PILLOUD, J. DE PREUX, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, p. 655, «the verbs “attack”, “destroy”, “remove” and “render useless” are used in order to cover all possibilities, including pollution, by chemicals or other agents, of water reservoirs, or destruction of crops by defoliants, and also because the verb “attack” refers, either in offence or defence, to acts of violence against the adversary». It is also important to note that art. 54 of Additional Protocol I limits the prohibition of attacks to means of subsistence that serve the civilian population *only*. However, attacks on military resources may be legitimate. Lastly, attacks on resources used by both civilians and hostile army forces are legitimate only if they are justified by military necessity. According to G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2014, p. 1065, in case of doubt, it is to be assumed that the objects in question are intended for the civilian population.

⁴⁴ The prohibition of starving a population is considered part of customary international law. Rules 53 and 54 of the Customary International Humanitarian Law Rules, established by the International Committee of the Red Cross (ICRC), explicitly reiterate provisions in art. 54 of the Additional Protocol I and art. 14 of the Additional Protocol II to the Geneva Convention, *cit.* Moreover, Rules 55 and 56 further regulate the rapid and unimpeded passage of humanitarian relief for civilians in need, as well as the freedom of movement of humanitarian personnel, which can be temporarily restricted only in cases of imperative military necessity. According to an ICRC study (Meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims, Geneva, 23-27 January 1995, Recommendation II, in *International Review of the Red Cross*, 1996, p. 84 ff.), Rules 53-56 apply in both international and non-international armed conflicts because they are part of customary international law. Consequently, the ICRC argued that there is evidence of State practice that establishes these rules as norms of customary international law. However, UN Security Council Resolutions 2417 of 24 May 2018 and 2573 of 27 April 2021 on protection of civilian in armed conflicts seem to have solidified existing State practice without distinguishing between international and non-international armed conflicts. Lastly, starvation is considered a crime under the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, also known as the Malabo Protocol, as well as numerous military manuals, which are

In addition, as outlined above, such acts may constitute crimes against humanity if they are part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population (art. 7 of the ICC Statute), or even genocide if they are committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial, or religious group (art. 6 of the ICC Statute and art. II of the 1948 Genocide Convention)⁴⁵.

As to starvation as a war crime outlined in the ICC arrest warrants of 21 November 2024, a potential issue could arise from the fact that art. 8(2) of the ICC Statute specifies that war crimes include «violations of the laws and customs applicable in *international* armed conflict» (*i.e.*, between two or more States)⁴⁶.

However, international criminal tribunals have attempted to address this issue through judicial interpretation, such as the ‘*Tadic* test’ of the internationalization of conflicts, which

thoroughly cited in Rule 54 of the Customary IHL Rules. These manuals further specify that it is prohibited to attack, destroy, remove, or render useless objects that are indispensable to the survival of the civilian population.

⁴⁵ B. CONLEY, A. DE WAAL, *Genocide, Starvation and Famine*, in B. KIERNAN, T. M. LEMOS, T. S. TAYLOR (eds), *The Cambridge World History of Genocide: Volume 1*, Cambridge, 2023, p. 127 ff.

⁴⁶ Emphasis added. Regarding the inclusion of starvation in the ICC Statute, the States that negotiated the Rome Statute in 1998 included the war crime of «[i]ntentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including wilfully impeding relief supplies as provided for under the Geneva Conventions» in art. 8(2)(c), listing «serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict», other than grave breaches of the 1949 Geneva Conventions included in the first paragraph, which also concern international armed conflict. The question of whether the Rome Statute should include war crimes committed in times of non-international armed conflicts was hotly debated by the delegates in Rome. Fortunately, the States reached a consensus to include non-international armed conflict war crimes. Violations of Common art. 3 to the 1949 Geneva Conventions were listed in art. 8(2)(c). A large number of the «other serious violations of the laws and customs applicable in times of international armed conflict» listed in art. 8(2)(b) of the ICC Statute were reproduced in art. 8(2)(e), which relates to non-international armed conflicts. For more on the ICC Statute negotiations, see A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2016, p. 188 ff. On the matter, see M. COTTIER, *Article 8*, in O. TRIFTERER (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999; G. VENTURINI, *War Crimes in International Armed Conflict*, in M. POLITI, G. NESI (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Aldershot, 2001; K. DÖRMANN, L. DOSWALD-BECK, R. KOLB, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, 2003. However, the war crimes of starvation and impeding humanitarian access in non-international armed conflict were not included. This failure has been criticized by D. ROBINSON, *The Missing Crimes*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, 2002, p. 497 ff.; F. D’ALESSANDRA, M. GILLET, *The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 815 ff.; R. BARTELS, *Time to Fix the Rome Statute and Add the Crime of Starvation in Non-International Armed Conflicts!*, in *EJIL:Talk!*, 3 December 2019. A weaker stance that is no less relevant is that of R.C. DE FALCO, *Conceptualizing Famine as a Subject of International Criminal Justice: Towards a Modality-Based Approach*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2017, p. 1113 ff., who proposes understanding starvation not as a crime per se but as a criminal means potentially capable of generating atrocities that are more easily framed as crimes and therefore prosecutable.

treats internal armed conflicts as international if a State intervenes or controls one of the warring parties⁴⁷.

In order to overcome the limitation imposed by art. 8(2) of the ICC Statute, the OTP argued that the alleged war crimes occurred within the context of both an international armed conflict between Israel and Palestine, and a non-international armed conflict between Israel and Hamas (along with other Palestinian armed groups), «running in parallel».

The OTP presented evidence, including interviews with survivors, eyewitness testimony, authenticated videos, photographs, satellite imagery, and statements by the alleged perpetrator group, to show that Israel ‘deliberately’ and ‘systematically’ deprived the civilian population in Gaza of indispensable goods for survival, thereby also highlighting the potential constitutive elements of genocide (the specific intent to destroy, or *dolus specialis*) and crimes against humanity (the systematic targeting of civilians).

Turning to the acts by which this war crime was committed, the Panel of Experts on International Law convened to assist in the review of evidence and legal analysis for the requested arrest warrants, identifying a number of actions that constitute starvation under art. 8(2) of the ICC Statute⁴⁸, including: the siege of Gaza and the closure of border crossings⁴⁹; arbitrary restrictions on the entry and distribution of essential goods; disruption

⁴⁷ We refer to an internal conflict as internationalized when it is treated as international for the purposes of applying international humanitarian law, even though it is not strictly international in nature and retains the characteristics of a mixed or variable-type conflict. In this context, internationalization corresponds to the emphasis that the Tribunal has placed on elements typically associated with purely interstate contexts when classifying conflicts. The presence of such elements in different settings alters the legal classification of the conflict. For example, the involvement of a State’s armed forces or a State’s control over parties to the conflict are factors that internationalized the Yugoslav conflict. «It is indisputable that an armed conflict is international if it takes place between two or more States. In addition, in case of an internal armed conflict breaking out on the territory of a State, it may become international (or, depending upon the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict) if (i) another State intervenes in that conflict through its troops, or alternatively if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State»; see ICTY, judgement of 15 July 1999, IT-94-1-A, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, para. 84. See A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, p. 649 ff.

⁴⁸ ICC, Report of the Panel of Experts in International Law of 20 May 2024, *Situation in Palestine*, paras. 23 and 28.

⁴⁹ K. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, 2005, p. 366: «[Article 8’s] rules obviously have an effect on sieges and blockades which cannot be undertaken for the purpose of starving the population or denying their essential supplies. This is illustrated by the rules relating to blockade in naval warfare in the San Remo Manual». See T. DANNENBAUM, *Siege Starvation: A War Crime of Societal Torture*, in *Chicago Journal of International Law*, 2022, p. 368 ff.; M. KANFASH, A. ALJASEM, *Starvation as Strategy in the Syrian Armed Conflict: Siege, Deprivation, and Detention*, in B. CONLEY, A. DE WAAL, C. MURDOCH, W. JORDASH (eds), *Accountability for Mass Starvation: Testing the Limits of the Law*, Oxford, 2022, p. 195 ff.

of electricity and water supplies; severe restrictions on access to food, medicine, and fuel⁵⁰; attacks on facilities that produce food and clean water⁵¹; attacks on civilians attempting to obtain relief supplies; and attacks on humanitarian workers and convoys delivering aid⁵². Based on the Panel Report, the OTP argued that these actions were part of a coordinated plan to use starvation as a method of warfare in order to: (i) eliminate Hamas, (ii) secure the release of hostages held by Hamas, and (iii) collectively punish the civilian population of Gaza, which Israel «perceived as a threat».

According to the ICC Prosecutor, the effects of the use of starvation as a method of warfare, in combination with other attacks and collective punishment against the civilian population of Gaza, are «acute, visible, and widely known»⁵³. These effects have been

⁵⁰ Committing the offence under art. 8(2)(b)(xxv) is indeed possible by denying the relief supplies that include «food, drinking water, water installations, blankets, clothing, other objects to protect against cold and weather, and medical supplies» according to M. COTTIER, *Article 8*, in O. TRIFFTERER (ed), cit., at 222. See A. ANNONI, *La protezione del sistema sanitario nel conflitto armato a Gaza*, in *Democrazia e sicurezza*, 2024, p. 99 ff. Additionally, arts. 23, 69, 70-74, 108 and 109 of the Geneva Conventions and their Protocols, cit., generally address relief supplies, whereas art. 55 on the obligations of the occupying power clarifies that: «To the fullest extent of the means available to it, the Occupying Power has the duty of ensuring the food and medical supplies of the population; it should, in particular, bring in the necessary foodstuffs, medical stores and other articles if the resources of the occupied territory are inadequate».

⁵¹ G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2014, at 1085, considers that «[p]reventing production of food by destroying cropland, agricultural areas or other facilities is also covered if the population's nutrition would be endangered by these actions. This criminalizes so-called "scorched earth" tactics, in which a passing army destroys all food supplies». Of course, this does not affect cases in which one party to an armed conflict clears a part of its own territory. In case of 'imperative military necessity', scorched earth tactics also continue to be permissible under the provisions of First Additional Protocol to the Geneva Convention. On this topic, see L.C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed., 2000, p. 144. For a sceptical view, see K. KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, p. 186.

⁵² It was pointed out by C. ROTTENSEINER, *The Denial of Humanitarian Assistance as a Crime under International Law*, in *International Review of the Red Cross*, 1999, p. 555 ff., that: «[t]here are different means of preventing aid from reaching potential beneficiaries. A government may, for example, stop aid agencies from entering the country at all and can thus ensure that no assistance is given». In modern history, blocking aid convoys was a part of an actual strategic military plan conceived in March 1995 by the Radovan Karadzic, President of Republika Srpska, according to ICTY, judgement of 2 August 2001, IT-98-33-T, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, para. 28: «Radovan Karadzic (...) reacting to pressure from the international community to end the war and ongoing efforts to negotiate a peace agreement issued a directive to the VRS concerning the long-term strategy of the VRS forces in the enclave (...) the humanitarian situation of the Bosnian Muslim civilians and military personnel in the enclave was catastrophic. In early July 1995, a series of reports issued by the 28th Division reflected the urgent pleas of the ABiH forces in the enclave for the humanitarian corridor to be deblocked and, when this failed, the tragedy of civilians dying from starvation».

⁵³ ICC, *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC*, cit.. On the prosecution of starvation, see R. BARTELS, *Denying Humanitarian Access as an International Crime in Times of Non-International Armed Conflict: The Challenges to Prosecute and Some Proposals for the Future*, in *Israel Law Review*, 2015, p. 281 ff.; W. JORDASH, C. MURDOCH, J. HOLMES, *Strategies for Prosecuting Mass Starvation*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 849 ff.; M.J. VENTURA, *Prosecuting Starvation under International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 781 ff.

confirmed by numerous witnesses interviewed by the OTP, including local and international medical professionals, and have resulted in malnutrition, dehydration, profound suffering, and an increasing number of deaths among the Palestinian population, particularly infants, children, and women.

The element of specific intent emphasized by the ICC Prosecutor is crucial to the commission of the crime of genocide, as set forth in art. II(c) of the 1948 Genocide Convention, which prohibits «deliberately inflicting on the [protected] group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part». Nevertheless, while genocide was not explicitly listed in the ICC Prosecutor's application for arrest warrants in the case concerning the Palestinian situation, the notion of genocide appears directly in the ICJ's advisory and precautionary rulings regarding the Occupied Palestinian Territories, as discussed below.

5. ICJ Rulings on Israel's Responsibility for Starvation as Genocide and Violations of the Palestinian People's Right to Food Sovereignty

5.1. The ICJ's *Interim* Jurisdiction and the 'Plausible' Risk of Genocide Against the Palestinian Population in Gaza

In its application to initiate proceedings against Israel, South Africa argued that at least some, if not all, of Israel's actions in Gaza following the 7 October 2023 attack⁵⁴ fall within the provisions of the 1948 Genocide Convention. South Africa requested that the ICJ implement urgent *interim* measures to prevent an acute worsening of the already 'catastrophic' and 'undignified' levels of hunger affecting Palestinians in Gaza⁵⁵. Referring to the reports and mandates of several UN bodies, South Africa submitted, *inter alia*, to the ICJ that the destruction of food supply installations, water sanitation systems, concrete factories, and residential houses was the result of a «deliberate and systematic policy» by the Israeli armed forces to make daily life, including «dignified living», more difficult for the civilian population⁵⁶.

It is important to note that, at the stage of ruling on a request for provisional measures, the Court's task is to determine whether the alleged acts and omissions appear capable of falling within the scope of the Genocide Convention⁵⁷. Therefore, at this stage, the Court is not required to ascertain whether Israel violated its obligations under the Genocide

⁵⁴ See the facts recalled at note 1.

⁵⁵ ICJ, Application instituting proceedings containing a request for the indication of provisional measures of 29 December 2023, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, para. 142.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 30.

⁵⁷ See ICJ, order of 16 March 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures*, para. 43.

Convention. Such a determination can only be made during the examination of the merits of the case⁵⁸.

Nevertheless, the parties' submissions and standing are relevant to establishing a 'dispute' that justifies the ICJ's *prima facie* jurisdiction relating to the interpretation, application, or fulfilment of the Genocide Convention under art. IX⁵⁹.

Consolidated case law has established that a dispute is «a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests» between parties⁶⁰. For a dispute to exist, «[i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other»⁶¹.

Regarding the alleged violations, South Africa held Israel responsible for committing genocide in Gaza and for failing to prevent and punish the crime in accordance with its obligations under the Genocide Convention. Furthermore, South Africa argued that Israel breached additional obligations under the Genocide Convention, including «conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to genocide, attempted genocide and complicity in genocide»⁶².

In response, Israel contended that its actions were part of a 'defensive' approach aimed at neutralizing threats and rescuing hostages in the aftermath of the atrocities committed by Hamas on 7 October 2023⁶³. Israel further maintained that its efforts to minimize civilian harm and to facilitate humanitarian assistance demonstrate the absence of any genocidal intent⁶⁴.

Given the fundamentally opposing positions of the Parties as to whether the acts and omissions allegedly committed by Israel in Gaza constitute violations of its obligations under the Genocide Convention, the Court found that it had *prima facie* jurisdiction to hear the case. This conclusion was based on art. IX of the Genocide Convention, which states that disputes relating to the interpretation, application, or fulfilment of the Convention shall be submitted to the ICJ⁶⁵.

Turning to the issue of starvation, the ICJ – although not required to rule on the merits of the case – found a 'plausible' risk of genocide against the Palestinian population in Gaza⁶⁶ and deemed the adoption of provisional measures necessary to prevent 'irreparable prejudice'⁶⁷. Specifically, the ICJ ordered Israel, *inter alia*, to comply with its obligations under the 1948 Convention, including the duty to prevent genocide. In light of the

⁵⁸ ICJ, order of 26 January 2024, *South Africa v. Israel*, cit., para. 30.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 28.

⁶⁰ PCIJ, judgment of 30 August 1924, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, para. 19.

⁶¹ ICJ, judgment of 21 December 1962, *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections*, p. 328.

⁶² ICJ, order of 26 January 2024, cit., para. 29.

⁶³ *Ibid.*, para 24; see also *supra* note 1.

⁶⁴ ICJ, order of 26 January 2024, cit., para. 24.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 31.

⁶⁶ *Ibid.*, paras. 54, 66, 74.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 74.

deteriorating living conditions in Gaza, «in particular the spread of famine and starvation»⁶⁸, the ICJ directed Israel to ensure the provision of essential services and humanitarian assistance, including food, water, and electricity, and to report to the ICJ on the implementation of these measures⁶⁹.

The Court further held that, pursuant to Israel's obligations under the Genocide Convention, it must immediately halt its military operations and any other actions in the Rafah Governorate that could impose living conditions on the Palestinian population in Gaza capable of leading to their physical destruction, in whole or in part⁷⁰.

5.2. Food Sovereignty of the Palestinian People v. Israel's Unlawful Policies and Practices under International Law in the ICJ's Advisory Opinion

As for the ICJ's findings on Israel's policies and practices in the Occupied Palestinian Territories, including East Jerusalem, during the proceedings, participants expressed differing views on the Court's jurisdiction to issue the requested advisory opinion. The objections to the request were primarily based on the following grounds: (1) the dispute is bilateral, and one party has not consented to the Court's jurisdiction; (2) it would not serve the intended purpose of assisting the General Assembly; (3) it could undermine the Israeli-Palestinian negotiation process; (4) it may impede the work of the Security Council; (5) the Court lacks sufficient information to render an opinion; and (6) the questions posed are formulated in a biased manner.

Therefore, in determining whether it had jurisdiction under art. 96 of the UN Charter and art. 65 of the ICJ Statute to issue an advisory opinion on Israel's presence in the Occupied Palestinian Territories⁷¹, the ICJ found that the question on which it is was requested to render an opinion was a 'legal question' and that there were no compelling reasons to refuse the General Assembly's request⁷². In its Opinion, the ICJ found that all of Israel's policies and practices, as well as its continued presence in the Occupied Palestinian Territory, are contrary to international law⁷³.

⁶⁸ See, in particular, ICJ, order of 28 March 2024, *South Africa v. Israel*, cit., para. 45.

⁶⁹ ICJ, order of 24 May 2024, *South Africa v. Israel*, cit., para. 57.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 50. Here, «conditions of life» include starvation and famine as referenced in para. 11, while «physical destruction» recalls the wording of art. II of the Geneva Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948. This decision followed the 20 May 2024 announcement by the ICC Prosecutor of the request for arrest warrants against Israeli and Hamas leaders.

⁷¹ In the present proceedings, the General Assembly submitted two questions to the Court. The first concerned the legal consequences of Israel's policies and practices as an occupying power in the context of a belligerent occupation since 1967. The second concerned the impact of these policies and practices on the legal status of the occupation, in light of relevant rules and principles of international law, and the resulting legal consequences (see UN General Assembly Resolution 77/247, cit.).

⁷² ICJ, Advisory Opinion of 19 July 2024, cit., paras. 22-50.

⁷³ *Ibid.*, paras. 103-243.

However, the Opinion does not explicitly refer to the right to food of the affected civilian population⁷⁴. Nevertheless, it is particularly relevant to our current analysis for two reasons.

First, the Advisory Opinion makes an interesting reference to the food sovereignty of the Palestinian people in its ruling on the exploitation of natural resources by the occupying power. Specifically, the Court found that Israel's exploitation of natural resources in the Occupied Palestinian Territory violated its obligation to respect the Palestinian people's right to permanent sovereignty over those resources⁷⁵.

Second, the Advisory Opinion addressed the legal consequences of Israel's internationally wrongful acts with respect to UN member States⁷⁶ and other nations⁷⁷. In particular, in view of the illegality of Israel's continued presence in the Occupied Palestinian Territory and the nature and significance of the rights and obligations involved, the Court emphasized that 'all States' are under an obligation to refrain from recognizing as legal the situation resulting from Israel's unlawful presence⁷⁸. States must also refrain from engaging in economic or commercial transactions with Israel in relation to the Occupied Palestinian Territory or parts thereof, as such activities could entrench its unlawful presence. Furthermore, States are required to avoid actions that imply recognition of Israel's illegal presence, such as establishing or maintaining diplomatic missions in a manner that supports its claims, and to take measures to prevent trade or investment relations that contribute to the maintenance of this illegal situation⁷⁹. Finally, in the Court's Opinion, all States parties to the Fourth Geneva Convention have an obligation, in accordance with the Charter of the United Nations and international law, to ensure Israel's compliance with international humanitarian law as set forth in that Convention⁸⁰. This includes, as mentioned above, the prohibition to attack, destroy, remove or render useless objects and goods essential for the enjoyment of the right to food and, more generally, for the survival of the civilian population.

6. Concluding Remarks: The Right to 'Food Dignity' and the International Courts as the 'Conscience of Humanity'

States have responded differently to the ICJ and ICC rulings, sometimes even changing their initial position over time. The EU is a clear example of this dissonance in the

⁷⁴ Instead, the right to food and the corresponding State obligations are often referred to in the previous ICJ, advisory opinion of 9 July 2004, cit., paras. 86 ff., particularly when establishing the rules and principles of international law to assess the legality of Israel's measures.

⁷⁵ ICJ, Advisory Opinion of 19 July 2024, cit., para. 133.

⁷⁶ *Ibid.*, paras. 280-283.

⁷⁷ *Ibid.*, paras. 273-279.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 279.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 278.

⁸⁰ *Ibid.*, para. 279.

international community.

Notably, on September 2024, 12 of the 27 EU Member States abstained and two voted against a UN General Assembly Resolution that was broadly aligned with the ICJ's Advisory Opinion⁸¹.

Regarding the ICJ's precautionary measures, in the European Council conclusions of 17 October 2024, EU leaders reaffirmed Israel's right to defend itself and the EU's commitment to Israel's security and regional stability⁸², while deploring the unacceptable number of civilian casualties in Gaza and the West Bank, as well as the catastrophic levels of hunger and imminent risk of famine caused by the insufficient flow of aid to Gaza, recalling «the need to fully implement the International Court of Justice orders»⁸³.

On the ICC arrest warrants, despite Josep Borrell's declaration that ICC decisions «have to be respected and implemented» by Member States⁸⁴, European leaders showed mixed reactions⁸⁵. These include Hungary's explicit opposition to the Court's decision⁸⁶, Germany's dilemma over the appropriate response⁸⁷, Belgium's «full» support of the ICC statutes⁸⁸, Italy's «formal» respect of the obligation to cooperate with the Court while considering its decision «wrong»⁸⁹, and France's initial position «in line with the ICC's statutes» that was later undermined by its offer of immunity to Netanyahu from the ICC arrest warrant⁹⁰.

However, the ICC cannot proceed *in absentia* and requires the cooperation of States in arresting and surrendering suspects. To date, most of these suspects are heads of State or

⁸¹ UN General Assembly Resolution, *Advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences arising from Israel's policies and practices in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and from the illegality of Israel's continued presence in the Occupied Palestinian Territory*, A/ES-10/L.31/Rev.1 of 13 September 2024.

⁸² European Council meeting of 17 October 2024, Conclusions, EUCO 25/24, CO EUR 20, CONCL 5, para. 18.

⁸³ *Ibid.*, para. 22.

⁸⁴ European Union External Action, Jordan: Press remarks by the High Representative/Vice-President Josep Borrell after meeting with Deputy Prime Minister and Minister for Foreign Affairs Ayman Safadi, 21 November 2024.

⁸⁵ T. PATERNOSTER, E. DORN, *European Leaders Give Mixed Reactions on Netanyahu's War Crimes Arrest Warrant*, in *Euronews*, 22 November 2024, www.euronews.com.

⁸⁶ B. TASCH, A. HOLLIGA, *Hungary withdraws from International Criminal Court during Netanyahu Visit*, in *BBC*, 3 April 2025, www.bbc.com.

⁸⁷ *Merz says he will find a way for Netanyahu to visit Germany without being arrested*, in *Reuters*, 24 February 2025, www.reuters.com.

⁸⁸ *Belgium would likely not arrest Israeli PM Netanyahu - De Wever*, in *The Brussels Times*, 4 April 2025, www.brusselstimes.com.

⁸⁹ A. FRASCHILLA, *Netanyahu, Crosetto: sentenza CPI sbagliata ma va eseguita*, in *La Repubblica*, 22 November 2024, www.repubblica.it.

⁹⁰ S. MAUPAS, P. RICARD, *Why France Offered Netanyahu Guarantees over ICC Arrest Warrant*, in *Le Monde*, 28 November 2024, www.lemonde.fr.

Government at large, including Russian President Vladimir Vladimirovich Putin, against whom the ICC issued an arrest warrant on 17 March 2023⁹¹.

In light of these considerations, what is the actual outcome of these international judicial decisions regarding starvation and other violations in Gaza?

Although the pronouncements of the ICJ and ICC have not garnered unanimous consensus, we would argue that these decisions nonetheless represent a significant development. Above all, they contribute to the recognition of the right to ‘food dignity’ and to the progressive consolidation of the prosecution of intentional starvation as an international crime, including beyond the confines of armed conflict or its strict classification as a war crime⁹².

Notably, the judicial recognition of the right to ‘food dignity’, i.e., the close connection between the right to food and human dignity, as outlined in the aforementioned international instruments, could result in the criminalization of starvation as a crime against humanity and/or genocide.

Although the ICC Statute does not explicitly include starvation as a crime against humanity, it would constitute such a crime if it were committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population⁹³ with knowledge of the attack⁹⁴.

For example, starvation could be prosecuted as the crime against humanity of ‘torture’ under art. 7(1)(f) the Rome Statute, given that the deprivation of essentials for the Palestinian peoples undeniably «cause severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons» who «were in the custody or under the control of the perpetrator», as required by the elements of this offences.

Furthermore, the death of one of more persons due the intentional infliction of «conditions of life, calculated to bring about the destruction of part of a population» – such as the deprivation of access to food, water, and medicine in Gaza – could constitute ‘murder’ as a crime against humanity under art. 7(1)(a) or ‘extermination’, i.e., mass murder, under art. 7(1)(b) of the ICC Statute.

⁹¹ ICC Press Release, *Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*, 17 March 2023, the abovementioned arrest warrants were issued pursuant to the applications submitted by the Prosecution on 22 February 2023.

⁹² T. DANNENBAUM, *Siege Starvation: A War Crime of Societal Torture* Tom Dannenbaum, in *Chicago Journal of International Law*, 2022, p. 440.

⁹³ “Attack directed against a civilian population” refers to a course of conduct involving the repeated commission of the acts listed in art. 7, para. 1 of the Rome Statute against any civilian population, in furtherance of or pursuant to a State or organizational policy to commit such an attack. These acts do not need to amount to a military attack. For a “policy to commit such attack” to exist, the State or organization must actively promote or encourage attacks against a civilian population (see ICC, *Elements of crimes*, art. 7 (3)).

⁹⁴ This intent clause does not require proof that the perpetrator had knowledge of ‘all characteristics of the attack’ but rather that he or she intended to further such an attack (see ICC, *Elements of crimes*, art. 7 (2)).

Finally, where starvation has a «similar character» to other crimes against humanity and intentionally causes «great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health», it could fall within the residual category of the crime against humanity of ‘other inhumane acts’ according to art. 7(1)(k) of the ICC Statute. In this case, the mental requirement that the perpetrator «was aware of the factual circumstances that established the character of the act», does not demand a ‘deliberate intent’ to cause starvation, but only the ‘knowledge of the likelihood of the relevant injury’⁹⁵.

As for genocide, the end of the ceasefire and the decision by the Israeli Government – since 2 March 2025 – to block access to humanitarian aid, including life-saving supplies such as food, medicine, fuel, and cooking gas for over 2 million people, has created an extreme state of food insecurity, a critical risk of famine⁹⁶, and inhumane «conditions of life» for the Palestinian people (who are repeatedly coming under attack, confined to smaller and smaller spaces, and deprived of lifesaving relief). Such imposed conditions could constitute acts «calculated to bring about its physical destruction in whole or in part» under art. II (c) of the 1948 Genocide Convention.

Although the ICJ’s final judgment on the ‘responsibilities of the State’ of Israel for violations of the Genocide Convention is not expected before 2027⁹⁷, its orders on provisional measures already ascertained a ‘plausible risk’ of genocide and, therefore, the possible existence of the ‘specific intent’ to destroy, in whole or in part, a protected group through the ‘deliberate’ starvation of the Palestinian people. This could also accelerate proceedings before the ICC for the prosecution of ‘individuals’ for the most serious crimes of concern to the international community. For example, they may legitimize the ICC Prosecutor, under art. 58 (6) of the Rome Statute, to request the Pre-Trial Chamber to amend existing arrest warrants (currently limited to war crimes and crimes against humanity) by modifying or adding to the crimes specified therein.

This would result in a ‘synergistic relationship’ between global courts in the punishment of *jus cogens* crimes, as well as between these courts and the national systems of repression⁹⁸.

Therefore, in our view, the role of international judges in stigmatizing the crime of starvation is crucial to ensuring that war crimes and other catastrophic and undignified abuses that offend the ‘human conscience’ are not justified in the name of *raison d’État*.

⁹⁵ In this direction, see VENTURA, cit.

⁹⁶ Draft UN General Assembly Resolution: *Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations*, UN Doc. A/ES-10/L.34/Rev.1, of 9 June 2025. See also the sources recalled at note 6.

⁹⁷ J. BORGER, “Really Cautious”: *Why the ICJ Is Delaying a Gaza Genocide Verdict*, in *The Guardian* of 27 July 2025, www.theguardian.com.

⁹⁸ On the topic, see A. ORIOLO, *Right to the Truth and International Jurisprudence as the “Conscience” of Humanity. Comparative Insights from the European and Inter-American Courts of Human Rights*, in *Global Jurist*, 2016, p. 175 ff.

The legal obligation to enforce international rulings undoubtedly exerts pressure on many States, which may feel ‘legitimately’ entitled to withdraw, reduce, or even ‘barter’ their political support for the States involved (whether as the State responsible for the violations or as the State of nationality of the accused). This trend seems to be reflected, for example, in France’s backtracking on Netanyahu’s arrest warrant, which some commentators suggest was aimed at securing a ceasefire between Israel and Lebanon⁹⁹. As a result, the risk of losing political consensus may motivate the States involved not only to implement judicial decisions, but also to address the underlying causes by ending the alleged violations or, in some cases, by ‘directly’ prosecuting suspects in a fair and impartial manner. This approach aligns with the principle of complementarity, which allows the ICC to exercise jurisdiction only when national legal systems are unwilling or unable to ‘genuinely’ conduct proceedings.

More broadly, international judges can contribute to the ongoing effort to combat impunity for *jus cogens* violations. Indeed, the ‘legal’ assessments entrusted to the world’s two highest courts serve as indispensable tools to guide States in calibrating their ‘political’ positions (and alliances) in response to international crises and grave violations of international humanitarian law and human rights law, such as those committed against civilians, in this case, the Palestinian people in Gaza.

From this perspective, by calling on States to uphold international law and bring criminals to justice, the ICJ and ICC act as the ‘conscience’ of humanity¹⁰⁰, affirming the «primacy of the *raison d’humanité* over *raison d’État*»¹⁰¹, thereby reinforcing the legitimacy of removing political and procedural obstacles to the enforcement of international law.

⁹⁹ D. LAURENT, *Did France Backtrack on Netanyahu Arrest Warrant in Exchange for Israel-Lebanon Ceasefire?*, in *France24*, 28 November 2024, www.france24.com.

¹⁰⁰ See A. ORIOLO, cit.

¹⁰¹ A.A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden, 2010.

***In absentia*: of justice and truth. Observations on the
Regeni ruling of the Italian Constitutional Court and the
procedural conditions for trials concerning international
crimes**

GIAMPAOLO GUIZZARDI RIGHETTI*

TABLE OF CONTENTS. 1. Introduction. – 2. In the background. The *Regeni* affair and the balance of power in Egypt under the *Al-Sisi* presidency. – 3. The crime of torture and States' *obligatio puniendi* over international crimes, the *ne bis in idem* and the vertical and horizontal dimensions of cooperation in international criminal matters. – 4. Reconciling the rights of justice and of the accused in case of missing suspects: the Italian practice and the International Criminal Court between opposing rights and daring triangulations. – 5. Final considerations and a glimpse at a deeper Pandora's box.

ABSTRACT. Commenting upon the *Regeni* judgment of the Italian Constitutional Court 192(2023), this Article addresses the tensions between the *obligatio puniendi* over international crimes (specifically, the crime of torture) and the right of the accused to take part in the criminal proceedings brought against them, when proceedings *in praesentia* cannot have taken place due to the non-cooperation of foreign authorities seeking to shield the suspects. These considerations will be developed within the broader context of the issues of vertical/horizontal (ICC-States; inter-States) cooperation and the *ne bis in idem*. By comparing the common troubles faced by the ICC and the domestic jurisdictions (notwithstanding the differences between the respective legal systems) and the solution of the Italian Constitutional Court with the ICC practice, the Article wonders if and how it could be possible to harmonise the seemingly irreconcilable tension between the rights of the accused and the anti-impunity imperative, suggesting that while the solution adopted in the *Regeni* judgment offers a reasonable compromise, the proposed formulas appear as symptomatic antalgic treatments of a more deep-rooted and systematic condition, namely the reliance on State cooperation by limbless international tribunals and domestic authorities engaged in transnational proceedings.

* PhD, University of Milano-Bicocca & University of Nice-Côte d'Azur, giampaolo.guizzardirighetti@gmail.com.

KEYWORDS: Torture – *Regeni* affair – proceedings *in absentia* – International Criminal Court – *ne bis in idem* principle – vertical/horizontal cooperation.

1. Introduction

On the 27 of September 2023, the Italian Constitutional Court¹ in Judgment 192(2023), declared the unconstitutionality of the recently amended Article 420-*bis*, para. 3 of the Code of Criminal Procedure². This article, in its renewed version, does not:

allow judges to proceed *in absentia* in case of delicts perpetrated through the acts defined under Article 1 UN Torture Convention (1984)³ when, due to the accused's State of nationality lack of cooperation, it is not possible to prove that he (...) has been informed of the accusations brought against him in an ongoing criminal trial⁴, counterbalancing this compression of the right to be presence at his proceedings with the accused' right to a re-trial "in presence" for the re-examination of the merits of the case⁴.

It is submitted that at the core of the *Regeni* case⁵ and the *Al-Bashir*, *Putin*⁶ and *Elmasry*⁷ affairs lie an inextricable bundle of deeply interconnected troubles, namely:

1) the tendential prohibition of trials *in absentia*⁸, caught between the opposing needs of punishing and repressing international crimes (above all, the meaning and consequences

¹ Also referred to as the *Consulta*. Hereinafter abbreviated in the footnotes as C. Const.

² Amended by art. 23, para. 1(c) of the Legislative Decree n. 150 (2022) (the so-called *Cartabia* Reform). Hereinafter abbreviated in c.c.p.

³ Hereinafter, UNCAT, ratified and made executive by the Law 3 November 1988 n. 498.

⁴ Personal translation.

⁵ Other analysis on the affair and the Constitutional Court's judgment can be found in L. ACCONCIAMESSA, *Balancing the Interest in Prosecuting International Crimes against the Fair Trial Guarantees: The Italian Constitutional's Court's Judgment in the Regeni Case on the Prosecution of Torture In Absentia*, in *International Criminal Law Review*, 2024 p. 187 ff.; P. PARISI, M. PINTO, *In Pursuit of Greater Accountability for Torture: The Case of Giulio Regeni after Judgment no. 192/2023 of the Italian Constitutional Court*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2024, p. 287 ff.

⁶ See F. HELD, *The ICC's Al Bashir jurisprudence over the last decade: enforcer of the will of States Parties or of a global jus puniendi?*, in *Cambridge International Law Journal* 2021, p. 54 ff.; J. SARKIN, *Will the International Criminal Court (ICC) Be Able to Secure the Arrest of Vladimir Putin When He Travels?*, in *International Human Rights Law Review*, 2023, p. 26 ff.; S. VASILIEV, *The International Criminal Court goes all-in: What now?*, in *EJIL:Talk!*, 20 march 2023, www.ejiltalk.org.

⁷ See C. ROSSATO, *The Italian government presents its submissions on the Elmasry case. Brief analysis of the arguments*, in *Italian Yearbook of Human Rights*, 26 June 2025, www.unipd-centrodirittiumani.it; G. PECORELLA, *International Criminal Law, Public International Law. A 'lost in translation' in the obligations to cooperate with the International Criminal Court: the case of Al-Masri*, in *International Law Blog* 22 February 2025, www.internationallaw.blog.

⁸ Also referred to as absentee proceedings, though the Latin formula appears to be more commonly used in the literature.

of States' duty to prosecute and punish), on the one hand, and ensuring the rights of defence and participation of suspects and defendants in proceedings against them⁹;

2) the troubles with vertical and horizontal cooperation or complementarity;

3) the *ne bis in idem* principle¹⁰ between judicial fairness and fraudulent misuse of the principle as a means to ensure the defendant's impunity.

Despite the intrinsic differences between the International Criminal Court¹¹ and domestic jurisdictions (in this case, the Italian one) and consequently, of the laws applicable to and by them, their troubles have a common root. Bearing in mind these differences, it is nevertheless interesting to analyse and compare how these authorities deal with their shared predicaments.

With regard to the first and main issue analysed in this Article (*i.e.* absentee proceedings), a preliminary distinction should also be made between cases in which the location of the defendants is unknown (as in *Regeni*) as opposed to those cases in which, although the whereabouts of the suspects or accused persons are known, it is not possible to compel them to appear before the court (*e.g.*, *Putin*, *Al Bashir*, *Al Assad*¹²).

While this comment will focus on the former (unknown whereabouts of the accused), references will also be made to the latter (suspects failing to appear in court).

Before jumping into the merits of the *Regeni* case, a terminological clarification is warranted. Strictly speaking, a distinction should be drawn between trials «by default»¹³ and «*in absentia*» narrowly defined, where the defendant has been personally served with an indictment and is therefore aware of the charges and proceedings against him, yet elects to absent himself from court for the duration of the trial or certain hearings, or is excluded from court due to intemperance, this constitutes a failure to appear¹⁴.

⁹ See S. GLASS, *Ne bis in idem in an international and transnational criminal justice perspective — paving the way for an individual right?*, in H. VAN DER WILT, C. PAULUSSEN (eds), *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach*, Cheltenham, 2017, p. 224 ff.

¹⁰ Also referred to as double jeopardy.

¹¹ Hereinafter, ICC.

¹² J. CRAWFORD, *Trying Russian Leaders in Absentia: What Would Be the Pros and Cons?*, in *JusticeInfo* 26 January 2023, www.justiceinfo.net.

¹³ *I.e.* proceedings against individuals who have not been served the accused and who do not appear in court as a consequence of this information gap.

¹⁴ More on this point I. V. MASSIMINO, *The ICC And in-Absentia Proceedings: Finding a Response to the Difficulties of Executing Arrest Warrants*, in *ESIL Reflections*, 2024; P. GAETA, *Trial In Absentia Before the Special Tribunal for Lebanon*, in A. ALAMUDDIN, N. N. JURDI, D. TOLBERT (eds), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford, 2014, p. 230 ff. Article 22 of the Statute of the Special Tribunal, allowing trial proceedings in the absence of the accused has so far been the exception to the generalised rejection of this institute.

2. In the background. The *Regeni* affair and the balance of powers in Egypt under the *Al-Sisi* presidency

To properly understand the Court's judgment, it is vital to briefly contextualise the circumstances of the *Regeni* affair and the balance of powers in Egypt under Al-Sisi.

As it is well known¹⁵, in 2016, Giulio Regeni, an Italian PhD student at Cambridge was conducting field research on the status of human rights in Egypt.

On one such occasion, he was stopped in the Cairo Metro and detained by agents of the Internal Secret Service for nine days between 25 January and 2 February 2016. During this period, he suffered from numerous and severe injuries caused by cruel and violent means, ultimately causing his untimely demise.¹⁶

Far from being an isolated case, the *Regeni* affair reveals the long-established systematic distortion of the judiciary by the Egyptian authorities, who have transformed it into a means for silencing dissent.

Opaque and evanescent terrorist charges¹⁷, imposition of coercive precautionary personal measures (including provisional arrest) renewable at whim without temporal limitations¹⁸ and frequent instances of enforced disappearance, torture and other inhuman and degrading treatments carried out by the National Security Agency (NSA) come together in suffocating any perceived or potential form of dissent¹⁹.

In parallel with these widespread and systematic human rights violations, particularly since President *Al-Sisi's* Constitutional amendment (2019)²⁰, there has been a progressive

¹⁵ See, in this sense, also G. M. RUOTOLO, *Inesistenza di un 'diritto' alla segretezza dei negoziati internazionali e competenza dei giudici interni a decidere situazioni di rilevanza internazionalistica: alcune considerazioni a margine del processo a carico dei responsabili del rapimento e della morte di Giulio Regeni*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2023, p. 271 ff.

¹⁶ See on this point the detailed report by D. WALSH, *Why Was an Italian Graduate Student Tortured and Murdered in Egypt?*, in *The New York Times Magazine*, 15 August 2017, www.nytimes.com.

¹⁷ See the extremely broad definition of terrorist and terrorist actions under art. 1(b) of the Egyptian Anti-Terrorism Law: «Terrorist: Any natural person who commits, attempts to commit, incites, threatens, or plans a terrorist crime domestically or abroad by any means, even if individually, collaborates in such a crime in the context of a joint criminal venture, or commands, leads, manages, funds, or establishes or of any terrorist entity as stipulated in Article (1) of President of the Arab Republic of Egypt Decree by Law No. 8 of 2015 on the designation of terrorists, terrorist entities, or any person who funds such entities or contributes to their activity knowingly» (Egypt, Official Gazette - No. 33-*bis*, issued on 15 August 2015 Anti-Terrorism Law).

¹⁸ Paradigmatic in this sense is the story of Patrick Zaki. See *ex multis* P. PARISI, *The Arrest and Continuous Detention of Egyptian Researcher Patrick Zaki*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2020, p. 522 ff.; AMNESTY INTERNATIONAL, *The State of the World's Human Rights*, April 2024, p. 156 ff.

¹⁹ K. M. TONSTAD, *Politics on Trial? Criminal Justice and Egypt's Political Opposition in the Aftermath of July 2013*, in *Oslo Law Review*, 2021, p. 52 ff.

²⁰ B. LONG, *Egypt. A Tailor-made Constitution to Avoid any Coup d'État*, *Orient XXI*, 21 April 2019. www.orientxxi.info.

weakening of the separation of powers and an incremental expansion of the already far-reaching presidential prerogatives²¹.

Under art. 189, para. 2 of the Egyptian Constitution²², in particular, the General Attorney appears to be directly subordinate and functionally dependent from the Presidency, serving *de facto* as a projection of the Executive²³.

The relevance in the present case of this dependence of the Public Prosecutor's Office on the Presidency can be grasped by considering the wide-ranging competences of the General Prosecutor's Office: at the end of the principal strand of the investigation, the General Prosecutor decides whether (!) institute criminal proceedings or issue a temporary stay order²⁴ having the effect of ending permanently the investigation²⁵.

Moving from the context to the *Regeni* affair, on January 20 2021, the Office of the Prosecutor of the Rome Tribunal filed a request for the indictment of four members of the NSA suspected of having been involved in the abduction, torture²⁶ and murder of Giulio Regeni.

Despite the repeated attempts to obtain the collaboration of the Cairo authorities, the Italian authorities could not notify the four persons under investigation of the existence of a legal proceeding against them.

In particular, they could not ascertain whether the accused had been informed of the conclusion of the preliminary examinations under Article 415-*bis* c.p.p.²⁷ – prodromic to the request for the confirmation of charges – the latter's request and the date for the preliminary hearing.

As the four NSA agents had not been found, had been unable to elect an official address (within the Italian territory) for the notification and delivery of the documents relating to the proceedings brought against them – due to the NSA diversions – under Article 169 c.p.p., they were recognised as formally disappeared (*irreperibili*).

The only – utterly laconic – answer obtained from the 'Country of the Pyramids' was that «the Egyptian General Prosecutor had already investigated the individuals subject to prosecution by Italy and those investigations had been dismissed».

²¹ N. BERNARD-MAUGIRON, *Les amendements constitutionnels de 2019 en Égypte: vers une consécration de la dérive autoritaire du régime*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, p. 3 ff.; C. L. SRIRAM, (ed), *Transitional Justice in the Middle East and North Africa*, Oxford, 2017, p. 219 ff.

²² BERNARD-MAUGIRON, cit., p. 9.

²³ More in general on the Egyptian judiciary, see N. BROWN, *La justice égyptienne dans l'ère post-révolutionnaire*, in B. ROUGIER, L. PIQUEMAL (eds), *L'Égypte en révolutions*, Paris, 2015, p. 123 ff.

²⁴ Equivalent to the Italian '*non luogo a procedere*'.

²⁵ The only exception in this sense is the finding of new pieces of evidence before the consolidation of the statute of limitations over the principal offence.

²⁶ Or rather, bodily injuries aggravated by the use of violent and cruel means.

²⁷ These consist, in extreme synthesis, in: a) the factual and legal definition of the charges; b) the record of the completed investigations, the evidence etc. which shall be disclosed, upon request, to the defence; c) the right of the accused to present documents, exculpatory evidence, request further investigations or to be heard by the prosecutor, etc.

More in detail, judge *Khalaf*²⁸, after a review of the Egyptian and Italian proceedings, informed the Italian delegation that:

(...) the General Prosecutor finds that the decision not to proceed with an investigation is final or, with regard to the position of the suspects, it amounts to a binding and final judgment which cannot be re-opened against the same individuals. (...) consequently, (...) the enforcement of the request for judicial cooperation made by the Rome Prosecutor would have been blocked by the application of the double jeopardy principle recognised under Egyptian law and the international treaties to which Egypt is a party²⁹.

In brief, as illustrated by the Order of the Rome Tribunal referring the *Regeni* affair to the Italian Constitutional Court, there could be no doubt regarding «the unwillingness of the Egyptian government and the Cairo General Prosecutor not to provide any form of collaboration» to the Italian authorities with respect to the *Regeni* affair».

As underlined by the judge *a quo*, «the decision (...) adopted by the General Prosecutor did not come from a third, impartial arbitrator, but the very same [investigative] authority which – incidentally – in the Egyptian system is not independent and separate from the Government», lacking the third-party and independence characteristics of any proper and fair judicial decision, preventing the veritable application of the *ne bis in idem* principle.

Differently put, what is lacking in the *Regeni* affair is the *bis* itself, as the only genuine judicial decisions were those of the Italian authorities.

As correctly underlined by the Rome Tribunal, «the arguments offered by the Egyptian judiciary appear at the very least preposterous and captious, revealing the stance not to allow the prosecution of the four NSA officers in Italy»³⁰.

In sum, this article aims to investigate ‘what kind of jurisdictional consequences’ (if any) on the punitive power of other States (particularly, the State of nationality of the victims) may arise from such a (delinquent) practice in cases concerning international crimes³¹.

3. The crime of torture and States' *obligatio puniendi* over international crimes, the *ne bis in idem* and the vertical and horizontal dimensions of cooperation in international criminal matters

Amongst the (comparatively scarce) certainties of public international law, there is undoubtedly the ‘peremptory prohibition’ – for both States and individuals – of torture, a

²⁸ Of the ‘Directorate of International Cooperation and Human Rights’ (!) at the Egyptian Prosecutor General's Office, competent for the investigations on the *Regeni* affair.

²⁹ Criminal Tribunal of Rome, Pre-Trial Chamber, Judgement n. 52239-2018, www.giurisprudenzapenale.com. Unofficial translation by the Author.

³⁰ *Ibid.*, p. 9.

³¹ Technically, variously aggravated instances of abduction, torture and other inhuman or degrading treatments and murder.

prohibition reaffirmed both in international human rights law³² and international criminal law³³.

From this prohibition – originally meant as a non-derogable limitation to State policies – descend ‘outstanding jurisdictional consequences’ concerning the suppression of the crime of torture, which can be framed in terms of duty to punish³⁴, ‘inapplicability of the statute of limitations’ and subjection to universal jurisdiction³⁵.

In the context of the *Regeni* affair, it is curious³⁶ that the referring judge merely invoked as an interposed rule Article 117, para. 1 of the Italian Constitution³⁷, omitting – somehow disappointingly – any analysis³⁸ of the customary rules of general public international law binding the Italian authorities according to Article 10, para. 1 Const.

On closer inspection, however, shifting from an eminently theoretical-academic approach to a practical form of reasoning, without detracting from the merits of correctness and conceptual harmony of a more comprehensive analysis of the sources of the prohibition of torture, the impact of this addition would have been essentially negligible, perhaps making it an elegant, albeit useless, argumentative ‘overkill’.

³² T. MERTENS, *No One Shall Be Subjected to Torture*, in T. MERTENS (ed), *A Philosophical Introduction to Human Rights*, Cambridge, 2020, pp. 96–109.

³³ See I.L.C., *Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens)* by Dire Tladi, *Special Rapporteur*, International Law Commission Seventy-first session Geneva, 29 April–7 June and 8 July–9 August 2019, A/CN.4/727, para. 60, p. 26; COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Comment No. 2*, CAT/C/GC/2 24 January 2008, para. 5; ICTY, *The Prosecutor v. Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgment, 10 December 1998, pp. 54-55, paras. 143-1444; pp. 58-59, para. 153; US COURT OF APPEALS, Second Circuit, *Dolly M.E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Peña-Irala*, case no. No. 191, Docket 79-6090, 630 F.2d 876; 1980 U.S. App. LEXIS 16111, 30 June 1980; HOUSE OF LORDS, *R (Pinochet Ugarte) v Bow St Metropolitan Stipendiary Magistrate*, 1 AC 61 (2000). See also C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN, *L’identification des regles fondamentales - un probleme resolu?*, in C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds), *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*, Leiden, 2006.

³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1, 2 October 1995, para. 92; ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgment)*, IT-94-1-A, 15 July 1999, para. 190 p. 82.

³⁵ M. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden, 2014, pp. 237-238, 932-937; I. BANTEKAS, S. NASH (eds), *International Criminal Law*, III ed., Abingdon, 2007, p. 87; S. MACEDO (ed), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction With a Foreword by Hon. Mary Robinson United Nations High Commissioner for Human Rights*, Princeton, 2001, Principle 1.1; ICJ, *Obligation to Prosecute or Extradite (Senegal v. Belgium) Judgment* (2012), paras. 68 and 75. As highlighted by Cryer, however, while the Court remarks the *jus cogens* nature of the prohibition of torture, it strategically avoids addressing the consequences arising from that *status*, choosing instead to focus on the rules *erga omnes partes*. R. CRYER, ‘International law, crime and torture’, in M.D. EVANS, J. MODVIG, (eds), *Research Handbook on Torture: Legal and Medical Perspectives on Prohibition and Prevention*, Cheltenham, 2020, p. 294 ff.

³⁶ Although perfectly reasonable from a quintessentially practical viewpoint.

³⁷ Hereinafter abbreviated in Const.

³⁸ This would have been conceptually welcomed as it would have made the judge’s reasoning ‘more complete’ and thorough.

What emerges from the decision of the Constitutional Court is a concern to identify a ‘sufficiently’ valid basis for Italian jurisdiction in the specific case – according to the parameters of ‘procedural economy’ – rather than a desire to carve a systematic and articulate illustration of the customary basis of Italian jurisdiction.

Therefore, if we proceed by elimination, excluding customary law and also excluding the argument – or at least the applicability – of the Rome Statute (to which Egypt is not a party), the only normative reference left³⁹ can be nothing but the UNCAT, ratified by both Egypt and Italy⁴⁰.

At this stage, it is necessary to introduce the main character and gravitational centre of this judgment and the broader system of international criminal law: the problem of impunity⁴¹.

UNCAT's commitment to deny torturers any impunity ratline is clear in the wording of its articles. Significantly, art. 5⁴² does not provide any ‘order of precedence’ between the territorial, flag or active personality principles⁴³.

The only provision – ‘concessive’ rather than imperative – is Article 5(1)(c) providing that the State of nationality of the victims «*shall take* such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences» «if that State considers it appropriate», whereas paragraph 2 allows (other) States to choose⁴⁴ between *dedere* and *judicare*, following the procedures established under Articles 6-7 UNCAT.

Notably, Article 12 subordinates the exercise of jurisdiction to two conditions: «[the authorities of the State in which the alleged crimes were perpetrated] shall (...) proceed to a prompt and impartial investigation». Unduly delayed investigations⁴⁵ or otherwise unsuitable to offer a genuine evaluation of the indictments and evidence thereto⁴⁶ do not comply with the requirements under article 12 UNCAT.

³⁹ In parallel with the obligations of international human rights law.

⁴⁰ It is curious to highlight in this regard that Egypt had actually ratified the UNCAT much earlier (25 June 1986) than Italy (3 November 1988).

⁴¹ H. V. STUART, M. SIMONS, *The Prosecutor and the Judge: Benjamin Ferencz and Antonio Cassese, Interviews and Writings*, Amsterdam, 2009, pp. 43-44.

⁴² Duties relating to jurisdiction.

⁴³ R. SCHMIDT, *Types of Jurisdictions over the Offence of Torture*, in M. NOWAK, M. BIRK, G. MONINA (eds), *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary, 2nd Edition, Oxford Commentaries on International Law*, Oxford, 2019, p. 211.

⁴⁴ «Each State Party *shall* likewise take such measures *as may be necessary* to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him» (emphasis added).

⁴⁵ As in the *Elmasry* affair (an investigation allegedly opened in 2016 had led to a request of extradition *only* on 20 January 2025, two days after the ICC had issued a warrant of arrest against Mr Elmasry and the day after the Italian Authorities had arrested him). See Embassy of Libya - Italy Reference: 2/3/83 www.icc-cpi.int.

⁴⁶ As in the *Regeni* Case, cit.

In the not entirely successful attempt to leave any potential jurisdictional loophole, the Convention, therefore, creates a ‘pluristratified architecture of concurrent jurisdictions’, in this case Egyptian territorial and active personality jurisdiction; Italian passive personality jurisdiction: even if one of the States having jurisdiction failed to act upon it, ‘other States could come forth filling the hypothetical gap’⁴⁷. At least in theory.

The weak point in this construction is easily discernible: by providing a strict alternative with seemingly no exception, art. 9, para. 1 UNCAT calls all States to ‘afford one another the greatest measure of assistance’ in connection with criminal proceedings to ensure that those responsible for them do not remain unpunished, and in particular, to secure «the supply of all evidence at ‘their disposal necessary for the proceedings’»⁴⁸. What it fails to do, though, is articulate how this generic duty to offer each other ‘the greatest measure of assistance’ should work in practice. By comparison, the Rome Statute provides a rather conspicuous (both qualitatively and quantitatively) set of rules on ICC-States cooperation and the interconnected *ne bis in idem* principle⁴⁹.

Under art. 17, para. 2 and art. 20, para. 3 of the ICC Statute, if the proceedings undertaken by States authorities:

were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned”;

[t]here has been an ‘unjustified delay’ in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice⁵⁰; or

[t]he proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

they do not prevent the ICC to exercise its jurisdiction over the alleged crimes as there is no effective ‘*bis in idem*’ either actual or merely potential.

⁴⁷ Exposing the suspect to the risks of double jeopardy. See *ex multis* A. CALIGIURI, *L’obbligo aut dedere aut judicare nel diritto internazionale*, Milano, 2012.

⁴⁸ M. SCHMIDT, cit., para. 8, p. 304.

⁴⁹ Whereas the dynamics of the interactions between the principle of double jeopardy, on the one hand, and inter-State and ICC-States cooperation, on the other, present structural differences mirroring the different nature of the subjects involved, the problems affecting them may present stark similarities inherited from the foundational rules of international law and the general principles of criminal law, in particular the effects of the *ne bis in idem* and the absence or unavailability of alternatives to State cooperation. Furthermore, practice itself, as shown by the *Elmasry* affair, reveals the deep interconnectedness of these rules, in particular when inter-States and ICC-States dynamics relate to the same authorities (in this case Italy, bound to cooperate with the ICC and subject to a request from Libya). See notes 7 and 39 above.

⁵⁰ Article 20, para. 3(b) does not technically mention the unjustified delays, yet they can easily be identified amongst the «manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice». As the maxim says, “justice delayed, justice denied”.

Notably, this power of the ICC to review and, if necessary, disregard the decisions taken by the domestic courts (which, on the contrary, do not enjoy a symmetrical authority over the Court's decisions) is what identifies the vertical relationship between the ICC and domestic judicial authorities, establishing a primacy (or at least, the superiority) of the former over the latter⁵¹, at least formally.

In practice, both the ICC and States are faced with severe limitations in their jurisdictional reach, having to rely, for the exercise of their powers, on other States cooperation⁵².

As Cassese famously observed, international tribunals are 'limbless giants'⁵³, having 'no police force'⁵⁴ of their own to conduct investigations, secure evidence, bring suspects and witnesses to court, or enforce their decisions⁵⁵, for which they must rely on State cooperation (the so-called vertical cooperation)⁵⁶.

Similarly, the principles of sovereign equality and non-interference in foreign affairs mean that States cannot directly exercise any of these powers within another State's jurisdiction, having to rely on the latter's assistance (horizontal cooperation)⁵⁷.

⁵¹ A. REISINGER CORACINI, I. TALLGREN, *Article 20. Ne bis in idem*, in K. AMBOS (ed), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, München, Oxford, Baden-Baden, 2022, pp. 1095-1096.

⁵² As a preliminary taxonomic clarification, both vertical and horizontal cooperation are species derived from the same genus – cooperation as such, *i.e.* the mechanism through which several non-specific subjects act together for a given end, which is the qualifying element of the relationship, whereas the identity of the subjects involved as well as the causes of such joint effort are essentially irrelevant.

⁵³ Regardless of the States' arguments justifying their lack of compliance, the weakness of the system lies in its structural reliance on States' cooperation. Whether this is generalised, as in the case of international tribunals ('giants without limbs' as per the Cassesian definition), or necessary on an ad hoc basis in cases of transboundary proceedings (for notifying and arresting suspects, collecting evidence, etc.), the effect is identical. See J. SLOAN, *Breaching International Law to Ensure Its Enforcement: The Reliance by the ICTY on Illegal Capture*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2003, p. 319 ff.; C. F. MORAN, *The Problem of the Authority of the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, 2018, p. 894.

⁵⁴ R. RASTAN, *Chapter 7: Can the ICC Function Without State Compliance?*, in M. DEGUZMAN, V. OOSTERVELD (eds), *The Elgar Companion to the International Criminal Court*, Cheltenham, 2020, p. 147 ff.; F. BOEHME, *State Behavior and the International Criminal Court. Between Cooperation and Resistance*, Abingdon, 2022, p. 19 ff.

⁵⁵ See J. ALTGELT, *Extraterritorial Apprehensions for the International Criminal Court*, Cham, 2024, p. 131-162.

⁵⁶ A duty established in the Rome Statute under Article 86 ICC. See M. ARCARI, B. BONAFÉ, *The execution of ICC arrest warrants in domestic legal orders: Challenges from the Elmasry case*, in *QIL, Zoom-in*, 2025, p. 1 ff.; A. BISSET, *And then Two Came Along at Once: Inter-State Cooperation on Core Crimes, the ILC and the Group of Core States*, in *International Criminal Law Review*, 2020, p. 552 ff., highlighting the lack in the Rome Statute of a horizontal cooperation regime to govern the provision of judicial assistance or extradition of suspects between States.

⁵⁷ Is that if States do not cooperate, there is not much to be done. In this sense R. A. FALK, *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *Temple Law Quarterly*, 1959, p. 295 ff. While in theory it could be possible to invoke the responsibility of the recalcitrant State and force it to comply with its duties, the case (and its suspects) would disappear into the sands of time. *ibid.* para.

While theoretically distinct from each other, in practice horizontal and vertical cooperation have an intrinsically complementary nature⁵⁸, in the sense that an increased judicial activism⁵⁹ by more States having sufficiently solid bases to prosecute or at least to collaborate with other States prosecutions would likely have a deflationary impact on the ICC's docket, as the Court, simply put, would have no gap to fill⁶⁰.

4. Reconciling the rights of justice and of the accused in case of missing suspects: the Italian practice and the International Criminal Court between opposing rights and daring triangulations

As recognised by the C. Const.⁶¹, impunity not only empties the criminal provision of its meaning; impunity itself becomes an – additional – *vulnus* inflicted upon the victims (and their relatives and closest ones) as a quintessential *denial* of their fundamental right to justice and truth⁶². Conversely, the «suspects/defendants themselves possess a range of rights that do not always align with the victims».

The *Regeni* affair, like the deposed president al-Bashir's farcical legal travails⁶³ before him and the ongoing – until this point, unsuccessful – attempts to bring the *Czar*⁶⁴,

11. As noticed by Bisset, this lacuna is not a peculiar prerogative of the Rome Statute. On the contrary, there are – radically – no international or regional treaties designed to enable this cooperation in relation to international crimes. A. BISSET, *The Mutual Legal Assistance Treaty for Core Crimes: A Project in Need of Purpose*, in *Nordic Journal of International Law*, 2023, p. 220 ff.

⁵⁸ In both cases, the lack of cooperation by the requested States sets the condition for an utterly unacceptable factual form of impunity for the alleged perpetrators and, potentially, deny the very essence of criminal law, depriving it of its distinctive force. See J. GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 76, 1950, p. 585: «Une loi sans juge est une loi morte; ou si l'on préfère, c'est une loi morale, ce n'est pas une loi pénale. La loi pénale est uniquement celle dont les normes sont armées d'une sanction qu'un pouvoir judiciaire [...] est capable de prononcer définitivement, avec toutes les conséquences juridiques de la chose jugée et de la force exécutoire». Similarly, F. D. MAURICE, *Moral and Metaphysical Philosophy*, Vol. II, London, 1890, p. 288: «men without Law, by reason of the right which all have over all things, must destroy each other. That laws without punishments, and punishments without a supreme power to enforce them, are useless»

⁵⁹ According to the so-called principle of “positive complementarity”. See M.A. NEWTON, *The Quest for Constructive Complementarity*, in C. STAHN, M.M. EL ZEIDY (eds), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge, 2011, p. 304 ff.

⁶⁰ In this sense, L. VAN DEN HERIK, *Relating to 'the other': the ILC Draft Convention on Crimes Against Humanity and the Mutual Legal Assistance initiative*, in *African Journal of International Criminal Justice*, 2020, p. 278 ff.

⁶¹ ITALIAN C. CONST., Judgment, cit., Para. 8.

⁶² L. Y. BILSKY, *The Right to Truth in International Criminal Law*, in K. J. HELLER (ed), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, 2020, p. 472 ff. See also B. SANDER, *Doing Justice to History: Confronting the Past in International Criminal Courts*, Oxford, 2021; K. B. CARLSON, *Model(ing) Justice: Perfecting the Promise of International Criminal Law*, Cambridge, 2018, p. 127-154.

⁶³ C. MELONI, *Sudan: What Options for Omar Al-Bashir's Trial?*, in *ISPI*, 19 May 2020, www.ispionline.it.

⁶⁴ N. RONZITTI, *Il mandato di arresto contro Putin e le tortuose vie del diritto internazionale*, in *Affari Internazionali*, 20 May 2023, www.affarinternazionali.it.

Netanyahu and many others to justice are emblematic representations of this diabolic ‘tension and antinomy’⁶⁵.

This point has been well explained by the Constitutional Court: there is an «unsolved tension between the fundamental right of the accused to actively participate in their trials⁶⁶, the duty for the State to prosecute crimes of torture and the right – not only of the victims and their families but more broadly of humanity as such – to establish a judicial truth concerning the perpetration of those crimes»⁶⁷.

Art. 63, para. 1 of the Rome Statute provides most unambiguously that the defendant, as a guarantee of his right of defence under art. 67, para. 1(d), shall (imperatively) be present during the trial.

This rule, as stated by the ICC in *Ruto and Sang*, is subject only to «strict exceptional and temporal limits»:

- (i) the absence of the accused can only take place in exceptional circumstances (...) any ‘absence must be limited to that which is strictly necessary’;
- (iv) the accused ‘must have explicitly waived his or her right to be present’ at trial;
- (vi) the decision as to whether the accused may be excused (...) must be taken on a case-by-case basis, with due regard to the subject matter of the specific hearings that the accused would not attend during the period for which excusal has been requested⁶⁸.

Differently put, suspects can ‘avoid being tried simply by disappearing or hiding’, in States⁶⁹ unfriendly towards the ICC or even, thanks to their wealth and influence, in States parties to the Rome Statute, enjoying substantial impunity⁷⁰.

This constitutes a potentially fatal structural defect in the Court’s architecture, capable of severely jeopardising the effectiveness of its policies, as recently acknowledged in *Gbagbo*:

the proper aim of the provision is to deny legality to the trial of a person who wants to be present at his or her trial and participate in good faith but was unable to attend due to no fault of his or her own. There is a perversion of that legitimate

⁶⁵ A second, inextricably tangled issue, is that of the *ne bis in idem* principle, often fraudulently invoked to paralyse the genuine pursuit of justice. See para. 3.

⁶⁶ See S. ZAPPALÀ, *The Rights of the Accused in Trial Proceedings*, in *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003, pp. 83-152.

⁶⁷ ITALIAN C. CONST., cit., para. 3.

⁶⁸ ICC, *Situation In The Republic Of Kenya In The Case Of The Prosecutor V. William Samoei Ruto And Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”*, ICC-01/09-01/11 OA 5, 25 October 2013, p. 26, para. 62. Hereinafter, *Ruto and Sang*.

⁶⁹ Oftentimes ruled by them or their associates.

⁷⁰ A. GURMENDI, *Tracking State Reactions to the ICC’s Arrest Warrant against Vladimir Putin*, in *Opinio Juris*, 23 March 2023, www.opiniojuris.org. In this respect it is also remarkable that even universal jurisdiction – not addressed in this Article – does not customarily permit trials *in absentia*. D. MYSTRIS, *Chapter 4 State Practice and Universal Jurisdiction*, in *An African Criminal Court*, Leiden, 2020, p. 89.

aim, if article 63(1) of the Statute is pleaded in aid of an accused person who wants to prevent his or her own trial by deliberate absence in circumstances of contumacy⁷¹.

While in *Kony*⁷² the ICC affirms the legality of a hearing for the confirmation of charges⁷³ even in the absence of an accused who cannot be located, the Hague Court firmly rejects the possibility of holding trials ‘entirely in the absence of the accused’⁷⁴.

This *vulnus* is openly recognised by the judges of Oude Waalsdorperweg⁷⁵ who express their wish for an amendment of the rules of the Rome Statute concerning proceedings *in absentia* to overcome the shortcomings caused by the current limitations.

Moving to Italy and the *Regeni* affair, Article 420-bis c.c.p. *à la* Cartabia provided that:

[i]f the defendant, either free or in custody, is not present at the hearing, ‘the judge shall proceed in his absence’: a) when the defendant has been summoned to appear through service of the document in his own hands or by a person expressly delegated by him to collect the document; b) when the defendant has expressly waived his right to appear or, in the event of an impediment within the meaning of Article 420-ter, has expressly waived his right to do so. 2. The judge shall also proceed in the absence of the defendant when he considers that it is otherwise proved that the defendant has actual knowledge of the pendency of the trial and that his absence at the hearing is due to a voluntary and conscious choice.

Pursuant to article 420-*quarter*, para. 1 c.c.p., «except from these hypotheses [under articles 420-*bis* and 420-*ter* c.c.p.], if the defendant is not present, the judge pronounces a non-appealable judgment of dismissal of the case⁷⁶ «due to the defendant's lack of knowledge of the pendency of the trial».

The subsequent paras. 3 and 6, to avert the risk of ‘zombie-like trials’ – *i.e.*, those of the eternally (un)judicable accused- provide that, once a ‘period equal to twice the limitation period of the offence has elapsed’ without the accused having been found, the dismissal judgment [*ex* article 420-*quarter*, para. 1 c.c.p.] should become irrevocable.

⁷¹ ICC, *Decision on counsel for Mr Gbagbo's request for reconsideration of the 'Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute' and on the review of the conditions on the release of Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé*, Appeals Chamber, 28 May 2020, ICC-02/11-01/15-1355-Red, para. 69. See also on this point C. H. WHEELER, *Shifting Priorities: Are Attitudes Changing at the International Criminal Court about Trials in absentia?*, in *International Criminal Law Review*, 2021, p. 116. Hereinafter, *Gbagbo*.

⁷² ICC, *Decision on the Prosecution's request to hold a confirmation of charges hearing in the Kony case in the suspect's absence*, ICC-02/04-01/05-466 23 November 2023, Pre-Trial Chamber II, paras. 27-39.

⁷³ G. LANZA, *Qualche breve considerazione sulla Confirmation of charges decision della prima camera preliminare della Corte penale internazionale nel Caso Gbagbo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 ottobre 2014, p. 5 ff., www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

⁷⁴ ICC, *Gbagbo*, cit., paras. 66 and 70.

⁷⁵ The address of the ICC headquarters in The Hague.

⁷⁶ In Italian, ‘*non doversi procedere*’.

Differently put, if the accused cannot be found and there is no certainty of his having been notified of the existence of the trial brought against him, that is bound to slide into a State of hibernation which can last up to twice the term of limitation, after which the case simply dies out having achieved nothing.

All the situations considered by the amended Article 420-*bis* c.c.p., however, referred to a situation of deliberate disappearance of the accused. The pivotal point was that ‘the accused had done something – knowingly and wilfully – to deny their presence at trial.’ The idea, not overtly concealed, was that there might be attempts by the accused to ‘sabotage’ trials, dragging them to a slow agony under Article 420-*quater* c.c.p.

There is a stark difference between this situation and the one presented by the *Regeni* affair: in the latter, the accused actively hide; in the *Regeni* affair, the accused are hidden by their⁷⁷ State, without or regardless of their intent and knowledge!

In this regard, the Constitutional Court remarks that:

the referral [by the Rome Tribunal] describes the situation brought to it for the constitutionality test as “failed judicial assistance” or “refusal to act on requests of cooperation by the State of nationality or residency of the accused”, [as in the case of the final dismissal of the proceedings against the four NSA agents adopted by the Egyptian General Prosecutor] (...) invoked against the claims brought by the Italian ministerial delegation – even to deny the disclosure of the addresses of the NSA officers necessary to notify them of the beginning of a trial against them in Italy⁷⁸.

The fact that the four members of the Egyptian NSA may⁷⁹ have taken advantage of the prosecution's refusal to cooperate with the Italian authorities is *in rebus ipsis*.

From a purely formal point of view, though, it was not them who went into hiding, but their government, which, by setting up⁸⁰ a ‘sham’ investigation, prevented the notification of the beginning of the trials by the Italian authorities.

Seen from a different perspective, without disregarding the evident advantage for the NSA agents, this advantage was not consequential to their actions but rather by the ‘authorities of their State leading to an inadmissible’ situation of factual impunity for the four NSA agents.

⁷⁷ Or anyway, by another State having an interest in doing so.

⁷⁸ C. CONST., cit., para. 5.4.

⁷⁹ Though, in this case, the use of a dubitative form appears quite frankly paradoxical.

⁸⁰ Only to abort it immediately after. See SPECIAL TRIBUNAL FOR LEBANON (hereinafter, STL), *The Prosecutor V. Salim Jamil Ayyash Mustafa Amine Badreddine Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra Decision to Hold Trial in Absentia* (hereinafter, *Ayyash*), case no. STL-II-OI/I/TC, 1 February 2012, para. 41.

While the result may be identical, the operations leading to it were not⁸¹, and, in this case, the entire operation had been orchestrated by the Egyptian General Prosecutor!

As declared by the Constitutional Court:

it is undeniable that [in the *Regeni* affair] the conditions of a factual *extra ordinem* immunity have been met [and that such an immunity] is inconsistent with the right to the judicial pursuit of truth as a primary manifestation of the supranational prohibition of torture and the correlative duty for States to prosecute it. Irrespective of its rationale, the lack of communication of the address of its civil servants has prevented and will continue to prevent *sine die* the celebration of a trial otherwise mandated by the [UNCAT] in line with the general principles of international law⁸².

As previously seen, such immunity is an abomination erected against virtually every internationally or domestically recognised moral or legal principle. In particular:

that normative lacune violates Article 117, para. 1 Const. in relation to the [UNCAT]; (...) Article 2 Const. since, by preventing *sine die* the celebration of a trial meant to provide a judicial finding over alleged crimes of torture, 'it annihilates an inalienable right of the victim of that crime and violates the principle of reasonableness' *ex* article 3 Const. In fact, this gap unreasonably opens up a 'space of criminal immunity', such as the one created in a regulatory framework that does not allow to carry out the very judicial findings provided for in the Convention; investigations that are all the more necessary since Italy, when ratifying the CAT, opted to exercise criminal jurisdiction over crimes of torture committed abroad against its own citizens⁸³.

On the basis of these arguments, the *C. Const.* therefore declared «the constitutional illegitimacy of article 420-bis, para. 3 [c.c.p.] for violation of articles 2, 3 and 117, para. 1 Const., the latter in relation to the [UNCAT], insofar as it does not provide that the judge proceeds *in absentia* [for crimes of torture pursuant to article 1 UNCAT] if, due to the lack of assistance from the State of the nationality of the defendant it cannot be proved that the defendant, although aware of the proceedings, has been informed of the pendency of the trial»⁸⁴.

Thus, in order not to jeopardise the defensive rights of the accused and ensure, at the same time, compliance with the *obligatio puniendi* over international crimes (and the related rights of the victims), the Constitutional Court reorganised the defendant's rights to take

⁸¹ Using a musical metaphor, what matters is not the piece played by the soloist (the hiding) nor the overall acoustic effect of the performance (the impunity of the NSA agents) but the identity of the performer (the NSA agents/the Prosecutor General).

⁸² C. CONST., cit., paras. 9-9.1.

⁸³ *Ibid.*, paras. 9.2-3. In the same sense, see also para. 13.2.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 18.

part in the proceedings brought against them. A rearrangement that is neither qualitative nor quantitative, but exclusively temporal, solidly rooted in the framework of the rules on absence.

«Kept unaware of the procedural events by a *factum principis* (the uncooperative conduct of his State of nationality)⁸⁵, the defendant, although aware of the proceedings, must be presumed through no fault of their own to be unaware of the course of the trial, and thus has free access to the reinstatement of such procedural faculties as they may deem to be exercised».

As explained by the Court:

[the accused] who remains undetectable by the prosecuting authorities despite their «reasonable efforts», may be subject to a trial *in absentia*. Nevertheless, the defendant may assert «directly» the right to a retrial leading to a review of the merits of the case *in praesentia*, while it falls upon the authorities themselves, who intend to deny the reopening of the trial, the burden to submit ‘precise and objective evidence’ showing that the defendant, despite the uncooperative attitude of their State of nationality, «received sufficient information» to be aware that a trial would be held against them and, by deliberate acts and with the aim of evading justice, prevented the authorities from officially informing them of that trial⁸⁶.

The solution proposed by the Constitutional Court is twofold and operates in two parallel strands. If, on the one hand, it frees the system from an unacceptable obstacle against prosecution, simply moving the potential participation of the accused down the temporal line, on the other hand, it carefully avoids replicating the old and rightly abandoned presumption of knowledge contained in the discipline of contumacy. On the contrary, it posits a radical change of paradigm, abolishing any presumption and reversing the burden of proof.

According to this judgment, it falls upon the prosecuting State to prove that the defendant – notwithstanding the artifices and lack of cooperation by the foreign authorities – ‘was aware of the trial’ against him and deliberately made himself scarce, taking advantage of their omertous or otherwise dilatory behaviour by his own authorities and, by this, escaping justice.

Notwithstanding the idiosyncrasies inherent to the *Regeni* case and the prevailing Italian legislation, the question of balancing the defence needs and the pursuit of justice remains a painful and contentious issue in the international context⁸⁷.

⁸⁵ Similarly, STL, *Ayyash*, cit., para. 33.

⁸⁶ C. CONST., cit., para. 15.

⁸⁷ A. O’SULLIVAN, *A Return to Stability? Hegemonic and Counter-Hegemonic Positions in the Debate on Universal Jurisdiction in Absentia*, in J. HANDMAKER, K. ARTS (eds), *Mobilising International Law for ‘Global Justice*, Cambridge, 2018, p. 163 ff.; W. A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2020, p. 304-308.

Although in the judgment 192(2023) the Italian Constitutional Court only addresses the crime of torture, the relevance of the considerations on the jurisdiction *in absentia* – though focused on torture – cannot be denied⁸⁸.

As seen in the recalled judgments, other individuals, States and alleged crimes are in situations, if not entirely similar, characterised by profiles of similarity with those of the four alleged perpetrators of the violence and death of the Italian Cantabrigian doctoral researcher.

5. Final considerations and a glimpse at a deeper Pandora's box

Thinking of *e.g.* Putin, can it be realistically argued – hypothetically applying the paradigm drawn up by our Constitutional Court – that someone in his position could be unaware⁸⁹ that they are wanted in The Hague, given the resonance and space (from the more traditional media to YouTube, the Court's websites and virtually every news agency, radio or television channel in the world) devoted to the arrest warrant issued against him?

Can it be genuinely believed that a Head of State⁹⁰, for example, is unaware of a criminal case against them and is therefore deprived of their rights of defence?

Admittedly, the model proposed by the Constitutional Court in the *Regeni* case is only one of many possible solutions to our diabolical antinomy, but in this context, it is not without merit⁹¹. Furthermore, Judgment 192 (2023) does not address the issue of judgment *in absentia* in its totality; rather, it focuses on the more limited issue of the 'prosecutability of foreign officers rendered untraceable by the failure of the same foreign authorities to cooperate'.

Notwithstanding, the *Regeni* ruling, at least as an *obiter*, touches upon the broader issue of judiciability *in absentia*, and many of the points raised by the Constitutional Court appear, at least indirectly, applicable to it.

In this sense, trying suspects *in absentia* can serve to bridge the gap of impunity appearing whenever suspects, either by their own will or as a consequence of their

⁸⁸ On the contrary, this point has been openly stated by the remitting judge. C. CONST., cit., para. 14.

⁸⁹ Differently put, 'could the accused have been unaware'. This formula is remarkably similar to that proposed in *Al Ayyash*, para. 106, which refers to the concrete publicization of the trial and the *bona fide* ignorance of its existence by the accused.

⁹⁰ It should be noted that, in this respect, Putin's case may be quite exceptional. The long and somewhat well-documented militancy of the Russian President in the KGB and the persistent pervasive control of the Russian security services over any aspect of the private and public spheres in Russia and abroad would make any claim of ignorance by Mr Putin of the charges and stage of proceedings brought against him simply untenable. See *ex multis* M. LANSKOY, D. MYLES-PRIMAKOFF, *The Rise of Kleptocracy: Power and Plunder in Putin's Russia*, in *Journal of Democracy*, 2018, p. 76 ff.

⁹¹ See in the same sense the similar solution adopted by the ICC in *Kony* having regard to «all reasonable steps» necessary to notify the suspect the date of confirmation of hearing and the *confirmation of charges*, cit., paras. 56-57.

authorities seeking to shield them from justice, do not appear in court or cannot be precisely located.

Upon closer examination, though, this expedient appears as nothing more than a purely symptomatic analgesic treatment of a more deep-rooted and systematic condition, *i.e.* the absolute reliance of the international criminal jurisdictional system on the vertical (State-ICC) and horizontal (State-State) cooperation⁹².

In this respect, though, a complicated balancing act between the conflicting needs of victims and perpetrators, the right to defence of suspects/defendants and the right to truth and justice of victims and their relatives must be achieved.

There are no evident and universal solutions to resolve this burdensome antinomy, as recognised by the ICC in the *Kony* case and by the Constitutional Court in the *Regeni* case⁹³. This does not detract from the fact that the absence of suspects/defendants appears less and less as an insurmountable obstacle to the course of justice if one proceeds cautiously with case-by-case assessments.

The *Regeni* trial is still in progress, and it is not possible to predict its outcome. However, one cannot help but wonder what would happen in the event of the conviction of the defendants who have gone into hiding (or, in this case, shielded by the *omertà* of the Egyptian authorities).

On the one hand, a conviction would crystallise the truth (merely procedural, and subject to the right of the defendants to re-examination *in praesentia*) of the *Regeni* case by declaring that what happened to him was a crime and the defendants bore responsibility for it.

Concretely, however, this decision would hardly cause any afflictive consequence in the sphere of the convicted, reverberating the polysemic function of punishment, oscillating between retribution, prevention, just satisfaction of the victims, reinforcement of the legal order and establishment of official truth, the discussion of which falls outside the scope of this article.

⁹² See T. MERON, *The Making of International Criminal Justice: The View from the Bench: Selected Speeches*, Oxford, 2011, p. 171-178.

⁹³ Within the EU, while Article 8, para. 2 of the Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings provides fairly generic guidelines with regard to the degree and conditions of information brought to the accused. In case of trials *in absentia*, Arts. 8, para. 4 and 9 of the Directive requires Member States to ensure that when suspects or accused persons are informed of the decision, they are also informed of the possibility to challenge the decision and of the right to a new trial or to another legal remedy. More in detail, see M. CAIANIELLO, G. LASAGNI, *Chapter 13. Comparative Remarks*, in G. CONTISSA, G. LASAGNI, M. CAIANIELLO, G. SARTOR (eds), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, Leiden, 2022, p. 237-240.

What matters, for the sake of this analysis, is that the Italian Constitutional Court⁹⁴ was able to reach a compromise balancing the need for legal certainty and the avoidance of impunity by allowing the trial to proceed in absentia, while also respecting the rights of the accused (who can access a form of retrial *in praesentia*)⁹⁵. Only time will tell the success of this approach.

⁹⁴ Walking on the tightrope between the defensive rights of the accused (including the *ne bis in idem*) and the right to truth of the victims and the rejection of impunity in case of exceptionally serious crimes shaking the conscience of mankind.

⁹⁵ In this sense M. UBÉDA-SAILLARD, *Chapter 23. The Evolving System of International Criminal Justice*, in C. STAHN, R. B. DA SILVA (eds), *The International Criminal Court in Its Third Decade*, Leiden, 2024, p. 435 ff.

SEZIONE V

Profili critici del Protocollo Italia-Albania

La procedura di frontiera applicabile nelle aree previste dal Protocollo Italia-Albania: motivi di illegittimità in base alla CEDU e al diritto dell'Unione europea

GABRIELLA CARELLA*

SOMMARIO: 1. Tecniche di elusione del divieto di *refoulement* e Protocollo Italia-Albania. – 2. Caratteri e limiti della procedura di frontiera, pilastro fondante nel meccanismo di asilo creato in base al Protocollo Italia-Albania. – 3. Illegittimità in base alle norme CEDU della procedura di frontiera applicabile nelle Aree: l'intercettazione dei migranti e la violazione dell'art. 5 n. 1. – 4. *Segue*: la 'truffa delle etichette' e l'illegittimità in base all'art. 5 n. 1 CEDU del trattenimento nelle Aree. – 5. L'applicabilità extraterritoriale del sistema europeo comune di asilo in base alla giurisdizione esclusiva che il Protocollo riconosce all'Italia nelle Aree. – 6. Motivi di violazione del diritto UE: inapplicabilità della procedura di frontiera di cui alla direttiva 2013/32 ai soggetti intercettati in alto mare. – 7. *Segue*: L'inammissibile qualificazione delle Aree di cui al Protocollo quali zone di frontiera ai sensi della direttiva 2013/32.

ABSTRACT: Il Protocollo tra Italia e Albania è fondato su di una applicazione atipica della procedura di frontiera. Lo scritto, premessa una breve illustrazione del carattere derogatorio della libertà personale che tale procedura presenta, procede ad una verifica della peculiare disciplina che ne dà il Protocollo alla luce della CEDU e del diritto dell'Unione europea. Entrambe le indagini evidenziano l'illegittimità dei presupposti soggettivi e oggettivi di applicazione della procedura indicata nel Protocollo. Difatti, quanto agli obblighi derivanti dalla CEDU, si dimostra che le attività di intercettazione preventiva e sbarco forzato di soggetti nelle Aree costituiscono violazione dell'art. 5 n. 1. Allo stesso modo, il regime di trattenimento nelle Aree presenta tutti i caratteri che, alla luce, in particolare, della decisione nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, conducono alla violazione dell'art. 5 n. 1. Quanto al diritto dell'Unione europea, si dimostra preliminarmente l'applicabilità extraterritoriale del sistema europeo comune di asilo in base alla giurisdizione esclusiva riconosciuta all'Italia nelle Aree. Si accerta quindi che i soggetti intercettati in alto mare da navi pubbliche, ancorché provenienti da Paesi di origine sicuri, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 43 della direttiva procedure e che, non essendo possibile una interpretazione estensiva o analogica della

* Già professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università "Aldo Moro" di Bari, gabriella.carella@alice.it.

disposizione, ad essi, indistintamente, non può essere applicata la procedura di frontiera. Allo stesso modo, manca il presupposto oggettivo di applicazione perché, da una lettura complessiva della direttiva, si ricava che la zona di frontiera deve essere collocata nelle immediate vicinanze del confine e, comunque, nel territorio nazionale.

PAROLE CHIAVE: Protocollo Italia-Albania – immigrazione – procedura di frontiera – extraterritorialità diritto UE – decreto Cutro – diritti umani.

1. Tecniche di elusione del divieto di *refoulement* e Protocollo Italia-Albania

Il vasto arsenale delle misure che gli Stati occidentali hanno elaborato – con impegno e creatività degni di miglior causa – al fine di aggirare il divieto di *refoulement* di persone che fuggono da gravi situazioni di pericolo, si è arricchito di recente di un nuovo meccanismo, introdotto con il Protocollo tra Italia e Albania in materia di migrazione del 6 novembre 2023 (Protocollo)¹ e con la relativa legge 21 febbraio 2024 n. 14 che dispone autorizzazione alla ratifica, ordine di esecuzione e norme di attuazione (legge di ratifica)².

Come in genere accade nelle innovazioni di ultima generazione, il sistema creato fa tesoro delle esperienze precedenti e realizza quindi una sorta di sincretismo tra le varie

¹ Il testo del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria è disponibile all'indirizzo www.esteri.it.

² L. 21 febbraio 2024, n. 14, recante “Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno”. Per un commento sul meccanismo complessivamente creato da Protocollo e legge di ratifica, v. S. CARRERA, G. CAMPESTI, D. COLOMBI, *The 2023 Italy-Albania Protocol on Extraterritorial Migration Management: A Worst Practice in Migration and Asylum Policies*, CEPS Papers on Liberty and Security in Europe, 2023, cdn.ceps.eu; A. SPAGNOLO, *Sulla legittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, in *SIDIBlog*, 9 novembre 2023, www.sidiblog.org; A. DE LEO, *On the Incompatibility of the Italy-Albania Protocol with the EU Asylum Law*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2023, www.sidiblog.org; L. MASERA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema Penale*, 2023, www.sistemapenale.it; F. TAMMONE, *Brevi considerazioni a margine del Protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di migrazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, p. 239 ss.; E. TESTI, *Profili di legittimità del protocollo Italia-Albania*, in *Questione Giustizia*, 2023, www.questionegiustizia.it; G. GRATTAROLA, *Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica del protocollo Italia-Albania: profili di (in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 13 febbraio 2024, www.sidiblog.org; gli interventi nel Forum *Il Protocollo Italia-Albania e il decreto-legge “Paesi sicuri”*, in *Gruppo di Pisa*, 2024, n. 3, p. 251 ss.; M.M. BARTIROMO, *Il Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: un'indagine sul diritto applicabile nelle aree concesse dall'Albania e sullo status dei migranti ivi trasferiti*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 100 ss.; A. DE LEO, E. CELORIA, *The Italy-Albania Protocol: A new model of border-shifting within the EU and its compatibility with Union law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2024, p. 595 ss.; A. DEL GUERCIO, *Lasciate ogni speranza, o voi che... sperate di entrare. Osservazioni a margine dell'intesa Italia-Albania*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, p. 548 ss.; A. SACCUCCI, *Il Protocollo Italia-Albania sulla «dislocazione» extraterritoriale dei migranti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, p. 635 ss.

tattiche di elusione del *refoulement*, dando l'impressione di riuscire ad epurarle degli aspetti suscettibili di critica.

È anzitutto previsto che mezzi delle autorità italiane imbarchino persone «all'esterno del mare territoriale» italiano o «di altri Stati dell'Unione europea», anche a seguito di operazioni di soccorso (art. 3 n. 2 legge di ratifica). È utilizzato quindi il meccanismo delle intercettazioni preventive in alto mare, non però per una illegittima azione di *push back*, bensì per condurre i soggetti intercettati in un luogo ove possano presentare, e vedere esaminata, la domanda di protezione internazionale. Tale località non è in Italia, bensì in uno Stato terzo, l'Albania, che, con il Protocollo citato, consente alle autorità italiane di utilizzare due Aree demaniali (individuate nell'Allegato) «al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea» (art. 1 n. 1, lett. c) e art. 4 n. 3 Protocollo). In questo complesso ed elaborato schema si utilizza, così, anche il meccanismo della esternalizzazione dei controlli di frontiera, depurandolo però dell'aspetto più critico e criticabile alla luce del principio di non *refoulement*: l'assoggettamento dei richiedenti alla normativa dello Stato terzo che potrebbe non tutelare adeguatamente i loro diritti. Ed infatti, ai soggetti condotti nelle Aree si applica – oltre ad alcuni decreti specificamente richiamati – la sola «disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale» (art. 4 n. 1 legge di ratifica). Per le procedure previste, inoltre, «sussiste la giurisdizione italiana e sono territorialmente competenti, in via esclusiva» gli organi italiani specificamente individuati (art. 3 legge di ratifica). Non una vera e propria esternalizzazione in senso tecnico, quindi, ma neppure una piena internalizzazione. Difatti, le Aree su cui l'Italia esercita la giurisdizione a fini migratori sono equiparate alle zone di frontiera che esistono in Italia (art. 3 n. 3 legge di ratifica), di modo che i migranti in esse condotti devono considerarsi persone fisicamente, ma non legalmente presenti nel territorio italiano e in attesa di ricevere l'autorizzazione ad entrare in esso. In tal modo, in caso di respingimento della domanda, tutta la procedura risulterà svolta senza che i richiedenti abbiano messo piede, neppure per finzione giuridica, sul territorio italiano.

Sembra la quadratura del cerchio, l'apoteosi dell'ossimoro: respingere accogliendo, chiudere il territorio aprendolo (però altrove e non del tutto); garantire i diritti umani deumanizzando i migranti, trattati alla stregua di oggetti da prelevare e depositare come e dove si vuole.

Tale innovativa costruzione non può non attirare l'interesse del giurista, desideroso di verificare se essa sia realmente in grado di superare una analisi giuridica più approfondita. È quello che ci proponiamo di accertare nell'indagine che segue.

2. Caratteri e limiti della procedura di frontiera, pilastro fondante nel meccanismo di asilo creato in base al Protocollo Italia-Albania

Appare opportuno premettere all'esegesi della normativa in questione una breve descrizione dell'istituto della procedura accelerata di frontiera (procedura di frontiera), unica ammessa nelle Aree per l'esame delle domande di protezione internazionale.

La procedura di frontiera è un istituto elaborato nella prassi statale sulla base di una finzione giuridica e di una alterazione del concetto di frontiera che consentono di ritenere non ancora ammesso nel territorio lo straniero che, pur presente in esso, si trovi in una zona di confine; ciò al fine di assoggettarlo ad una disciplina più restrittiva di quella applicabile a chi sia già entrato. Sotto la pressione migratoria, quindi, gli Stati hanno trasformato la nozione di frontiera, passata da una linea definita e ristretta ad una zona più o meno ampia, estesa anche per parecchi chilometri all'interno del territorio, considerata una bolla spaziale o, addirittura, una zona non-spaziale, una *nonhere zone*. I tentativi degli Stati europei di assimilarla ad una vera e propria zona extraterritoriale in cui annullare le tutele interne, europee ed internazionali è stato opportunamente bloccato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) che, nel caso *Amuur c. Francia*, relativo allo status di richiedenti asilo in una zona di transito aeroportuale, ha precisato che «even though the applicants were not in France within the meaning of the Ordinance of 2 November 1945, holding them in the international zone of Paris-Orly Airport made them subject to French law. Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status»³.

Anche l'Unione europea, con la direttiva di rifusione 2013/32 (direttiva procedure)⁴, ha cercato di porre alcuni limiti agli abusi cui è stata in genere finalizzata la introduzione della procedura di frontiera, pur ammettendola nella sua struttura fondamentale di istituto meno favorevole per i richiedenti protezione, fondato su un artificio⁵.

Così, dal considerando 38 e dall'insieme della direttiva procedure è confermata la definizione dell'istituto risultante da due presupposti, l'uno spaziale e l'altro temporale: rispettivamente, la presentazione della domanda nella zona di frontiera e l'antioriorità di tale presentazione rispetto alla formale autorizzazione all'ingresso nel territorio. Anche la Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte di giustizia), la definisce come «admissibility and/or substantive examination procedures regarding applications for

³ Corte EDU, sentenza del 25 giugno 1996, ric. n. 19776/92, *Amuur c. Francia*, par. 52.

⁴ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione) (Direttiva procedure).

⁵ Sulla procedura di frontiera nell'Unione europea, v. European Parliamentary Research Service, *Asylum procedures at the border, European Implementation Assessment*, PE 654.201, 2020, in particolare, parte II, p. 39 ss., www.europarl.europa.eu.

international protection made at the border or in a transit zone of a Member State prior to a decision on an applicant's entry to its territory»⁶.

La conciliazione dell'istituto con il divieto di *refoulement* e con l'art. 9 della direttiva procedure – che garantiscono al richiedente protezione il diritto di rimanere nel territorio dello Stato durante l'esame della domanda – è ottenuta attribuendo rilievo giuridico alla distinzione lessicale tra rimanere ed entrare nel territorio. Infatti, l'art. 2 lett. p) della predetta direttiva include nella nozione di territorio le zone di frontiera, con la conseguenza che la permanenza in tali zone esaurisce il diritto a rimanere nel territorio, pur non garantendo, trattandosi di confine, il diritto di entrare.

Né la Corte EDU, né la Corte di giustizia, però, hanno depurato la procedura in esame del suo carattere repressivo derivante dalla privazione di libertà personale che ad essa regolarmente si accompagna. Difatti, l'obbligo per i richiedenti protezione di permanere nella ristretta area della zona di confine o di transito durante l'esame della domanda di protezione configura sostanzialmente una privazione di libertà che, a differenza di quel che accade durante lo svolgimento della altre procedure, risulta giustificabile, in linea di principio, sia in base alla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)⁷, che alla luce del diritto dell'Unione europea, in particolare della direttiva 2013/33 (direttiva accoglienza)⁸. Ricorrono infatti gli estremi della misura privativa di libertà fondata sulla necessità di impedire agli stranieri «di entrare illegalmente nel territorio» (art. 5 n. 1 lett. f) CEDU) o finalizzata a «decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio» (art. 8, par. 3, primo comma, lett. c) direttiva accoglienza). Ciò è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia per la quale la seconda disposizione citata «include il regime di trattenimento che può essere istituito dagli Stati membri quando essi decidono di attuare procedure di frontiera, ai sensi dell'articolo 43 della direttiva 2013/32»⁹.

Un'altra ragione del favore di cui gode la procedura di frontiera presso gli Stati consiste nella maggiore facilità di respingimento che essa consente nel caso in cui la domanda di protezione non sia accolta. Poiché, infatti, giuridicamente può ritenersi che lo straniero non sia ancora entrato nel territorio, una volta che si accerti nei suoi confronti l'inapplicabilità del divieto di *refoulement*, egli potrà essere respinto senza la necessità di ricorrere a complesse procedure. Ciò vale, in determinate ipotesi, anche nel sistema europeo comune di asilo. Dispone infatti l'articolo 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2008/115 (direttiva rimpatri)¹⁰ che

⁶ CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, punto 236. Per il mutamento che in futuro registrerà tale nozione, v. oltre, nota 57.

⁷ V. il testo disponibile all'indirizzo www.echr.coe.int.

⁸ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

⁹ CGUE, sentenza del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria*, punto 178.

¹⁰ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

gli Stati membri possono decidere di non applicare la disciplina da essa posta ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera, conformemente all'articolo 13 del Codice frontiere Schengen¹¹, ovvero «fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro». La seconda parte della disposizione si riferisce appunto a coloro che, sottoposti a procedura di frontiera in base all'art. 31, n. 8, lett. h) della direttiva procedure, abbiano visto respinta la loro domanda di protezione: ad essi lo Stato può applicare proprie procedure nazionali di allontanamento, semplificate rispetto a quelle della direttiva rimpatri, ancorché rispettose delle garanzie fondamentali che derivano dalla tutela dei diritti umani¹².

In Italia la meno garantista tra le procedure d'esame delle domande di protezione internazionale è stata introdotta, con scarso senso dell'opportunità e un pizzico di cinismo, come risposta al tragico naufragio di migranti a Cutro (94 morti, di cui 35 bambini, oltre a diversi dispersi). Solo con la conversione in legge del c.d. decreto Cutro¹³, infatti, si è pervenuti alla disciplina di una procedura accelerata di frontiera autonoma e differenziata dalle altre procedure accelerate quanto ai soggetti cui è applicabile e al luogo in cui può svolgersi¹⁴, alla disciplina del ricorso giurisdizionale¹⁵ e a quella del trattenimento¹⁶. A pochi mesi di distanza dall'introduzione della procedura, il Protocollo con l'Albania ne tenta una applicazione importante, ma estemporanea, che andiamo a considerare.

3. Illegittimità in base alle norme CEDU della procedura di frontiera applicabile nelle Aree: l'intercettazione dei migranti e la violazione dell'art. 5 n. 1

Passiamo ora ad analizzare giuridicamente i vari segmenti che compongono l'insolito sistema risultante dal Protocollo e dalla relativa legge di ratifica, iniziando col verificarne la compatibilità rispetto alla CEDU.

¹¹ Regolamento (UE) n. 399/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen).

¹² Cfr. *Implementation Assessment*, cit., p. 9 e p. 61.

¹³ D.l. 10 marzo 2023, n. 20, recante "Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare" convertito con modificazioni dalla l. 5 maggio 2023, n. 50.

¹⁴ V. d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25, art. 28-*bis*, comma 2-*bis*, recante "Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato", introdotto dall'art. 7-*bis* d. l. 20/2023, convertito in legge, cit.

¹⁵ V. d.lgs. 25/2008, cit., artt. 35-*bis*, comma 3 e 35-*ter*, introdotti dall'art. 7-*bis* d. l. 20/2023, convertito in legge, cit.

¹⁶ V. d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, art. 6-*bis*, recante "Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale", introdotto dall'art. 7-*bis* d. l. 20/2023, convertito in legge, cit.

Come già visto, l'Albania consente l'uso delle Aree principalmente allo scopo di svolgervi le procedure di frontiera, vero pilastro fondante del Protocollo. Per lo svolgimento di una procedura di frontiera è necessario che lo Stato interessato abbia individuato la zona di frontiera e che persone di nazionalità straniera si affaccino o penetrino irregolarmente in detta zona al fine di entrare nel territorio. All'Italia non mancano certo i migranti che si affacciano alle frontiere, né si può dire che il nostro Stato sia carente di queste ultime che, al contrario, per mare e per terra, si sviluppano per migliaia di chilometri. Nonostante ciò, si è ritenuto di dover ulteriormente ingrandire i nostri confini estendendoli in Albania – con suggestioni storiche un po' inquietanti –, ma, questa volta, non per ragioni imperialistiche, bensì per una cooperazione migratoria. Si è istituita quindi nelle Aree una zona di confine italiana equiparata a quelle già dichiarate in Italia, in attuazione della direttiva procedure, con decreto del Ministero dell'interno (art. 3 n. 3 legge di ratifica)¹⁷.

Tale zona di confine presenta inevitabilmente tratti surreali, visto che è circondata da territorio albanese e che è fisicamente impossibile l'ipotesi di qualche migrante che, autonomamente e *sua sponte*, riesca ad affacciarsi ad essa, per di più... con l'intento di penetrare in territorio italiano. L'impossibilità del novello confine di funzionare come tale è rafforzata dal fatto che, ai sensi dell'art. 1, lett. d) Protocollo, i migranti nelle Aree devono essere cittadini di Stati terzi, requisito che esclude gli albanesi, gli unici che sarebbero in grado di entrare nella zona di frontiera. Per neutralizzare i limiti della fisica, si è pensato bene, quindi, di procurarsi coattivamente i richiedenti protezione, andandoli a raccogliere direttamente in alto mare con mezzi delle autorità italiane (art. 3 n. 2 legge di ratifica) e trasferendoli nelle Aree, senza o contro la loro volontà, ai fini dello svolgimento della procedura.

Senonché, le attività di intercettazione preventiva, abbordo, trasbordo di migranti e reindirizzamento e sbarco forzati di questi ultimi nel porto albanese di Shengjin (una delle Aree), prefigurate per il funzionamento del sistema, costituiscono, sul piano giuridico, esercizio di un potere di controllo continuativo su individui da parte di organi dello Stato che va giustificato. Come affermato dalla Corte EDU già a partire dai casi *Medvedyev e altri c. Francia*¹⁸ e *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*¹⁹, tale controllo continuativo è sufficiente a comportare l'applicabilità della CEDU – pur trattandosi di attività compiute in alto mare e non nel territorio – e, in particolare, configura, in astratto, una privazione di libertà che, ai sensi dell'art. 5 n. 1, deve essere giustificata da uno dei motivi elencati nelle lettere a)-f)²⁰. Con riferimento alla situazione in esame, solo due giustificazioni, tra quelle previste, appaiono

¹⁷ Decreto 5 agosto 2019 recante “Individuazione delle zone di frontiera o di transito ai fini dell'attuazione della procedura accelerata di esame della richiesta di protezione internazionale”.

¹⁸ Corte EDU, sentenza del 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03, *Medvedyev e altri c. Francia*, par. 67.

¹⁹ Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 81.

²⁰ V. Corte EDU, *Medvedyev e altri c. Francia*, cit., par. 102.

in astratto applicabili all'operazione di *enforcement*: la finalità di tradurre dinanzi all'autorità giudiziaria persone sospettate di aver commesso un reato (art. 5, n. 1, lett. c), ovvero la necessità di impedire l'ingresso illegale nel territorio (art. 5 n. 1, lett. f).

Quanto al primo punto, l'invocabilità della giustificazione è già in linea di principio problematica per le intercettazioni in alto mare perché, come è noto, limitatissime sono le ipotesi in cui è consentito l'esercizio di poteri di *enforcement*, da parte di una nave pubblica su una imbarcazione non della stessa bandiera, per la prevenzione e repressione di reati, persino nel caso di traffico di migranti, traffico di droga, tratta degli esseri umani, ecc. Non è necessario, tuttavia, entrare nel merito della questione perché ogni norma autorizzativa di poteri di *enforcement* che possa eventualmente rinvenirsi sarebbe sempre finalizzata all'esercizio della giurisdizione penale italiana: essa potrebbe, quindi, al più giustificare la privazione di libertà conseguente ad intercettazione e reindirizzamento verso un porto italiano. In nessun modo, invece, sarebbe legittimato il trasporto coattivo nelle Aree, visto che in queste ultime la giurisdizione italiana penale può esercitarsi solo per i delitti in esse commessi durante lo svolgimento delle procedure (art. 4, n. 6, legge di ratifica).

Passando alla giustificazione prevista dall'art. 5, n. 1, lett. f), anch'essa è inapplicabile all'esercizio di poteri coercitivi in alto mare perché, in tal caso, non è definibile con certezza la destinazione dell'imbarcazione; di conseguenza, il pericolo di ingresso illegale nel territorio appare come una mera supposizione o illazione rispetto alla quale la privazione di libertà è sproporzionata e arbitraria. Basti pensare che la legge di ratifica autorizza il trasporto coercitivo verso le Aree persino di soggetti intercettati «all'esterno del mare territoriale di (...) altri Stati membri dell'Unione europea», cioè in situazioni in cui invocare l'esigenza di evitare l'ingresso in territorio italiano è chiaramente pretestuoso. Non si può certo pensare che l'art. 5, n. 1, lett. f) autorizzi gli Stati ad inviare le proprie navi pubbliche in giro per i mari a fermare imbarcazioni che si suppone, o si immagina, possano entrare illegalmente nel proprio mare territoriale. Va ricordato che la libertà personale è un diritto fondamentale e che la Corte EDU ha ribadito fermamente che le cause che ne giustificano la privazione sono di stretta interpretazione. Pertanto, nonostante non ci siano limitazioni geografiche espresse nell'art. 5, n. 1, lett. f), esse sono implicate dalla natura e dalla funzione della norma, oltre che dall'esigenza di proporzionalità tra la gravità della misura personale applicata e l'obiettivo pubblico perseguito. Il trasbordo e lo sbarco coattivo possono essere giustificati, quindi, solo se l'imbarcazione è intercettata in occasione dell'attraversamento del confine, quando la finalità di impedire l'ingresso illegale è concreta e fondata su circostanze oggettive e non su valutazioni discrezionali o arbitrarie delle autorità intercettanti. In tal caso, però, collocandosi già nel mare territoriale, l'operazione deve concludersi necessariamente in un porto italiano.

Resta la possibilità che il trasporto verso il porto di Shengjin non sia una operazione di *enforcement*, bensì costituisca un legittimo intervento di salvataggio in mare. Tuttavia, nel caso *Khlajfja e altri c. Italia*, la Corte EDU ha affermato che «the applicability of Article 5 of the

Convention cannot be excluded by the fact, relied on by the Government, that the authorities' aim had been to assist the applicants and ensure their safety ... Even measures intended for protection or taken in the interest of the person concerned may be regarded as a deprivation of liberty»²¹. A maggior ragione ciò vale nel caso in esame in cui sono proprio le caratteristiche dell'operazione di salvataggio a mancare, impedendo l'invocazione di qualsivoglia giustificazione.

Per accertare quanto affermato, dobbiamo rifarci alla disciplina della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1° novembre 1974 (Convenzione SOLAS) e alla Convenzione su ricerca e salvataggio in mare del 27 aprile 1979 (Convenzione SAR). L'art. 1.3.2 dell'Allegato a quest'ultima, come modificato dagli emendamenti del 1998, nel definire la nozione di salvataggio, stabilisce che esso è: «[a]n operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety»²². Perché possa parlarsi di salvataggio, quindi, non basta che un intervento inizi per far fronte ad una situazione di emergenza, ma è necessario che esso si concluda con lo sbarco in un «place of safety» (PoS) (nello stesso senso, la regola 33/V, par. 1.1, della Convenzione SOLAS, come emendata nel 2004)²³.

Può ritenersi che il porto di Shengjin sia un PoS? Va ricordato che, nel tempo, la nozione di PoS si è arricchita di contenuti ulteriori rispetto al soddisfacimento dei basilari bisogni materiali dei soggetti salvati, estendendosi a ricomprendere il divieto di *refoulement* delle persone soccorse e la garanzia dei diritti umani fondamentali. Ci limitiamo a riportare l'art. 2, n. 12 del regolamento 656/2014 in base al quale per «luogo sicuro» si intende «un luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento»²⁴. Nello stesso senso, possono ricordarsi altresì la risoluzione 1821/2011 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa²⁵ e le

²¹ Corte EDU, sentenza del 15 dicembre 2016, ric. n. 16483/12, *Kblajfia e altri c. Italia*, par. 71.

²² Organizzazione marittima internazionale, risoluzione del 18 maggio 1998, MSC.70 (69), www.wcdn.imo.org.

²³ Organizzazione marittima internazionale, risoluzione del 20 maggio 2004, MSC. 153 (78), www.wcdn.imo.org.

²⁴ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante “Norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea”.

²⁵ Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, risoluzione del 21 giugno 2011 n. 1821(2011), punto 9.5, assembly.coe.int.

Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea dell'Organizzazione marittima internazionale²⁶.

Alla luce della nozione giuridica di PoS, deve escludersi, pertanto, che tale possa essere considerato il porto di Shengjin ove i soggetti trasportati, senza aver dato causa con il loro comportamento ad alcun tipo di pericolo (incluso l'ingresso irregolare nel territorio che non è stato neppure tentato), sono – come ci apprestiamo a vedere nel paragrafo successivo – ineluttabilmente assoggettati, senza possibilità di alternative, ad un regime di isolamento totale unico nel suo genere che li priva del diritto fondamentale alla libertà personale, nonché della possibilità di definire liberamente «le modalità di trasporto (...) verso la destinazione successiva o finale». Quello che si vorrebbe eventualmente etichettare come salvataggio appare allora, in tutta evidenza, come una deportazione illegittima.

In conclusione, la prima parte del sistema è inattuabile perché realizza una violazione dell'art. 5, n. 1 CEDU rilevabile in sede di ricorsi ed eccezioni di incostituzionalità.

4. *Segue*: la 'truffa delle etichette' e l'illegittimità in base all'art. 5, n. 1 CEDU del trattenimento nelle Aree

Passiamo a considerare la seconda parte della complessiva operazione, come configurata dal Protocollo e dalla legge di ratifica. Le persone sbarcate su territorio albanese sono condotte coercitivamente nelle Aree con la scorta armata di personale italiano e, sempre sotto tale sorveglianza, sono costrette a rimanervi (art. 6, n. 5 e art. 7, nn. 9 e 10, Protocollo). La permanenza coercitiva è garantita anche dall'esterno grazie ad una barriera di sicurezza che cinge il perimetro delle Aree, con postazioni di controllo occupate da personale albanese; quest'ultimo impedisce l'uscita e assicura che i soggetti eventualmente sfuggiti alla sorveglianza interna siano ricondotti indietro (art. 5, n. 2 e art. 6, n. 6 Protocollo). La permanenza coercitiva non si prolunga solo per la durata della procedura, ma addirittura si trascina oltre il suo espletamento, ed indipendentemente dall'esito di esso (art. 6, n. 5 Protocollo), in quanto i trasferimenti da e per il territorio albanese devono essere effettuati solo dalle autorità italiane (art. 4, n. 3 e art. 9 Protocollo). Tale ultimo aspetto della disciplina è del tutto singolare nella sua severità. Non ci risulta infatti che si sia mai verificato prima, in qualsivoglia ordinamento, che i soggetti la cui domanda di protezione viene accolta non riacquistino la libertà personale o di circolazione eventualmente limitata nel corso della procedura. Con l'attuazione del Protocollo, invece, si verificherebbe che un soggetto a cui è già stata riconosciuta la protezione internazionale rimarrebbe soggetto a restrizioni, in modo evidentemente del tutto arbitrario, dal momento del provvedimento di accoglimento al momento in cui, ricondotto in Italia, riacquista la libertà.

²⁶ Organizzazione marittima internazionale, risoluzione del 20 maggio 2004, MSC. 167 (78), Allegato 34, par. 6.12, wwwcdn.imo.org.

Ricorrono, nella situazione complessivamente descritta, tutti gli elementi valorizzati nella giurisprudenza della Corte EDU per accertare, in generale, una privazione di libertà: l'impossibilità di lasciare lo spazio limitato, il livello di vigilanza e di controllo degli spostamenti della persona, la portata dell'isolamento e l'impossibilità di rapporti sociali con la comunità esterna²⁷. Va sottolineata, in particolare, l'esistenza, nella situazione in esame, dei fattori specifici cui la Corte EDU ha dato rilievo per stabilire una violazione dell'art. 5, n. 1 rispetto a soggetti trattenuti nelle zone di transito e di frontiera (quali sono le Aree, per la qualificazione che ne dà la legge di ratifica). Tra tali fattori – ricapitolati nella decisione della Grande camera nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*²⁸ –, rileva anzitutto il fatto che i migranti non sono entrati nella zona di loro iniziativa e libera volontà. Altro elemento di giudizio importante è la verifica del livello di libertà ed autonomia dei migranti nel decidere di abbandonare la zona verso l'esterno, cioè verso il territorio di provenienza. In un'area di frontiera creata ai confini terrestri, ad esempio, si dà rilievo alla circostanza – del tutto inapplicabile nel caso di specie – che essa sia adiacente alla zona di transito verso il Paese confinante e possa quindi essere lasciata autonomamente dai migranti, senza dover dipendere dall'autorizzazione delle autorità a salire su qualche mezzo²⁹, che si tratti di un aereo con il quale abbandonare una zona di transito internazionale³⁰, oppure di una nave³¹.

La mancanza di autodeterminazione dei migranti ad entrare nelle Aree e la dipendenza dalle autorizzazioni e dal trasporto delle autorità per qualsiasi movimento, anche verso l'esterno, rendono insuperabile la configurazione della situazione concreta come privazione di libertà arbitraria perché senza giustificazione. Difatti, invocare in questo caso il pericolo di ingresso nel territorio italiano corrisponde ad una inammissibile finzione, inaccettabile sempre, ma ancor più se con essa si voglia giustificare la privazione di libertà.

La Corte EDU è sempre stata attenta ad evitare che gli Stati possano giustificare violazioni dei diritti umani servendosi della 'truffa delle etichette' e tale può considerarsi la qualificazione delle Aree – cioè, di una *enclave* in territorio straniero lontana centinaia di chilometri dal territorio nazionale – come zona di confine allo scopo di giustificare lo svolgimento della procedura di frontiera e il connesso trattenimento dei richiedenti. Ogni Stato può usare i nomi di fantasia che desidera, ma non può pretendere di farne derivare conseguenze giuridiche lesive di diritti fondamentali. Nel sistema di tutela dei diritti umani, improntato ad effettività, può ritenersi con certezza che, rispetto a soggetti intercettati in alto mare e trattenuti in una *enclave* in territorio albanese, il rischio di ingresso illegale in

²⁷ V., tra i *leading cases* in materia, Corte EDU, sentenza del 6 novembre 1980, ric. n. 7367/76, *Guzzardi c. Italia*, par. 95; sentenza del 26 febbraio 2002, ric. n. 39187/98, *H.M. c. Svizzera*, par. 45; sentenza del 5 ottobre 2004, ric. n. 45508/99, *H.L. c. Regno Unito*, par. 91; sentenza del 16 giugno 2005, ric. n. 61603/00, *Storck c. Germania*, par. 73.

²⁸ Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, par. 217 ss.

²⁹ *Ibid.*, par. 236.

³⁰ Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 48.

³¹ Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., par. 240.

territorio italiano non sussiste né *ex ante* – quando è una mera illazione inammissibile –, né *ex post*, quando scompare del tutto.

Per legittimarsi, in pratica, il sistema creato deve far scaturire da una finzione di confine una finzione di ingresso illegale nel territorio italiano, con ciò introducendo un nuovo tipo di procedura di frontiera: la procedura ai confini della realtà. Tale innovativo, ma surreale meccanismo, però, è strutturalmente e radicalmente incompatibile con la CEDU in tutte le fasi della sua attuazione (e lo stesso varrebbe se lo si confrontasse con altri atti di tutela internazionale dei diritti umani che ci esimiamo dall'esaminare).

5. L'applicabilità extraterritoriale del sistema europeo comune di asilo in base alla giurisdizione esclusiva che il Protocollo riconosce all'Italia nelle Aree

L'analisi sin qui condotta con riferimento alla CEDU è già di per sé sufficiente ad escludere la legittimità del sistema in esame. È utile, tuttavia, anche il confronto con il diritto dell'Unione europea, in particolare con la direttiva procedure, attuata in Italia con il d. lgs. 25/2008³².

Prima di procedere a tale confronto, bisogna peraltro dar conto della interpretazione, anche autorevolmente sostenuta³³, per la quale il regime giuridico creato dall'Italia nel territorio ottenuto in uso da uno Stato extraeuropeo non sarebbe sottoposto al – né potrebbe essere confrontato con il – sistema comune europeo di asilo perché ciò realizzerebbe una inammissibile applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione.

A parer nostro, la questione potrebbe essere risolta in modo semplice e lineare già sulla base della equiparazione delle Aree al territorio italiano. È vero, infatti, che l'art. 3 della direttiva procedure ne limita l'applicazione alle domande presentate nel territorio, ma è anche vero che in quest'ultimo vengono incluse, dalla stessa disposizione, anche le zone di frontiera e di transito che gli Stati liberamente individuano: vi rientrano, quindi, anche le Aree che l'art. 3, n. 3 legge di ratifica equipara alle zone di frontiera esistenti nel territorio italiano proprio in applicazione della direttiva procedure (art. 28-*bis*, comma 4, d.lgs. 25/2008). Se la qualificazione delle Aree fatta dal governo italiano ha un senso giuridico, essa trascina con sé l'applicazione della direttiva procedure e del sistema europeo comune di asilo.

Peraltro, quand'anche si ritenesse che si verta nell'ipotesi della applicazione extraterritoriale del sistema europeo comune di asilo, può dimostrarsi che essa, da un lato, non è vietata dalle disposizioni del sistema europeo comune di asilo, dall'altro, è consentita in situazioni assimilabili a quella oggetto del nostro interesse, cioè quando organi di uno

³² D.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 “Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato”.

³³ V. la dichiarazione della Commissaria Ylva Johansson riportata su *Euronews* del 15 novembre 2023, www.euronews.com.

Stato membro esercitano all'estero la piena ed esclusiva giurisdizione in materia di controlli migratori.

Va preliminarmente differenziata la domanda di asilo avanzata nelle Aree da quella presentata in un'ambasciata, espressamente esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva procedure ai sensi dell'art. 3, n. 2. Le due situazioni non sono in alcun modo assimilabili per la mancanza di autodeterminazione dei soggetti condotti forzatamente nelle Aree e per l'esercizio di poteri coercitivi di controllo esercitati su di essi una volta portati in Albania. Tali caratteristiche, mentre connotano la domanda presentata nelle Aree, non sono ravvisabili nel caso della richiesta nelle rappresentanze diplomatiche i cui locali sono volontariamente raggiunti e liberamente lasciati dai richiedenti asilo. Il controllo sugli individui, esercitato fin dal momento dell'intercettazione nel sistema del Protocollo e totalmente assente, invece, nella fattispecie dell'art. 3, n. 2 direttiva procedure, impedisce ogni interpretazione estensiva o analogica di tale ultima disposizione ai fini della applicazione alla situazione in esame.

Passando a considerare le norme che impongono l'applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione europea in situazioni assimilabili a quella oggetto del nostro interesse, viene in considerazione, anzitutto, la disciplina dei valichi di frontiera condivisi situati nel territorio di uno Stato terzo ed istituiti in base ad accordi bilaterali che autorizza le guardie di frontiera dello Stato membro ad esercitare le proprie funzioni. In base all'Allegato VI, art.1.1.4.3, lett. a), Codice frontiere Schengen³⁴, lo straniero che chiedi protezione alle guardie di frontiera dello Stato membro «è autorizzato ad accedere alle pertinenti procedure degli Stati membri conformemente all'*acquis* unionale in materia di asilo», sebbene la domanda risulti presentata nel territorio di uno Stato terzo³⁵.

Può citarsi ancora, sempre in materia di controlli migratori, il regolamento 2019/1240, sulla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione, il quale prevede che tali funzionari, se impiegati in uno Stato terzo da uno Stato membro, dalla Commissione o da una agenzia europea, assolvono i loro compiti «conformemente alle disposizioni, incluse quelle relative alla protezione dei dati di carattere personale, stabilite nel diritto dell'Unione e nazionale e negli accordi o nelle intese eventualmente conclusi con paesi terzi o con organizzazioni internazionali»³⁶.

Come si vede, nei casi in cui, sulla base di accordi con Stati terzi, gli organi degli Stati membri competenti in materia migratoria sono autorizzati ad esercitare pienamente e

³⁴ Regolamento (UE) 2016/399, cit.

³⁵ Per questo e per i successivi esempi, v. l'utile approfondimento di R. SINHA, *European Union Law In Extraterritorial State Operations: Examining Juxtaposed Border Controls After Brexit*, in F. CASOLARI, M. GATTI (a cura di), *The Application of EU Law Beyond Its Borders*, Cleer Papers 2022/3, The Hague, p. 91 ss., www.asser.nl.

³⁶ Regolamento (UE) n. 2019/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione (rifusione), art. 3, n. 1.

incondizionatamente la loro potestà, il diritto dell'Unione vuole essere applicato, prescindendo dalla collocazione del controllo in territorio extraeuropeo.

Per la sua specifica pertinenza all'applicazione territoriale del diritto dell'Unione in materia migratoria, è utile ricordare anche il parere del servizio giuridico del Parlamento europeo in base al quale i migranti imbarcati su navi militari di Stati membri, a seguito di operazioni di *search and rescue* in alto mare, sono da considerare già di per sé presenti nel territorio dello Stato membro di bandiera e sotto la protezione del diritto dell'Unione³⁷. A tale conclusione il parere perviene richiamando espressamente la decisione della Corte EDU nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*³⁸ e, quindi, sulla base dell'esercizio del potere di controllo esclusivo e continuativo su individui da parte degli organi dello Stato di bandiera sulla nave militare che giustifica l'assimilazione di quest'ultima a una porzione di territorio.

Anche quando l'applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione europea non risulta espressamente prevista da una norma, la Corte di giustizia l'ha ammessa interpretativamente fondandosi sull'esercizio di poteri di giurisdizione esclusiva di uno Stato in aree al di fuori del proprio territorio. Già nella causa C-214/94 la Corte afferma che: «L'ambito di applicazione del Trattato viene definito dall'art. 227 (attuale 335 TFUE) del medesimo. Orbene, questo articolo non esclude che le norme comunitarie possano esplicare effetti al di fuori del territorio della Comunità»³⁹. Nonostante l'affermazione riguardi una fattispecie internazionalprivatistica e possa essere intesa alla luce della peculiarità del diritto internazionale privato, ne sono state fatte applicazioni anche in altri ambiti.

Può ricordarsi, ad esempio, la causa C-6/04⁴⁰ che ha deciso un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione contro il Regno Unito per non aver esteso l'applicazione della direttiva *habitat*⁴¹ alla zona economica esclusiva. Il Regno Unito si difendeva sostenendo che l'art. 2 dell'atto citato pone come obiettivo la salvaguardia della biodiversità «nel territorio europeo degli Stati membri al quale si applica il Trattato» e che, di conseguenza, l'estensione alla zona economica esclusiva avrebbe costituito una inammissibile applicazione extraterritoriale. La Corte accolse il ricorso condividendo invece l'interpretazione della Commissione, avallata anche dall'Avvocato generale, per la quale gli Stati devono conformarsi al diritto comunitario anche nella zona economica esclusiva nella misura in cui vi esercitano poteri di controllo e *jurisdiction*⁴².

³⁷ Parlamento europeo, Parere del servizio giuridico, 9 novembre 2018, SJ-0601/18, paragrafi 51-53, www.europarl.europa.eu.

³⁸ Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

³⁹ CGUE, sentenza del 30 aprile 1996, C-214/94, *Boukhalfa*, punto 14.

⁴⁰ CGUE, sentenza del 20 ottobre 2005, C-6/04, *Commissione c. Regno Unito*.

⁴¹ Direttiva 92 /43 /CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

⁴² CGUE, *Commissione c. Regno Unito*, cit., punto 115 ss.

È utile ricordare anche la decisione nella causa C-347/10⁴³ ; in essa veniva in considerazione il regolamento n. 1408/71 la cui applicazione è espressamente limitata allo svolgimento di una attività di lavoro subordinata sul territorio di uno Stato membro⁴⁴. Si trattava di decidere se tale regolamento potesse essere applicato anche al di là del territorio di uno Stato membro, inteso in senso stretto, in particolare alle attività svolte su installazioni artificiali collocate sulla piattaforma continentale. La Corte ammise l'applicazione extraterritoriale argomentando dai poteri di giurisdizione esclusiva che vengono riconosciuti allo Stato costiero su installazioni artificiali oltre il mare territoriale, ai sensi degli articoli 60 n. 2 e 80 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982⁴⁵. È di particolare interesse, ai nostri fini, considerare che il citato art. 60 n. 2 riconosce sulle installazioni artificiali in alto mare una giurisdizione esclusiva «in materia di leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari, di sicurezza e di immigrazione». Pertanto, se il nostro governo, anziché stipulare l'accordo con l'Albania, avesse costruito un'isola artificiale su cui trasferire i migranti, sarebbe certa, alla luce della decisione ora indicata, l'applicabilità della direttiva procedure, sebbene anche in tal caso la domanda di protezione non possa considerarsi presentata nel territorio nazionale, inteso in senso restrittivo e formale.

In conclusione, da quanto sin qui esposto risulta che, anche a voler ritenere che l'estensione alle Aree del diritto dell'Unione ne realizzi una applicazione extraterritoriale, quest'ultima può ritenersi ammissibile in quanto in tali Aree l'Albania ha limitato la propria sovranità, escludendo la presenza di propri organi e l'applicazione delle proprie leggi, mentre l'Italia si vede riconosciuta una giurisdizione esclusiva esercitata dai propri organi e sulla base delle proprie leggi.

L'interpretazione logico-sistematica è rafforzata dall'esigenza di salvaguardare l'effettività del diritto dell'Unione. Difatti, pur manifestando rispetto verso la Commissione e le sue preliminari conclusioni⁴⁶, non possiamo fare a meno di rilevare che la libertà riconosciuta agli Stati membri di sottrarsi unilateralmente all'osservanza degli obblighi dell'Unione nelle circostanze in esame ci richiama alla mente l'impossibile prodezza del barone di Münchhausen che riuscì ad emergere da una palude in cui era caduto sollevandosi dal suo codino. Non vi è da pensare, infatti, come sembra ritenere la Commissione, che gli obblighi dell'Unione sarebbero salvaguardati dall'applicazione della normativa italiana ad essi conforme. Come dimostriamo nei paragrafi seguenti, infatti, il sistema creato in base al Protocollo risulta di per sé in radicale e strutturale contrasto con atti del sistema europeo

⁴³ CGUE, sentenza del 17 gennaio 2012, C-347/10, *A. Saemink c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*.

⁴⁴ V. Part. 13, par. 2, lett. a) del regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

⁴⁵ V. ulteriori casi in R. SINHA, *European Union Law In Extraterritorial State Operations*, cit., p. 103 ss.

⁴⁶ Dichiarazione della Commissaria Ylva Johansson, cit.

comune di asilo. La posizione della Commissione consentirebbe quindi all'Italia l'impossibile impresa di sottrarsi a piacimento all'osservanza dei propri obblighi. Se si pensa che, controllando le proprie frontiere esterne, l'Italia controlla anche le frontiere europee e che i soggetti a cui venisse attribuita la protezione nelle Aree verrebbero trasferiti in Italia e circolerebbero nel territorio dell'Unione, si delinea un pregiudizio non trascurabile ed inammissibile all'armonizzazione delle procedure nel sistema europeo comune di asilo.

Ma c'è di più. Per comprendere la pericolosità del precedente che si viene a creare, immaginiamo che, una volta ottenuto il *fiat* dell'Unione per la realizzazione delle Aree a fini di controllo migratorio, l'Italia pensi di estendervi anche la propria giurisdizione in materia di controlli doganali; potrebbe davvero ritenersi, in tal caso, che, ad esempio, il regolamento 608/2013 – di applicazione territoriale perché limitato alle merci in entrata o in uscita dal territorio doganale dell'Unione⁴⁷ – non sarebbe applicabile alle merci scaricate nel porto di Shengjin e che, di conseguenza, la garanzia del rispetto dei diritti di proprietà intellettuale per tali merci sarebbe rimessa esclusivamente alla normativa italiana?

I pericoli da noi delineati dovevano essere ben presenti alla Commissione quando, come già visto, adottando una interpretazione diversa da quella attualmente sostenuta, nella causa C-6/04 propose ricorso per inadempimento contro il Regno Unito a tutela di *habitat* naturali e specie minacciate⁴⁸. Poiché non possiamo pensare che le sorti dei cetacei (sicuramente meritori di tutela) stiano a cuore alla Commissione più dei migranti, ci auguriamo che, *res melius perpensa*, essa pervenga a conclusioni differenti rispetto a quelle forse troppo precocemente manifestate.

In ogni caso, anche se non verrà presentato dalla Commissione un ricorso per inadempimento contro l'Italia, c'è sempre la possibilità che sia la magistratura a sollevare – com'è auspicabile – la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia per chiarire, una volta per tutte, la portata dell'applicazione territoriale delle direttive in materia migratoria e i limiti entro i quali può invocarsene una applicazione extraterritoriale.

6. Motivi di violazione del diritto UE: inapplicabilità della procedura di frontiera di cui alla direttiva 2013/32 ai soggetti intercettati in alto mare

La prima verifica di compatibilità con la direttiva procedure riguarda le categorie di persone da trasferire nelle Aree perché esse devono essere necessariamente ricomprese tra quelle ammissibili ai sensi dell'art. 43 direttiva procedure. Difatti, la procedura di frontiera deve considerarsi di natura speciale, di stretta interpretazione e applicabile ai soli casi di ammissibilità e di merito tassativamente indicati dall'art. 43, mediante rinvio agli articoli 31 n. 8 e 33 della stessa direttiva. La natura speciale deriva dall'artificiosa scissione tra rimanere

⁴⁷ V. regolamento (UE) n. 608/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 giugno 2013, art. 1.1, lett. b), relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali e che abroga il regolamento (CE) n. 1383/2003 del Consiglio.

⁴⁸ CGUE, *Commissione c. Regno Unito*, cit.

ed entrare nel territorio che ha carattere eccezionale rispetto alla regola generale in cui permanenza e ingresso coincidono. Inoltre, come precisato, la procedura in esame si accompagna regolarmente ad una privazione di libertà che, pur consentita, in linea di principio, dall'art. 8, par. 3, primo comma, lett. c) direttiva accoglienza, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia deve essere limitata strettamente ai casi e alle modalità previste dall'art. 43⁴⁹. Specialità e tassatività risultano, per di più, dal considerando 38 della direttiva procedure che ne limita l'applicazione a «circostanze ben definite», da identificarsi con i presupposti elencati nell'art. 43; tali caratteri sono infine riconosciuti, oltre che, come visto, dalla Corte di giustizia, anche dalla Commissione⁵⁰ e dal Parlamento europeo nella Relazione sull'attuazione dell'art. 43⁵¹.

Nel nostro ordinamento l'art. 28-*bis*, n. 2-*bis*, d.lgs. 25/2008, di attuazione della direttiva procedure – la cui applicazione nelle Aree è espressamente disposta – limita l'esame del merito nella procedura di frontiera ai casi del richiedente che abbia presentato domanda di protezione «dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli» (art. 28-*bis* n. 2, lett. b) o che provenga da un paese di origine sicuro, sempre che si trovi nella zona di frontiera perché, se sia già entrato nel territorio, gli andrà applicata semplicemente la procedura accelerata (art. 28-*bis* n. 2, lett. b-*bis* e lett. c).

Ora, l'ipotesi del soggetto intercettato dopo aver eluso i controlli di frontiera corrisponde sostanzialmente, pur nella differente formulazione letterale, al caso di chi, entrato illegalmente nel territorio, «senza un valido motivo non si è presentato alle autorità», previsto all'art. 31 n. 8, lett. h) direttiva procedure. Si tratta quindi di un presupposto della procedura di frontiera legittimamente contemplato, ma *ictu oculi* inapplicabile nel caso dei richiedenti che si trovano nelle Aree i quali vi sono stati trasportati coercitivamente dall'alto mare, senza aver avuto la possibilità di presentarsi spontaneamente alle autorità di frontiera o di eluderne i controlli⁵².

⁴⁹ In tal senso, v. CGUE, sentenza del 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione c. Ungheria*, punto 186.

⁵⁰ Cfr. l'Allegato alla proposta di modifica di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante «Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale» (rifusione), COM(2011) 319 definitivo, www.parlamento.it, ove, nel commento all'art. 31, p. 11, si legge: «l'elenco dei casi in cui l'esame può essere accelerato o effettuato alla frontiera rimane esaustivo».

⁵¹ Parlamento europeo, Relazione sull'attuazione dell'articolo 43 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, 20 gennaio 2021, A9-0005/2021, p. 4, europarl.europa.eu.

⁵² Tale interpretazione, da noi già avanzata in G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà nel Protocollo Italia-Albania in materia di migrazione*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2024, par. 6, è stata accolta nelle prime pronunce sull'applicazione del Protocollo: v., ad es., Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di diritti della persona e immigrazione, decreto n. 42251 R.G. 2024, del 18 ottobre 2024, punto 5, ecre.org.

L'altra ipotesi applicativa prevista, cioè il caso dei richiedenti provenienti da paese di origine sicuro, corrisponde all'art. 31, n. 8, lett. b) direttiva procedure e, sulla base di una lettura superficiale, può indurre la falsa impressione della sua applicabilità anche ai migranti trasportati nelle Aree. La procedura di frontiera, pur limitata solo a tali soggetti, potrebbe ancora risultare, in astratto, utilmente prevista. Senonché, l'interpretazione indicata risulta errata alla luce della definizione di procedura di frontiera sopra illustrata⁵³, nonché della lettera e della *ratio* degli artt. 43 e 31 n. 8 direttiva procedure letti congiuntamente. Ed invero, per aversi una procedura di frontiera, presupposto essenziale è che la domanda di protezione sia stata «ivi presentata» (art. 43). Le circostanze di fatto che integrano detto requisito sussistono nel caso di chi, dopo il volontario attraversamento illegale della frontiera, sia intercettato in prossimità di quest'ultima e presenti domanda di protezione: tale situazione è espressamente configurata nella lett. h) dell'art. 31 n. 8).

Un'ulteriore situazione fattuale presupposta dal requisito richiesto dal citato art. 43 è quella di chi si rechi volontariamente presso un valico di frontiera o in una zona di transito ed ivi presenti domanda di protezione alle autorità del luogo. Tali circostanze di fatto possono integrare gli estremi del requisito della presenza in frontiera e costituire presupposto di applicazione della relativa procedura solo per ognuna delle fattispecie previste nelle lettere diverse dalla lett. h). Nonostante l'infelice formulazione della norma possa indurre in errore, quindi, i casi di cui alle lett. a)-g) e i),j) rileveranno come presupposto applicativo della procedura non di per sé, ma solo quando il soggetto si presenti spontaneamente alle autorità di frontiera⁵⁴.

Esauriti i possibili casi di presenza in frontiera che sicuramente integrano le fattispecie di cui all'art. 31 n. 8, dobbiamo chiederci se le lettere diverse dalla lett. h) siano applicabili anche quando tale presenza sia indipendente dalla volontà del soggetto per esservi stato quest'ultimo condotto dalle autorità nazionali coercitivamente e al preciso scopo di svolgere una procedura di frontiera, come accade nel caso dei soggetti intercettati in alto mare e sbarcati nelle Aree albanesi. In considerazione della privazione di libertà che si accompagna alla procedura di frontiera, in particolare se svolta nelle Aree, la risposta non può che essere negativa. Difatti, l'intercettazione anteriore all'ingresso impedisce di sapere se lo straniero sarebbe effettivamente entrato nel territorio e, a maggior ragione, in quale località si sarebbe presentato spontaneamente o sarebbe stato intercettato. Si pensi proprio al caso del proveniente da paese di origine sicuro che, entrato irregolarmente, superi la zona di confine

⁵³ V. *supra*, par. 2.

⁵⁴ In estrema sintesi, le ipotesi previste alla Direttiva 2013/32/UE, cit., lett. a)-g) e i),j), oltre il caso del proveniente da paese di origine sicuro, sono quelle di chi prospetti fatti privi di pertinenza per l'attribuzione di protezione internazionale; induca in errore le autorità con documenti falsi o in altri modi; abbia distrutto documenti d'identità o di viaggio; presenti una domanda reiterata di protezione inammissibile; presenti domanda al solo scopo di ostacolare l'esecuzione di una decisione di allontanamento; rifiuti di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico; costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.

e si presenti alle autorità nel territorio: in tal caso, non potrebbe essergli applicata la procedura di frontiera. In un sistema imperniato sulla differenziazione tra zone di frontiera e non, la scelta delle autorità circa il luogo in cui far sbarcare i soggetti intercettati non può liberamente rivolgersi verso parti del territorio cui è collegato il regime meno favorevole per l'individuo. Diversamente, infatti, la privazione di libertà personale deriverebbe dalla scelta discrezionale delle autorità di far sbarcare le persone intercettate in una località anziché in un'altra. Si tratterebbe giuridicamente di un vero e proprio arbitrio in contrasto con qualsiasi norma – interna, internazionale ed europea – sulla libertà personale, dato che la funzione precipua di tali norme è proprio quella di tutelare gli individui rispetto all'arbitrio del potere pubblico.

Arriviamo quindi alla conclusione che i soggetti intercettati in alto mare da navi pubbliche non possono farsi rientrare attualmente nell'ambito di applicazione dell'art. 43 direttiva procedure e, conseguentemente, delle lettere a)-g) e i), j) dell'art. 31 n. 8 (oltre che, come già visto, della lett. h). Non essendo possibile una interpretazione estensiva o analogica delle suddette disposizioni, a tali soggetti, indistintamente e ancorché se ne accerti la provenienza da un paese di origine sicuro, non può essere applicata la procedura di frontiera⁵⁵. Nello stesso senso deve, ovviamente, essere interpretato l'art. 28-*bis* n. 2, lett. b-*bis* d. lgs. 25/2008, attuativo della direttiva procedure e applicabile nelle Aree.

Giova aggiungere, ad ulteriore conferma delle conclusioni cui siamo pervenuti, che, per assoggettare alla procedura di frontiera i soggetti sbarcati «a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso» il nuovo regolamento sulla procedura comune di protezione internazionale dell'Unione, che sostituirà la direttiva procedure, ha dovuto prevederlo espressamente⁵⁶. Ciò che più importa, tale previsione è stata resa possibile dalla modifica della nozione di procedura di frontiera: quest'ultima non è più definita in funzione del luogo in cui è presentata la domanda, bensì in base al luogo di svolgimento della procedura per l'esame di domande sganciate dal requisito della presentazione in frontiera⁵⁷. Si elimina in tal modo il rischio che l'applicazione della procedura in esame dipenda dall'arbitrio delle autorità circa il luogo di sbarco. Peraltro, poiché l'applicazione della procedura in questione alle persone oggetto di una operazione di ricerca e soccorso richiede che lo sbarco sia avvenuto «nel territorio di uno Stato membro», è esclusa l'operatività di sistemi

⁵⁵ In tal senso, prima del decreto Cutro, anche la circolare n. 8560 del 16 ottobre 2019 del Ministero dell'interno, www.asgi.it.

⁵⁶ Regolamento (UE) n. 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, art. 43, n. 1, lett. c).

⁵⁷ Si confronti la diversa formulazione della Direttiva procedure, cit., art. 43 – che ammette la procedura di frontiera per l'esame di una domanda «ivi presentata» da categorie di soggetti indicati nell'art. 31 n. 8 – rispetto all'art. 43 del regolamento 2024/1348, cit., per il quale uno Stato può «esaminare con procedura di frontiera la domanda fatta dal cittadino di paese terzo o dall'apolide che non soddisfa le condizioni d'ingresso nel territorio degli Stati membri previste all'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/399».

extraterritoriali sul modello del Protocollo. La nuova normativa non consente pertanto di confidare sul fatto che, a partire dal 12 giugno 2026, data di applicazione del regolamento citato, si potranno popolare le Aree albanesi con tale categoria di migranti.

L'intero sistema di esame di domande di protezione fondato sul Protocollo appare in conclusione un assurdo giuridico: in esso, infatti, è individuata un'unica categoria di migranti da condurre nelle Aree scegliendola però tra quelle che non sono assoggettabili all'unica procedura ammissibile nelle Aree stesse. È appena il caso di precisare che l'impossibilità giuridica di funzionamento del sistema non è suscettibile di essere intaccata dall'esito dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia effettuati dai giudici italiani relativamente alla definizione di paese di origine sicuro in occasione dei primi casi di applicazione del sistema del Protocollo⁵⁸. Ed invero, indipendentemente da tale esito, pur rilevante ad altri fini, le norme di attuazione del Protocollo devono essere disapplicate per le più ampie ragioni di contrasto con il diritto dell'Unione europea esposte nel presente paragrafo (oltre che per i motivi indicati nel paragrafo che segue)⁵⁹.

7. *Segue*: l'inammissibile qualificazione delle Aree di cui al Protocollo quali zone di frontiera ai sensi della direttiva 2013/32

La procedura di frontiera che si vorrebbe svolgere nelle Aree, oltre ad essere priva dei necessari requisiti soggettivi di applicazione, risulta anche sprovvista del suo presupposto spaziale. Occorre partire ancora una volta dalla considerazione che, come già visto⁶⁰, elemento essenziale della definizione dell'istituto, risultante dalla direttiva procedure e ribadita dalla Corte di giustizia, è la presentazione della domanda di protezione

⁵⁸ La giurisprudenza italiana, quindi, se da un lato ha escluso l'applicabilità ai soggetti intercettati in alto mare dell'art. 28-*bis* n. 2, lett. b) d.lgs. 25/2008 (corrispondente alla Direttiva procedure, cit., art. 31 n. 8 lett. h), dall'altro, con i numerosi rinvii pregiudiziali effettuati, ha implicitamente presupposto l'applicabilità nelle Aree della procedura di frontiera ai soggetti provenienti da paese di origine sicuro, prescindendo dalla circostanza che essi siano stati intercettati in alto mare. Per una dettagliata illustrazione dei rinvii presentati, v. P. IANNUCELLI, "Paesi d'origine sicuri": la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, p. 183 ss. I rinvii introdotti dal tribunale di Roma con due ordinanze depositate il 4 e 5 novembre nelle cause C-758/24, *Alace*, eurojusitalia.eu, e C-759/24 *Canpelli*, curia.europa.eu, sono stati riuniti e sono sottoposti a decisione con procedura di urgenza: v. Presidente della CGUE, ordinanza del 29 novembre 2024, cause riunite C-758/24 [*Alace*] e C-759/24 [*Canpelli*], *LC* (C-758/24) e *CP* (C-759/24) c. *Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma – sezione procedure alla frontiera II*.

⁵⁹ Il potere/dovere di disapplicazione direttamente attribuito in capo ai giudici nazionali è un dato incontestabile, nonostante alcune recenti, inaspettate e sorprendenti affermazioni di origine governativa espresse proprio in materia migratoria: v., ad esempio, le dichiarazioni del sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, Mantovano, per le quali «non può esistere una verifica diffusa della conformità delle leggi alla normativa europea», riportate, tra gli altri, dal quotidiano *Il Dubbio* del 14 ottobre 2023, www.ildubbio.news. Il primato del diritto dell'Unione europea è stato riaffermato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 19 novembre 2024, n. 181 su cui v. P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea (e l'autonomia dei giudici)*, in *Eurojus*, 2024, p. 174 ss.

⁶⁰ V. *supra*, par. 2.

internazionale in una zona di frontiera. La direttiva rimette alla discrezionalità e libertà degli Stati la determinazione di tali zone, senza fissare requisiti stringenti. Tuttavia, l'interpretazione che si è ritenuto di poter dare di tale libertà trascende i limiti dell'ammissibile.

La zona di frontiera – lo abbiamo visto – è fondata su una finzione, ma un conto è fingere che una fascia spaziale più o meno ampia, a ridosso del confine e in continuità con esso, non sia ancora territorio interno, ai fini dell'autorizzazione all'ingresso degli stranieri, altro è inventarsi che il territorio di uno Stato terzo, neppure contiguo alle frontiere italiane e collocato a centinaia di chilometri da esse, possa considerarsi una zona di frontiera italiana. Lo sforzo di fantasia è arduo, ma proibito dalla disciplina applicabile.

Infatti, sebbene non venga data una definizione della zona di frontiera, l'art. 43 direttiva procedure impone molto chiaramente che quest'ultima si trovi nelle immediate vicinanze del confine perché sia legittimo svolgervi le procedure di frontiera. Dispone infatti l'art. 43 n. 3 che, in caso di arrivi in massa di migranti che rendano difficile trattenerli tutti nella zona di confine, la procedura di frontiera potrà essere svolta eccezionalmente anche nelle zone ove i migranti vengono trasferiti, purché però queste si trovino «nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito». Se la zona, diversa rispetto a quella di frontiera, in cui lo Stato è autorizzato a svolgere la procedura in esame a titolo del tutto eccezionale deve collocarsi «nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito», a maggior ragione l'ordinaria zona di frontiera dovrà distaccarsi di pochissimo dal confine, inoltrandosi verso l'interno del territorio nazionale per qualche centinaio di metri o qualche chilometro al massimo. L'istituzione di una zona di frontiera in Albania costituisce quindi violazione della direttiva procedure.

È utile aggiungere che l'illegittimità di simili proclamazioni sarà ancora più chiara con l'entrata in vigore del nuovo regolamento sulla procedura comune di protezione internazionale dell'Unione che limita espressamente al territorio dello Stato membro la facoltà di individuare zone di frontiera. Dispone infatti l'art. 54, dedicato specificamente alla definizione dei luoghi deputati allo svolgimento della procedura di frontiera, che essi devono trovarsi «alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito, o in altri luoghi designati sul proprio territorio»⁶¹. È previsto, inoltre, un controllo della Commissione a cui deve essere comunicata l'individuazione di tali luoghi ed ogni successiva modifica di essi.

In conclusione, poiché le Aree non sono zone di frontiera ai sensi della direttiva procedure, in esse non può svolgersi la procedura di frontiera disciplinata da detta direttiva e dal decreto italiano di attuazione, espressamente richiamato nel Protocollo. Se, nonostante tutto, si procedesse all'applicazione della normativa illegittima, dato il carattere completo, incondizionato e tassativo dell'art. 43 quanto ai presupposti della procedura, in sede di

⁶¹ Regolamento (UE) n. 2024/1348, cit.

richiesta di convalida del trattenimento, va disposto il trasferimento in Italia dei richiedenti protezione e l'assoggettamento ad altra procedura, non in stato di trattenimento.

La nostra indagine si è limitata ad una valutazione complessiva, in astratto e di struttura, del nuovo congegno di controllo migratorio, prescindendo dall'esame delle specifiche e molteplici problematiche applicative che anch'esse sollevano numerose questioni di legittimità⁶², ma che, a parer nostro, vengono assorbite dalla insostenibilità delle premesse. Quello che è stato annunciato come un accordo di portata storica e un modello per l'Europa, in conclusione, non è una costruzione razionale che definisce ed inquadra i problemi con rigorosa e geometrica precisione, alla maniera di un'opera di Mondrian. Esso ci appare, piuttosto, come una di quelle costruzioni impossibili di Escher, apparentemente di perfetta complessità, ma che poi si scopre essere il frutto di illusioni ed inganni di prospettiva, con scale che non portano da nessuna parte e pavimenti che non potrebbero mai reggere nulla. L'auspicio è che non si insista nell'applicazione del meccanismo esaminato per evitare che esso si trasformi in una novella rappresentazione della *Zattera della Medusa* di Géricault, cioè in un totale naufragio, con considerevole spreco di pubblico danaro, affollamento di tribunali nazionali, internazionali e sovranazionali e spregio della vita di povere persone.

⁶² V., su tali problematiche, i numerosi scritti indicati *supra*, nota 2.

Un peccato originale? Vecchi e nuovi profili di (in)compatibilità del Protocollo Italia-Albania con il diritto dell'Unione europea

GIADA GRATTAROLA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La compatibilità del Protocollo con la c.d. direttiva procedure. – 2.1. La portata territoriale del sistema europeo comune di asilo... – 2.2. ... e l'extraterritorialità delle strutture previste dal Protocollo Italia-Albania. – 3. I recenti sviluppi normativi in materia di rimpatri: quali profili di interazione con la direttiva 2008/115/CE? – 4. La legittimità della conclusione del Protocollo alla luce dell'art. 3, par. 2, TFUE. – 5. Rilievi conclusivi.

ABSTRACT: Il Protocollo Italia-Albania istituisce un regime di cooperazione in materia migratoria fortemente innovativo, il cui tratto qualificante si sostanzia nell'attribuzione allo Stato italiano del diritto di utilizzare due aree, collocate in territorio albanese, per condurre *in loco* le procedure di riconoscimento della protezione internazionale, ovvero di rimpatrio, nei confronti di talune categorie di migranti. Fino ad ora, la Commissione europea ha sostenuto che la conclusione e l'applicazione di tale accordo non si pongano in contrasto con il diritto dell'Unione, stante la (supposta) operatività nei Centri albanesi della pertinente disciplina italiana, nonché sovranazionale. Eppure, la ratifica e l'attuazione del Protocollo paiono comunque sollevare, sotto più aspetti, delicate questioni di compatibilità con tale *corpus* normativo. Il presente lavoro intende pertanto indagare i profili di interazione sussistenti tra l'accordo in parola, da un lato, e le c.d. direttive procedure e rimpatri, dall'altro. In secondo luogo, il contributo si propone di verificare la legittimità della conclusione del Protocollo alla luce dell'art. 3, par. 2, TFUE.

PAROLE CHIAVE: Protocollo Italia-Albania – diritto dell'Unione europea – direttiva procedure – direttiva rimpatri – competenza a stipulare – diritti umani

* Ricercatrice *junior* (RTDa) di diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Pavia, giada.grattarola@unipv.it.

1. Introduzione

Come ormai noto, il 6 novembre 2023 è stato firmato, a Roma, il Protocollo tra Italia ed Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria¹. In particolare, tale accordo riconosce il diritto dello Stato italiano di utilizzare due aree demaniali, di proprietà dello Stato albanese e site nel relativo territorio nazionale, al fine di costruire delle strutture destinate alla gestione dei migranti, i quali verrebbero ivi trattenuti, nei limiti temporali posti dalla legge italiana, nelle more dell'esame delle domande di protezione internazionale dagli stessi presentate, nonché durante le procedure di rimpatrio, eseguite in caso di insussistenza dei requisiti soggettivi richiesti ai fini del soggiorno nel territorio italiano.

Benché fosse intenzione iniziale del Governo non presentare il Protocollo al Parlamento (in aperto contrasto, come sottolineato in dottrina², con quanto disposto dall'art. 80 Cost.), il 18 dicembre 2023 è stato nondimeno incardinato, presso la Camera dei Deputati, il disegno di legge governativo recante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione dell'accordo in discorso³, il cui *iter* parlamentare di approvazione ha condotto, con discreta celerità, alla promulgazione della l. 21 febbraio 2024 n. 14⁴. In forza dell'art. 2

¹ Ad oggi (il presente contributo è aggiornato a giugno 2025), diversi commenti al Protocollo Italia-Albania sono già stati avanzati in dottrina. Tra questi, v. in particolare A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, in *SIDIBlog*, 9 novembre 2023; A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU Asylum Law*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2023; E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, in *Questione Giustizia*, 28 novembre 2023; M. SAVINO, F. V. VIRZI, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog*, novembre 2023; F. TAMMONE, *Brevi considerazioni a margine del Protocollo d'intesa tra Italia ed Albania in materia di migrazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2023, p. 239 ss.; L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema Penale*, 28 dicembre 2023; E. CELORIA, A. DE LEO, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2024, p. 1 ss.; C. SICCARDI, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: problematiche costituzionali*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2024, p. 112 ss.; G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà nel Protocollo Italia-Albania in materia di migrazione*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2024; A. DEL GUERCIO, *Lasciate ogni speranza, o voi che... sperate di entrare. Osservazioni a margine dell'intesa Italia-Albania*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2024, p. 537 ss.; D. VESHI, E. KOKA, K. HAXHIA, *Comments on the Albanian Constitutional Court V2-24: Is the Italy-Albanian Protocol Regarding Irregular Migration Constitutional?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, p. 305 ss.; A. SACCUCCI, *Il Protocollo Italia-Albania sulla «dislocazione» extraterritoriale dei migranti*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2024, p. 635 ss.; M. M. BARTIROMO, *Il Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: un'indagine sul diritto applicabile nelle aree concesse dall'Albania e sullo status dei migranti ivi trasferiti*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 3/2024, p. 100 ss.; S. MONTALDO, *Not in my backyard! Outsourcing EU Asylum Procedures to Third Countries: A Challenge for the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2025, p. 327 ss.

² Sul punto, v. in particolare A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, cit.

³ A. C. n. 1620, d.d.l. recante "Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno".

⁴ L. 21 febbraio 2024, n. 14, recante "Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della

di tale atto normativo, le disposizioni del Protocollo risultano così recepite nell'ordinamento interno – e ciò, secondo la Relazione illustrativa al relativo progetto di legge, «con un rango che, in virtù dell'articolo 117 della Costituzione, è sovraordinato alla legge ordinaria»⁵.

Oltre all'autorizzazione alla ratifica ed all'ordine di esecuzione, la legge qui in parola contiene altresì, agli artt. 3-6, diverse disposizioni attuative, volte a garantire la corretta applicazione del Protocollo. Proprio tali previsioni sono state oggetto di alcuni successivi interventi di modifica da parte del legislatore italiano, il quale ha così adeguato, a talune esigenze sopravvenute, l'impianto normativo di attuazione delle disposizioni convenzionali. Tra questi interventi, si segnala soprattutto il d.l. 28 marzo 2025 n. 37⁶, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2025 n.75⁷, il quale, come meglio si dirà di seguito⁸, ha

collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno”.

⁵ La menzionata Relazione illustrativa è rinvenibile nel medesimo atto recante l'articolato del disegno di legge presentato alle Camere (A.C. n. 1620, dettagliato *supra*, alla nota 3). A fronte dell'affermazione, riportata nel testo, che attribuisce alle disposizioni del Protocollo un rango gerarchicamente sovraordinato rispetto alla legge ordinaria nel sistema interno delle fonti, ci si limita a rilevare come tale conclusione non pare trovare unanime supporto né in dottrina, né in giurisprudenza. In effetti, la posizione interpretativa di cui alla Relazione illustrativa poggia concettualmente sul dettato dell'art. 117 Cost., come modificato nel 2001, che infatti impone alla legislazione statale (nonché a quella regionale) il rispetto dei vincoli derivanti «dagli obblighi internazionali». Ora, nella celebre sentenza del 22 ottobre 2007, n. 348, la Corte costituzionale ha interpretato tale disposizione con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: in detta occasione, si è effettivamente sottolineato come le previsioni convenzionali operino alla stregua di 'norme interposte', le quali sarebbero così di «rango subordinato alla Costituzione, ma *intermedio tra questa e la legge ordinaria*» (corsivo aggiunto). In questi termini, v. il punto 4.5 della motivazione in diritto della menzionata sentenza). Da tale affermazione potrebbe pertanto dedursi la sovra-ordinazione gerarchica degli obblighi internazionali rispetto alla legge ordinaria. Eppure, anche a voler applicare le descritte conclusioni interpretative pure ai trattati concernenti materie diverse rispetto alla protezione dei diritti umani (possibilità, quest'ultima, considerata criticamente da parte della dottrina), la citata giurisprudenza costituzionale non pare necessariamente confermare il carattere gerarchicamente sovraordinato delle norme pattizie nel sistema interno delle fonti. Si è infatti rilevato in letteratura come, ai sensi delle ripercorse conclusioni giurisprudenziali, l'art. 117 Cost. si limiti a stabilire un collegamento *funzionale* con le disposizioni convenzionali, recependone così il contenuto, senza invece andare necessariamente ad incidere sulla loro collocazione nella gerarchia delle fonti. Del resto, tale posizione pare riflessa nella stessa giurisprudenza costituzionale, nel cui quadro si è infatti affermato che l'integrazione del parametro «rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. *non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica* delle norme CEDU - in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte - rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione» (corsivo aggiunto). Così, Corte cost., sentenza del 30 novembre 2009, n. 317, punto 7 della motivazione in diritto). A tal riguardo, v. in particolare N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 373 ss.

⁶ D.l. 28 marzo 2025, n. 37, recante “Disposizioni urgenti per il contrasto dell'immigrazione irregolare”.

⁷ L. 23 maggio 2025, n. 75, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2025, n. 37, recante disposizioni urgenti per il contrasto dell'immigrazione irregolare”.

⁸ V. soprattutto *infra*, par. 3 del presente lavoro.

rimodellato in senso estensivo l'ambito di applicazione, *ratione personarum*, del Protocollo⁹, al fine di ricomprendervi anche le persone, già presenti sul territorio italiano, destinatarie di una decisione di espulsione e di un conseguente provvedimento di trattenimento¹⁰. Tale modifica intende così ovviare alle riscontrate difficoltà di funzionamento dei Centri albanesi, avendo i giudici competenti generalmente ritenuto priva di idoneo titolo giustificativo la permanenza, in queste strutture, dell'unica categoria di migranti fino ad allora ammessavi all'interno¹¹.

Ora, come emerge anche da tali ultimi rilievi, sebbene la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del Protocollo presenti essenzialmente carattere unilaterale, questa ricomprende nondimeno previsioni, volte a garantire l'attuazione dell'accordo, che gettano una certa luce interpretativa su diversi profili della disciplina convenzionale, riflettendo in particolare l'intendimento dell'Esecutivo rispetto a taluni obblighi e prerogative dello Stato italiano. Peraltro, pure la Relazione illustrativa che ne accompagnava il disegno di legge

⁹ Sebbene il Protocollo non ponga limitazioni in merito alle categorie di migranti che possono essere condotte nei Centri situati in territorio albanese, in prima battuta la legge italiana di ratifica ed esecuzione dell'accordo aveva circoscritto (unilateralmente) la portata soggettiva di applicazione del testo convenzionale, sancendo, all'art. 3, co. 2, che le strutture ivi previste potevano accogliere «esclusivamente persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea, anche a seguito di operazioni di soccorso» (sul punto, v. altresì *infra*, par. 2 del presente lavoro). Stante l'ampiezza della pertinente disciplina convenzionale, ancor prima dell'entrata in vigore del menzionato d.l. 28 marzo 2025, n. 37, intervenuto in senso estensivo sull'ambito di applicazione del Protocollo, si sottolineava in dottrina come le limitazioni introdotte a tal riguardo dal legislatore italiano non fossero da ritenersi necessariamente irreversibili. In questo senso, A. SACCUCCI, *Il Protocollo Italia-Albania*, cit., p. 644.

¹⁰ Così, art. 1, co. 1, lett. a) del menzionato d.l. 28 marzo 2025, n. 37.

¹¹ Ai sensi dell'art. 4, co. 3, del Protocollo, l'ingresso e la permanenza dei migranti nei Centri albanesi risultano consentiti «al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea (...)». Avendo riguardo alle uniche persone inizialmente ammesse in tali strutture (ovverosia, come si è già anticipato alla nota 9 del presente lavoro, i migranti, presumibilmente in bisogno di protezione internazionale, imbarcati al di fuori del mare territoriale dell'Italia o di altri Stati membri dell'Unione), i giudici competenti per la convalida del trattenimento in territorio albanese hanno così verificato, innanzitutto, la sussistenza dei requisiti richiesti al fine di applicare la procedura di frontiera – che sola consente, ai sensi del testo convenzionale, la permanenza degli asilanti nei Centri durante l'esame della loro domanda di protezione. Sulla scorta della disciplina allora vigente (le modifiche procedurali recentemente introdotte sono accennate *infra*, alla nota 17), tali presupposti sono stati generalmente ritenuti insussistenti nelle situazioni di specie, con conseguente accertamento dell'assenza, per i migranti trattenuti, di idoneo titolo di permanenza nelle strutture albanesi. In particolare, a fronte della possibilità di applicare la procedura di frontiera nel caso, sostanzialmente esclusivo, di domande di protezione internazionale presentate da richiedenti, tradotti in Albania, provenienti da un Paese d'origine considerato come 'sicuro', i giudici competenti hanno reputato preclusa tale designazione, se riferita ad uno Stato in cui alcune categorie di persone risultano comunque esposte ad un rischio di persecuzione. Tale posizione interpretativa è stata altresì applicata nell'ambito dei procedimenti di impugnazione promossi avverso i provvedimenti di diniego della protezione internazionale adottati dalla competente Commissione territoriale. Sul punto, v. in particolare C. SICCARDI, *Le procedure Paesi sicuri e il Protocollo Italia-Albania alla luce della più recente giurisprudenza: profili di diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2025, p. 1 ss.

contiene precisazioni circa la portata del Protocollo, così spiegando anch'essa, nei limiti della sua origine *one-sided*, una qualche valenza interpretativa¹².

L'intervento che segue si propone pertanto di saggiare la compatibilità del Protocollo Italia-Albania, come inteso alla luce di tali ulteriori elementi interpretativi, con il diritto dell'Unione europea, così da appurare se quest'ultimo ne precluda, in tutto o in parte, l'operatività. In particolare, si intende innanzitutto verificare se l'applicazione di siffatto accordo si ponga in contrasto con specifiche disposizioni del sistema europeo comune di asilo (segnatamente, con l'art. 9 della direttiva 2013/32/UE, c.d. direttiva procedure¹³), ovvero, sulla scorta delle recenti modifiche normative che hanno interessato la legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo, con la disciplina sovranazionale applicabile in materia di rimpatri. Da ultimo, ci si propone di indagare se l'accordo in discorso, intervenendo in un settore materiale già regolato da norme comuni, ricada nella preclusione di cui all'art. 3, par. 2, TFUE, che individua le ipotesi di competenza esterna esclusiva dell'Unione. Nel corso del presente lavoro non saranno invece presi in considerazione ulteriori profili 'problematici' (come l'applicazione esclusiva, nei Centri albanesi, della procedura accelerata di frontiera ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale), già fatti oggetto di ampia disamina in dottrina¹⁴.

2. La compatibilità del Protocollo con la c.d. direttiva procedure

Come anticipato, l'applicazione del Protocollo pone innanzitutto la questione del rispetto dell'art. 9 della c.d. direttiva procedure, il cui dispositivo riconosce, con limitatissime eccezioni, il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro in cui ha presentato domanda di protezione fino a che su questa non sia stata adottata una decisione in primo grado. In effetti, il trasferimento in territorio albanese, da parte delle autorità italiane, di migranti che abbiano *già* manifestato la loro intenzione di richiedere la protezione internazionale¹⁵ pare idoneo, in principio, ad incidere sul descritto diritto soggettivo,

¹² Indaga la generale sussumibilità di atti interni assimilabili a quelli menzionati nel testo nella categoria dei mezzi supplementari di interpretazione di cui all'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati V. PRISLAN, *Domestic Explanatory Documents and Treaty Interpretation*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 923 ss.

¹³ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

¹⁴ Sul punto, v. in particolare G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà*, cit. Del pari, il lavoro non tratterà delle criticità dell'attuale configurazione giuridica della procedura accelerata di frontiera, la quale, come si dirà cursoriamente *infra* alla nota 17, è stata recentemente rimodellata dal legislatore nazionale nei suoi presupposti applicativi.

¹⁵ La direttiva procedure trova applicazione con riferimento alle richieste di protezione internazionale avanzate alle autorità nazionali, quand'anche le stesse non siano state ancora formalizzate secondo le modalità prescritte a tal fine. Questa conclusione interpretativa risulta corroborata dall'analisi del testo inglese della direttiva, che opportunamente distingue tra la mera manifestazione della volontà di richiedere protezione (*resa con l'espressione inglese 'make an application'*) e la formalizzazione di tale domanda (a cui si riferisce la locuzione *'lodge an application'*). Ora, nel determinare l'ambito di

risultando in tal caso precluso in forza degli obblighi sovranazionali incombenti in capo allo Stato italiano¹⁶.

2.1. La portata territoriale del sistema europeo comune di asilo...

Sotto questo profilo, si può innanzitutto richiamare come, il 15 novembre 2023, l'allora Commissaria europea agli affari interni, Ylva Johansson, abbia sommariamente anticipato che, all'esito dell'esame preliminare condotto dal servizio giuridico della stessa Commissione, il Protocollo Italia-Albania risulterebbe *non* porsi in contrasto con il diritto dell'Unione, collocandosi al di fuori del relativo campo di applicazione. Tale conclusione è stata maggiormente argomentata il giorno successivo da Eric Mamer ed Anitta Hipper, rispettivamente Portavoce capo e Portavoce per gli affari interni e la migrazione della Commissione: partendo infatti dal presupposto (invero non suffragato *expressis verbis* dal testo dell'accordo) che il Protocollo concerna i soli migranti tratti su imbarcazioni italiane al di fuori delle acque territoriali dello Stato, se ne è così derivata la conseguenza che lo stesso riguarda situazioni che esulano dal campo di applicazione dell'*acquis* dell'Unione in materia di asilo, stante la portata oggettiva di tale *corpus* normativo.

Il presupposto interpretativo da cui muove il servizio giuridico della Commissione trova effettivamente riscontro nell'art. 3, co. 2, della legge di ratifica ed esecuzione dell'accordo in discorso, il cui testo infatti precisa che nelle strutture site in territorio albanese potranno essere condotti i migranti imbarcati dalle autorità italiane all'esterno del mare territoriale della Repubblica (e degli altri Stati membri dell'Unione). L'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del Protocollo, recentemente operata con il già menzionato d.l. 28 marzo 2025 n. 37, non inciderebbe, del resto, su questo aspetto, limitandosi ad autorizzare il trasferimento in tali strutture *anche* di cittadini stranieri, già presenti sul territorio italiano, nei cui confronti penda una procedura di espulsione, e che siano conseguentemente destinatari di un provvedimento di trattenimento¹⁷.

applicazione della direttiva in parola, l'art. 3, par. 1, di tale strumento normativo fa proprio riferimento alle «applications for international protection *made in the territory*» (corsivo aggiunto), rendendo così evidente l'operatività di tale direttiva fin dalla mera comunicazione, da parte di un migrante, della propria volontà di presentare domanda di protezione internazionale. In tal senso, v. CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, C-36/20 PPU, *VL e Ministero Fiscal*, punti 84 – 94.

¹⁶ A tal riguardo, v. anche A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol*, cit., nonché E. CELORIA, A. DE LEO, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione europea*, cit.

¹⁷ Si sottolinea che, sebbene il d.l. 28 marzo 2025 n. 37 si limiti a consentire il trasferimento nei Centri albanesi di rimpatriandi già presenti sul territorio italiano (senza invece menzionare i richiedenti protezione internazionale, i quali parrebbero così, a prima vista, poter giungere in Albania solo a seguito delle operazioni di imbarco svolte in alto mare dalle autorità italiane), la legge di conversione di tale decreto-legge determina nondimeno un'estensione del novero degli asilanti ammessi a soggiornare in tali strutture. In effetti, un migrante, destinatario di un provvedimento di espulsione, ben potrebbe presentare domanda di protezione internazionale nelle more della procedura di rimpatrio (nel caso di specie, nei Centri in Albania), mutando così la propria condizione giuridica. A questo riguardo, la legge di conversione del d.l. 28 marzo 2025 n. 37 precisa innanzitutto che i migranti

Ora, la posizione sostenuta dalla Commissione si caratterizza senz'altro per intendere in termini piuttosto stringenti la portata, *ratione loci*, del sistema europeo comune di asilo – nonché, più nello specifico, della direttiva procedure. In effetti, similmente a quanto sancito da altri strumenti, di diritto derivato, che compongono il *corpus* normativo applicabile in materia di asilo (in particolare, la direttiva 2013/33/UE, c.d. direttiva accoglienza¹⁸, nonché il regolamento (UE) n. 2013/604, c.d. regolamento Dublino III¹⁹), l'ambito di applicazione della menzionata direttiva procedure ricomprende, ai sensi del suo art. 3, par. 1, le sole domande di protezione internazionale presentate nel *territorio* degli Stati membri²⁰. In tale

trasferiti potranno essere comunque trattenuti nelle strutture di cui al Protocollo qualora vi siano fondati motivi di ritenere che la domanda di protezione sia stata da loro presentata al solo scopo di ostacolare lo svolgimento delle operazioni di rimpatrio, ovvero, in subordine, nel caso in cui sussistano le ulteriori condizioni, legittimanti la reclusione del richiedente protezione internazionale, di cui all'art. 6, co. 2, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142. Tale precisazione pare essere stata inserita, in particolare, in risposta a taluni decreti di mancata convalida del trattenimento di migranti, già destinatari di una decisione di rimpatrio, i quali, una volta trasferiti nei Centri albanesi, avevano ivi presentato una richiesta di protezione (così, ad esempio, Corte App. Roma, sez. famiglia, persona, minori ed immigrazione, R. G. n. 2025/2208, decreto del 19 aprile 2025). D'altro canto, la legge di conversione del d.l. 28 marzo 2025 n. 37 pare confermare la descritta estensione del novero dei richiedenti ammessi nelle strutture albanesi pure sotto un secondo profilo, avendo tale atto normativo ampliato anche l'ambito di applicazione della procedura accelerata di frontiera (ovverosia, dell'unico *iter* procedurale che, come si è sottolineato *supra*, consente la permanenza dei migranti nei Centri durante l'esame delle loro domande di protezione). Se, infatti, prima dell'entrata in vigore della legge di conversione, tale procedura risultava applicabile solo in circostanze particolari (in buona sostanza, per quanto riguarda specificamente la situazione dei migranti tradotti in Albania, in caso di presentazione della domanda di protezione da parte di richiedenti direttamente provenienti da un Paese d'origine 'sicuro'), ad oggi la portata applicativa di tale *iter* procedurale si estende (non senza profili problematici) fino a ricomprendere l'esame delle domande di protezione presentate, alla frontiera, in tutte le ipotesi elencate all'art. 28-*bis*, co. 1 e 2, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25. Così, la procedura di frontiera risulterebbe applicabile anche all'esame delle richieste di protezione eventualmente presentate dai rimpatriandi trasferiti dall'Italia (nonché, in verità, pure alle domande avanzate da ulteriori categorie di asilanti, imbarcati dalle autorità italiane in alto mare, le cui condizioni personali non rispettavano le stringenti limitazioni imposte dalla disciplina previgente ai fini dell'applicazione di tale *iter* procedurale, ma che tuttavia risultano oggi ricomprese nelle ipotesi elencate ai commi 1 e 2 del menzionato art. 28-*bis*).

¹⁸ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

¹⁹ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

²⁰ Più precisamente, l'art. 3, par. 1, della direttiva procedure sancisce l'applicabilità di tale strumento normativo rispetto «a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri (...)». Nel medesimo senso si collocano anche, come accennato nel testo, l'art. 3, par. 1, della direttiva accoglienza, che ne afferma l'operatività rispetto «a tutti i cittadini di paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti (...)»; nonché l'art. 3, par. 1, del regolamento Dublino III, che del pari delimita l'applicazione territoriale di tale strumento normativo sancendo che «[g]li Stati

contesto normativo, la nozione di ‘territorio’ è dunque intesa dalla Commissione in senso piuttosto restrittivo: essa includerebbe, infatti, il solo spazio territoriale fisicamente racchiuso nei confini nazionali, e non sarebbe invece comprensiva di aree, quali le navi battenti bandiera dello Stato di nazionalità, tradizionalmente soggette alla *fiction iuris* dell’extraterritorialità reale. Questa lettura del resto non sorprende, poiché, dopo aver pur sostenuto l’espresa ricomprensione delle acque territoriali nell’ambito di applicazione di taluni degli strumenti normativi sopra richiamati, inclusa la direttiva procedure²¹, la Commissione ha invero ritenuto, in un documento del 2018 relativo alla possibile creazione di piattaforme regionali di sbarco intra ed extra UE, che le persone tratte in salvo in acque internazionali da imbarcazioni europee, quand’anche militari, «would not acquire the right to access the asylum procedure in an EU Member State»²², situandosi all’esterno del territorio degli Stati di bandiera.

Tale soluzione interpretativa non pare essere, però, unanimemente condivisa: in effetti, esprimendo le proprie considerazioni sempre con riferimento all’eventuale istituzione di piattaforme regionali di sbarco dei migranti, il servizio giuridico del Parlamento europeo ha concluso, pur condividendo in termini generali la posizione interpretativa della Commissione circa la portata territoriale del diritto dell’Unione in materia di asilo, che le «warships» (qui da intendersi, se ben si è compreso il testo, come «navi militari», e non come

membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito». D’altra parte, la direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche) è l’unico atto normativo afferente al sistema europeo comune di asilo a non recare, *expressis verbis*, una chiara delimitazione territoriale del proprio campo di applicazione. Non è chiaro il significato da attribuire, a tal proposito, al silenzio del legislatore europeo. Se parte della dottrina ne deduce la portata anche extraterritoriale dell’atto in parola (in tal senso, v. E. CELORIA, A. DE LEO, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell’Unione europea*, cit., p. 19), altra parte della dottrina, sulla scorta di un’interpretazione sistematica, allinea l’ambito di applicazione della direttiva qualifiche a quello proprio degli altri strumenti normativi, di diritto dell’Unione, rilevanti in materia di asilo (sul punto, v. in particolare le considerazioni di M. DEN HEIJER, *Europe and extraterritorial asylum*, Leiden, 2011, p. 215. In senso che pare adesivo, R. SINHA, *European Union Law in Extraterritorial State Operations: Examining Juxtaposed Border Controls After Brexit*, in F. CASOLARI, M. GATTI (eds.), *The Application of EU Law Beyond Its Borders*, L’Aia, 2022, p. 91 ss., p. 97).

²¹ V. in particolare la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, COM(2009) 554 final, p. 24.

²² Così, Commissione europea, *The legal and practical feasibility of disembarkation options. Follow-up to the informal working meeting of 24 June 2018*, p. 3.

«navi da guerra»²³) equivalgano in alto mare a porzioni di territorio dello Stato di cui battono bandiera – e cioè, specificamente ai sensi e per gli effetti della direttiva procedure²⁴.

Nel silenzio, sul punto, di tale strumento normativo (che pur accoglie, come si vedrà *infra*²⁵, una nozione restrittiva di ‘territorio’, avendo però riguardo non alle imbarcazioni, bensì alle rappresentanze diplomatico-consolari di Stati membri dell’Unione situate in un Paese terzo), ed in mancanza di una pronuncia da parte della Corte di giustizia in merito all’applicabilità della direttiva procedure alle navi battenti bandiera di uno Stato membro²⁶, si può forse far ricorso, a titolo di ausilio interpretativo, al diritto internazionale consuetudinario, al fine di verificare se, in forza di una regola di portata generale, il territorio di uno Stato debba ritenersi comprensivo delle navi di bandiera. A tal riguardo, sebbene nel

²³ La nozione di «nave da guerra» poggia, ai sensi dell’art. 29 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, su particolari elementi distintivi, che ne impediscono l’automatica assimilazione alle navi militari. Tra questi requisiti, si può ad esempio citare il fatto che l’imbarcazione debba necessariamente essere posta sotto il comando di un ufficiale al servizio dello Stato di bandiera (per un’applicazione dirimente di tale criterio, la cui mancanza ha determinato l’impossibilità di ritenere sussistenti i reati di «resistenza e violenza contro nave da guerra» contestati a Carola Rackete, v. Cass. pen, sez. III, sentenza del 16 gennaio 2020, n. 6626). Posto che tali elementi distintivi non paiono rivestire particolare peso nell’ambito dell’argomentazione svolta dal servizio giuridico del Parlamento (la quale si incentra piuttosto, come si dirà *infra* nel testo, sulla valorizzazione della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera su tali imbarcazioni), pare possibile interpretare le conclusioni raggiunte in detta sede come riferite alla più ampia categoria delle navi militari.

²⁴ In tal senso, v. servizio giuridico del Parlamento europeo, *Legal Opinion* del 9 novembre 2018, SJ-0601/18, specialmente par. 52, in cui si afferma che «[i]n principle, the jurisdiction of a State is mainly territorial and it is only in exceptional circumstances that a State is considered to exert jurisdiction outside its territory. Consequently, *except in the cases of warships*, vessels flying the flag of a European Union Member State cannot be considered as a part of the territory of this Member State for the scope and the purpose of Directive 2013/32/EU» (corsivo aggiunto). Si consideri che, nel paragrafo immediatamente precedente a quello citato, il vocabolo «warships» è utilizzato con riferimento alle tre navi italiane coinvolte nelle operazioni di intercettazione e di allontanamento forzato infine oggetto del caso *Hirsi*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*). Le navi militari in questione (segnatamente, della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana) svolgono ordinariamente un ruolo di primo piano nelle operazioni marittime di contrasto all’immigrazione irregolare, ovvero di ricerca e soccorso.

²⁵ V. di seguito, par. 2.2 del presente lavoro.

²⁶ Una possibile indicazione circa la portata territoriale della direttiva procedure potrebbe derivare dalla prossima pronuncia della Corte di giustizia nelle cause riunite *LC* e *CP*, vertenti sulla corretta interpretazione della nozione di «Paese d’origine sicuro», nonché sulle relative modalità di designazione da parte delle autorità nazionali. In effetti, tale procedimento pregiudiziale trae origine dall’impiego della procedura di frontiera, come inizialmente prevista dal legislatore nazionale, ai fini dell’esame delle domande di protezione presentate da alcuni migranti proprio presso i Centri albanesi. Ora, se la Corte di giustizia mostrasse (quand’anche cursoriamente) di ritenere applicabile, *ex se*, la direttiva procedure all’interno delle strutture di cui al Protocollo, se ne potrebbe dedurre l’operatività anche in altre aree soggette alla giurisdizione esclusiva di uno Stato membro (come, per l’appunto, le navi battenti la sua bandiera). Tale ragionamento verrà dettagliato *infra* nel testo principale. Ad ogni modo, non paiono invece potersi trarre indicazioni sul punto dalle Conclusioni recentemente presentate dall’Avvocato Generale De La Tour (Conclusioni del 10 aprile 2025, C-758/24 e C-759/24, *LC e CP c. Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale di Roma – sezione procedure alla frontiera II*).

caso *Lotus* la Corte Permanente di Giustizia Internazionale abbia sancito che «what occurs on board a vessel on the high seas must be regarded as if it occurred on the territory of the State whose flag the ship flies»²⁷, ad oggi l'effettiva equiparabilità delle imbarcazioni (anche militari) a porzioni di territorio dello Stato di cui battono bandiera non sembra trovare sostegno né in dottrina²⁸, né in una uniforme prassi statale, non mancando pronunce di organi giurisdizionali domestici che intendono la finzione dell'extraterritorialità come strumento concettuale utile semplicemente ad evidenziare la giurisdizione dello Stato di bandiera sulla comunità navale, senza così ritenere che l'imbarcazione debba essere considerata, *ex se*, alla stregua di una parte semovente («*flottante*») del territorio di tale Paese²⁹. Del resto, gli Stati, nel giustificare la concessione dell'asilo a bordo di navi pubbliche ormeggiate nelle acque territoriali straniere, non paiono aver fatto generalmente ricorso alla «territorialità» della nave battente la loro bandiera³⁰, mancando di configurare il potere di concedere asilo a bordo come un'ordinaria manifestazione della sovranità territoriale³¹ ed adducendo, piuttosto, ragioni di carattere umanitario, ovvero l'esistenza di usi locali che riconoscono la legittimità di una siffatta pratica.

La configurabilità delle navi come porzioni di territorio dello Stato di bandiera, operata di fatto o per via di finzione, non pare dunque trovare conferma in una regola di diritto internazionale consuetudinario - così corroborando, in meri termini di supporto interpretativo, la posizione della Commissione. Le menzionate pronunce dei giudici interni paiono tuttavia suffragare la percorribilità di un differente percorso argomentativo, che a tal riguardo valorizzi la *giurisdizione* di uno Stato sulle navi che battono la sua bandiera. Questo, in effetti, è l'orientamento del servizio giuridico del Parlamento europeo, il quale, riposando sulla portata *sostanzialmente territoriale* del potere di governo delle entità statali, ritiene che l'esercizio esclusivo di siffatto potere, da parte dello Stato di bandiera, sulle navi militari operanti in alto mare possa giustificare l'equiparazione di tali imbarcazioni a porzioni semoventi di territorio³².

²⁷ CPGI, sentenza del 7 settembre 1927, Francia c. Turchia, *Lotus*, p. 25.

²⁸ Sul punto, v. M. TAMBURINI, *Extraterritorialità*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1989, pp. 2-3, nonché S. MONTALDO, *Not in my backyard!*, cit., p. 354.

²⁹ In tal senso, v. Assemblea generale, *Question of Diplomatic Asylum. Report of the Secretary General*, UN Doc. A/10139 (Part II) del 22 settembre 1975, in particolare par. 87.

³⁰ Così, F. MORGENSTERN, 'Extra-territorial' *Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1948, p. 236 ss., p. 254; nonché S. PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, L'Aia, 1971, p. 267.

³¹ Non mancano tuttavia, specie nella dottrina più risalente, Autori che ricollegano l'esercizio della prerogativa di cui nel testo alla «territorialità» specie delle navi militari. Sul punto, v. C. BALDONI, *Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1938, p. 185 ss., p. 285, nota 2.

³² In tal senso, v. in particolare i parr. 50 – 52 della *Legal Opinion* del 9 novembre 2018, già citata *supra*, alla nota 24. Nel quadro di tali passaggi si legge infatti che la limitata giurisdizione degli Stati «over the vessels flying their flag does not equalise vessels to a part of the territory of a State, where the latter would exercise a fully-fledged jurisdiction. (...) However, (...) in case of a warship it must be concluded that the jurisdiction of the flag State prevails».

In definitiva, tanto la posizione della Commissione quanto quella del Parlamento europeo possono trovare conforto nella prassi statale sopra descritta. In ogni caso, entrambe le soluzioni interpretative proposte, se utilizzate per vagliare la legittimità del Protocollo Italia-Albania, non paiono determinarne l'incompatibilità con l'art. 9 della direttiva procedure, il cui testo sancisce, come già ricordato in apertura, il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro in cui ha presentato domanda di protezione internazionale fino a che non sia stata adottata, a tal riguardo, una decisione in primo grado. Se infatti, come sostiene la Commissione, i mezzi delle autorità italiane operanti in alto mare non possono essere considerati alla stregua di porzioni territoriali della Repubblica, tale accordo si limiterebbe ad istituire un regime di cooperazione inter-statale al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Qualora, invece, le imbarcazioni militari in discorso fossero da ritenersi, in forza della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera, territorio italiano, il trasferimento in Albania di migranti che avessero manifestato a bordo l'intenzione di richiedere la protezione internazionale non si porrebbe necessariamente in contrasto con l'art. 9 della direttiva procedure, posto che il luogo di trasferimento, ancorché sito in Albania, si collocherebbe anch'esso sotto la giurisdizione italiana e potrebbe essere così assimilabile, al pari delle imbarcazioni stesse, ad una porzione territoriale dell'Italia.

2.2. ... e l'extraterritorialità delle strutture previste dal Protocollo Italia-Albania

A quest'ultimo proposito, la Relazione illustrativa al disegno di legge di ratifica del Protocollo, alla pagina 3, precisa che gli spazi convenzionalmente concessi in uso allo Stato italiano rimangono territorio albanese, posto che, in dette aree, l'Albania autorizza semplicemente la realizzazione di specifiche attività, garantendo al contempo alcune facilitazioni, immunità e benefici necessari per il migliore svolgimento di tali operazioni.

Da quanto è noto, i Portavoce della Commissione non si sono soffermati, nelle loro dichiarazioni pubbliche, sulla 'categorizzazione' delle aree di cui al Protocollo, né sul rispettivo regime giuridico. Da questa omissione si può forse dedurre che, secondo la prospettiva adottata dall'Istituzione europea, tale regime non sia comunque rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di asilo, stante la portata strettamente territoriale di detto *corpus* normativo. Ne ricadrebbero dunque al di fuori anche quei luoghi che, pur collocati nel territorio di un Paese terzo, si caratterizzano nondimeno per essere nella disponibilità esclusiva di uno Stato dell'Unione, essendo così assoggettati ad un particolare regime giuridico che, in taluni casi, ne potrebbe giustificare l'assimilazione a porzioni del territorio di quest'ultimo Stato. Del resto, come già anticipato, la stessa direttiva procedure esclude dal proprio campo di applicazione le domande di protezione presentate presso rappresentanze diplomatico-consolari degli Stati membri site in Paesi terzi³³,

³³ V. in tal senso l'art. 3, par. 2, della direttiva procedure. Tale disposizione è stata altresì utilizzata dalla Corte di giustizia al fine di corroborare le sue conclusioni in merito all'inesistenza, ai sensi del

sancendo così l'inapplicabilità della propria disciplina in luoghi tradizionalmente considerati 'extraterritoriali', seppur dalla dottrina più risalente³⁴.

Eppure, occorre notare che il regime giuridico a cui risultano sottoposti gli spazi di cui al Protocollo diverge sensibilmente da quello applicabile alle rappresentanze finanche diplomatiche (così come ad ulteriori aree, quali, ad esempio, gli edifici di cui all'art. 15 del Trattato lateranense, stipulato tra l'Italia e la Santa Sede³⁵). In effetti, tali luoghi, benché godano delle immunità riconosciute dal diritto internazionale generale e pattizio, risultano comunque assoggettati, in via di principio, alla legge dello Stato territoriale³⁶. Non così, invece, le aree concesse in uso ai sensi del Protocollo in discorso, le quali sono gestite conformemente alla legge dello Stato beneficiario: all'interno dei Centri trova infatti applicazione, da un lato, l'intera normativa italiana che disciplina l'accesso alla protezione internazionale, le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, nonché le procedure di rimpatrio³⁷. Dall'altro lato, pure le conseguenze della nascita e della morte dei migranti sono sottoposte alla disciplina italiana³⁸; parimenti, i reati commessi da questi ultimi all'interno dei Centri sono puniti, salvo le eccezioni previste, ai sensi della normativa penale italiana³⁹. Nel caso in cui si verificano tali ipotesi delittuose, l'autorità giudiziaria e la polizia giudiziaria italiane hanno il potere di svolgere *direttamente* le proprie funzioni all'interno delle strutture albanesi, nel rispetto delle pertinenti disposizioni del codice nazionale di procedura penale⁴⁰.

diritto dell'Unione, di un obbligo, gravante in capo agli Stati membri, di rilasciare un visto di lunga durata a cittadini di Paesi terzi che ne facciano richiesta per motivi umanitari. Questa soluzione interpretativa, basata essenzialmente sulla mancanza di disposizioni sovranazionali disciplinanti tale tipologia di titolo di ingresso, è stata suffragata, *ad abundantiam*, dal richiamo all'ambito di applicazione della direttiva procedure: in effetti, riconoscere un obbligo, ancorché condizionato, di rilascio di un visto di lunga durata per motivi umanitari equivarrebbe ad attribuire ai cittadini stranieri la facoltà di presentare domande di asilo presso le rappresentanze degli Stati membri situate all'estero – e ciò, pur essendo tali richieste espressamente escluse dall'ambito di applicazione della direttiva procedure, che proprio disciplina (anche) l'accesso al procedimento di riconoscimento della protezione internazionale. In tal senso, v. CGUE, sentenza del 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, *X e X c. Etat belge*, punti 44 e 49.

³⁴ Le posizioni dottrinali a cui si fa riferimento nel testo sono riportate, con specifico riferimento alle ambasciate, in J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, 1994, p. 176. Sottolinea, inoltre, come la finzione dell'extraterritorialità non trovi oggi più seguito né in dottrina, né in giurisprudenza C. CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico e consolare*, Torino, 2015, III ed., p. 199.

³⁵ Trattato tra l'Italia e la Santa Sede del 1929.

³⁶ Sul punto, v., per le rappresentanze diplomatiche, J. SALMON, *Manuel*, cit., p. 177 ss., nonché C. CURTI GIALDINO, *Lineamenti*, cit., p. 207 ss. Con riferimento agli immobili con privilegio di extraterritorialità ai sensi del Trattato lateranense v. invece P. CAVANA, *Le aree extraterritoriali previste dal Trattato lateranense tra Santa Sede, Italia e Stato della Città del Vaticano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12/2023, p. 1 ss., p. 12 ss.

³⁷ In tal senso, v. art. 4, co. 1, della legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania (dettagliata *supra*, alla nota 4 del presente lavoro).

³⁸ Così, art. 9, co. 3, del testo convenzionale.

³⁹ In tal senso, art. 4, co. 6, della legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo.

⁴⁰ *Ivi*, art. 4, co. 8.

A fronte di tale netta individuazione della legge applicabile all'interno delle aree di cui al Protocollo, si è sostenuta in dottrina la qualificabilità di detti spazi alla stregua di *enclave* italiane in territorio albanese⁴¹, rispetto alle quali lo Stato d'Albania conserverebbe la mera «ultimate sovereignty» (per mutuare l'espressione utilizzata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Rasul v. Bush*⁴², con riferimento alle residue prerogative della Repubblica di Cuba rispetto alla base navale americana di Guantanamo). Ora, tale assimilazione pare ad oggi temperata dalle conclusioni della Corte costituzionale albanese, la quale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'accordo in discorso da alcuni deputati dell'opposizione⁴³. In effetti, nel riconoscere la conformità del Protocollo rispetto alla Costituzione nazionale, la Corte ha invero ricostruito l'operatività di una 'doppia giurisdizione' sulle strutture concesse in uso allo Stato italiano, trovando in queste applicazione anche le norme albanesi, di rango costituzionale, relative alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo⁴⁴. Eppure, non sembra che questa precisazione vada in qualche modo a comprimere, ovvero a limitare, il potere di governo esercitato dallo Stato italiano nelle strutture in discorso, posto che la giurisdizione albanese si affiancherebbe a quella italiana, senza ad essa sostituirsi, in relazione solamente a limitati profili (e nel rispetto dell'inviolabilità dei Centri). Peraltro, sembra che la Corte costituzionale albanese concepisca il diritto applicabile all'interno delle aree (ovverosia, la normativa italiana) come sostanzialmente sovrapponibile, in termini di ampiezza della protezione riconosciuta ai diritti individuali, alla disciplina costituzionale albanese: in questo senso, la gestione delle strutture (nonché delle procedure ivi incardinate) in conformità alla legge italiana risulterebbe idonea a rendere di fatto inoperanti, all'interno di tali Centri, le garanzie apprestate dalla Costituzione albanese.

In questo senso, poiché *sostanzialmente* sottoposte alla potestà dello Stato italiano, le aree qui in parola potrebbero essere forse equiparate a porzioni di detto Stato ai sensi della direttiva procedure, se ben si comprendono le implicazioni della posizione interpretativa adottata dal servizio giuridico del Parlamento in merito alla portata, *ratione loci*, di tale strumento normativo. Siffatta assimilazione consentirebbe dunque di ritenere rispettato l'obbligo discendente dall'art. 9 della medesima direttiva anche in caso di trasferimento, nelle strutture albanesi, di quei migranti che abbiano manifestato la volontà di richiedere la protezione internazionale già a bordo delle navi militari italiane. Come più sopra menzionato, la descritta equiparazione delle aree in parola a parti del territorio italiano non

⁴¹ L'espressione di cui nel testo è tratta da L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania*, cit., par. 4.

⁴² Corte Suprema USA, sentenza del 28 giugno 2004, n. 03-334 e 03-343, *Rasul et al. v. Bush*.

⁴³ Corte costituzionale albanese, sentenza del 29 gennaio 2024, V2-2024, con analisi di D. VESHI, E. KOKA, K. HAXHIA, *Comments on the Albanian Constitutional Court V2-24*, cit.

⁴⁴ I passaggi argomentativi seguiti dalla Corte costituzionale albanese risultano tradotti in inglese e riassunti in D. VESHI, E. KOKA, K. HAXHIA, *Comments on the Albanian Constitutional Court V2-24*, cit., p. 310.

troverebbe invece riconoscimento alcuno nella prospettiva accolta dalla Commissione, la quale deriverebbe nondimeno la legittimità della disciplina convenzionale dalla sua applicabilità a situazioni non ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

3. I recenti sviluppi normativi in materia di rimpatri: quali profili di interazione con la direttiva 2008/115/CE?

Ancorché apparentemente non in contrasto con l'art. 9 della direttiva procedure, l'attuazione del Protocollo Italia-Albania determina l'insorgere di addizionali dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione alla luce della recente estensione dell'ambito soggettivo di operatività di tale accordo. In effetti, lo si è già anticipato *supra*⁴⁵, il d.l. 28 marzo 2025 n. 37 ha espressamente ammesso il trasferimento in Albania anche di persone, già presenti sul territorio italiano, che siano destinatarie di una decisione di espulsione e di un conseguente provvedimento di trattenimento – e ciò, al fine di lì condurre le procedure di rimpatrio previste dalla normativa interna, anche in attuazione del diritto dell'Unione⁴⁶. In ciò, il legislatore italiano ha rilevantemente innovato la disciplina previgente, ai sensi della quale, come già accennato, solamente le persone imbarcate dalle autorità nazionali al di fuori delle acque territoriali degli Stati dell'Unione potevano essere tradotte nelle strutture albanesi, così da veder ivi esaminata la loro domanda di protezione internazionale, nonché di attendere *in loco* l'espletamento delle procedure di rimpatrio in caso di insussistenza dei requisiti richiesti ai fini del soggiorno sul territorio italiano. In tale originario contesto normativo le procedure di allontanamento forzoso svolgevano pertanto una funzione sostanzialmente ancillare, essendo le stesse azionabili esclusivamente rispetto ai migranti *lato sensu* intercettati in acque internazionali (e conseguentemente condotti in territorio albanese), nonché in caso di rigetto della richiesta di protezione da loro avanzata⁴⁷.

⁴⁵ V. il par. 1 del presente lavoro.

⁴⁶ Come si è già anticipato *supra*, alla nota 17, nelle more della procedura di rimpatrio, quand'anche condotta in Albania, taluni migranti potrebbero presentare domanda di protezione internazionale, mutando così la propria condizione giuridica. Il regime normativo applicabile a tali situazioni non sarà tuttavia oggetto di specifica trattazione, dal momento che pare sollevare taluni dubbi interpretativi che sembrano insistere principalmente su aspetti che esulano dallo scopo del presente lavoro (concernendo, in particolare, l'applicabilità della procedura accelerata di frontiera all'esame delle domande presentate da richiedenti che abbiano già soggiornato, seppur irregolarmente, nel territorio italiano). D'altra parte, il *trasferimento*, in Albania, di siffatti migranti non pare sollevare autonomi profili di possibile frizione con il diritto dell'Unione, dal momento che tale operazione di «dislocazione» risulterebbe comunque condotta con riferimento esclusivo a migranti irregolari, destinatari di una decisione di espulsione, che solo in un secondo momento potrebbero modificare la propria posizione avanzando una richiesta di protezione internazionale. In questo senso, la direttiva 2008/115/CE pare costituire la sola cornice normativa rispetto a cui valutare la legittimità delle operazioni stesse di trasferimento degli stranieri irregolari in Albania (in tal senso sembra porsi anche Cass. pen., sez. I, ordinanza del 29 maggio 2025, n. 23105). Così, per questioni di concisione, nel testo principale si farà esclusivo riferimento, a tal riguardo, alla posizione giuridica dei rimpatriandi.

⁴⁷ In tal senso, v. G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà*, cit., par. 3. In aggiunta a quanto sostenuto nel testo, le procedure di rimpatrio esclusivamente previste dall'originario

Ora, il descritto ampliamento dell'ambito di operatività del Protocollo pare, in verità, estenderne la sfera di applicazione, *ratione personarum*, a situazioni già da questo coperte, stante la particolare ampiezza delle disposizioni pattizie dedicate all'individuazione dei migranti ammessi nei Centri albanesi⁴⁸. Tuttavia, il trasferimento di persone già destinatarie di una decisione di espulsione determinerebbe la 'traslazione' in Albania delle procedure di allontanamento a cui le stesse risultano sottoposte, ponendo così la questione della compatibilità di tale operazione con la direttiva 2008/115/CE, disciplinante per l'appunto il rimpatrio di cittadini stranieri irregolarmente presenti nello spazio territoriale degli Stati membri⁴⁹.

Pur a fronte di posizioni in dottrina che sostengono l'illegittimità della descritta attività di «dislocazione»⁵⁰, il 1° aprile 2025 il Portavoce della Commissione europea per gli affari interni, Markus Lammert, ha affermato che, in principio, le nuove modalità di applicazione del Protocollo Italia-Albania risultano compatibili con il diritto dell'Unione, dal momento che all'interno delle aree concesse in uso all'Italia trova applicazione, anche per quanto concerne le procedure di rimpatrio, la normativa italiana (e non già, se ne deduce, la disciplina sovranazionale).

Sebbene concisa, tale posizione interpretativa pare sottendere presupposti teorici simili a quelli fatti propri dalla Commissione in merito all'applicabilità, rispetto alle navi battenti bandiera degli Stati membri, della direttiva procedure. In effetti, detta Istituzione europea sembra ritenere che i procedimenti condotti in Albania, finalizzati all'allontanamento forzoso dei cittadini stranieri irregolari, risultino sottratti dall'ambito di operatività del diritto dell'Unione, stante la portata strettamente territoriale della disciplina rilevante. Ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva rimpatri, tale strumento normativo è infatti applicabile ai cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno nel *territorio* di uno Stato membro sia irregolare: alla luce della citata disposizione, l'operatività della direttiva in parola risulterebbe conseguentemente circoscritta ai soli migranti *fisicamente presenti* nello spazio

impianto normativo di attuazione del Protocollo sembravano poter trovare applicazione anche nel caso in cui i migranti imbarcati in acque internazionali non avessero presentato una domanda di protezione internazionale, sebbene tali ipotesi siano da considerarsi comunque residuali.

⁴⁸ Così, A. SACCUCI, *Il Protocollo Italia-Albania*, cit., p. 643, nota 23. L'art. 1, par. 1, lett. *d*), del Protocollo connota infatti i migranti ammessi nei Centri in termini particolarmente generici, intendendo con tale espressione i «cittadini di Paesi terzi e apolidi per i quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica Italiana». A questo proposito, l'A. fa valere come anche persone sbarcate in Italia, la cui richiesta di protezione sia già stata rigettata, risultino virtualmente idonee a ricadere in tale definizione.

⁴⁹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

⁵⁰ Così A. DEL GUERCIO, *Lasciate ogni speranza, o voi che... sperate di entrare*, cit., p. 555. Nel medesimo senso pare porsi anche la Corte di cassazione, nella già citata ordinanza 23105/2025 (di rinvio alla Corte di giustizia).

territoriale europea, non avendo invece questa vocazione a disciplinare le procedure di rimpatrio di persone che si trovino *al di fuori* del territorio degli Stati membri⁵¹.

Peraltro, la stessa operazione di trasferimento dei cittadini irregolari in Albania sembrerebbe sottratta dal campo di applicazione della direttiva qui in analisi, non essendo questa qualificabile, a rigore, alla stregua di un'azione di rimpatrio, stante il suo carattere meramente prodromico⁵² rispetto al definitivo allontanamento forzoso dei migranti dal territorio italiano. In ciò, la concreta regolamentazione di dette operazioni di «dislocazione» risulterebbe rimessa alla disciplina convenzionale (nonché alle disposizioni nazionali di attuazione), ed esulerebbe invece dalle limitazioni, poste dalla direttiva rimpatri, applicabili a quelle azioni di trasferimento coattivo governate da tale strumento normativo. In particolare, si rivelerebbe qui inoperante il divieto, discendente dall'art. 3, par. 1, n. 3 della direttiva in parola, che impedisce l'allontanamento forzoso di un migrante irregolare verso il territorio di un Paese terzo che non sia né il suo Stato d'origine, né uno Stato presso cui lo stesso sia transitato nella sua rotta verso l'Europa⁵³ – divieto, quest'ultimo, che se applicabile solleverebbe importanti questioni di liceità con riferimento ai trasferimenti effettuati verso i Centri albanesi⁵⁴.

⁵¹ In tal senso, v. in particolare F. LUTZ, S. MANANASHVILI, M. MORARU, *Return directive 2008/115/EC*, in D. THYM, K. HALBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary*, Monaco-Oxford-Baden Baden, 2022, p. 692 ss., p. 704. La portata strettamente territoriale della direttiva rimpatri emerge in maniera particolarmente evidente dalla versione inglese di tale strumento normativo, il cui art. 2, par. 1, infatti ne circoscrive l'applicabilità ai «third-country nationals *staying illegally* on the territory of a Member State» (corsivo aggiunto).

⁵² Tale conclusione sembra potersi derivare dalla mancata inclusione, nella nozione di «rimpatrio», dei trasferimenti operati tra gli Stati membri ai fini dell'allontanamento del migrante irregolare dal territorio dell'Unione. Oltre a non coinvolgere Paesi terzi, dette operazioni sono infatti considerate quali misure preparatorie all'espulsione, mancando così del carattere della 'definitività' riscontrabile nelle azioni di rimpatrio (in tal senso, v. in particolare CGUE, sentenza del 7 giugno 2016, C-47/15, *Sélina Affum c. Préfet du Pas-de-Calais e Procureur général de la Cour d'appel de Douai*, punto 87, in cui la decisione di consegna alle autorità di un altro Stato membro è stata definita alla stregua di una «fase prodromica all'allontanamento»). Pur coinvolgendo un Paese terzo, i trasferimenti nei Centri albanesi paiono assimilabili alle descritte operazioni intra-UE in forza del loro carattere non definitivo, che sembra consentire di considerarli quali misure meramente prodromiche all'allontanamento dei migranti irregolari.

⁵³ In tal senso, v. per tutti la raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, punto 1.3. La Commissione specifica in questa sede che, ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2008/115/CE, risulta precluso agli Stati membri allontanare un cittadino straniero, senza il suo consenso, verso il territorio di uno Stato terzo che non sia né il suo Paese d'origine, né un Paese di transito.

⁵⁴ Entrambe le condizioni di liceità menzionate nel testo sollevano difficoltà applicative con riferimento ai trasferimenti nei Centri albanesi. In effetti, limitando l'accesso a tali strutture ai soli migranti che siano «cittadini di Paesi *terzi* [o] apolidi» (corsivo aggiunto), lo stesso art. 1, par. 1, lett. *d*) del Protocollo preclude la possibilità di condurre nei Centri quei migranti il cui Paese d'origine sia l'Albania (ad eccezione, a rigore, degli apolidi aventi in tale Stato la propria residenza abituale, rispetto ai quali non risultano introdotte limitazioni). Per quanto concerne, poi, la seconda condizione di legittimità del rimpatrio forzoso (ovverosia, il fatto che l'Albania rappresenti un Paese di transito per

Alla luce dei rilievi appena svolti, pare dunque che, nella prospettiva teorica abbracciata dalla Commissione, il Protocollo Italia-Albania realizzi, anche con riferimento alla ‘delocalizzazione’ delle procedure di rimpatrio, un legittimo regime internazionale di cooperazione reciproca, in quanto tale applicabile a situazioni che esulano, fin dall’inizio delle rilevanti operazioni di trasferimento coattivo, dal diritto dell’Unione (in particolare, dalla sfera di operatività della direttiva rimpatri).

Ora, a fronte della prospettazione teorica presumibilmente accolta dalla Commissione, pare nondimeno ipotizzabile anche una diversa soluzione interpretativa, che poggia sulla medesima impostazione concettuale innervante la posizione, già descritta *supra*⁵⁵, sostenuta dal Parlamento europeo in merito all’applicazione della direttiva procedure. In effetti, pur non disconoscendosi la portata prettamente territoriale della direttiva rimpatri, che ne determina l’operatività, in linea di principio, sul solo territorio dell’Unione, si è talvolta sostenuta in dottrina la possibile applicabilità di tale strumento normativo in zone situate all’estero⁵⁶: in particolare, presso i valichi frontiera condivisi collocati nello spazio territoriale di un Paese terzo, dove le guardie di frontiera di uno Stato membro sono autorizzate a svolgere le loro funzioni in forza di accordi bilaterali. In effetti, è lo stesso Codice frontiere Schengen, al suo Allegato VI⁵⁷, ad affermare che i controlli effettuati in questo contesto dalle guardie di frontiera si intendono condotti sul *territorio* dello Stato membro a cui dette guardie appartengono.

Ora, da tale equiparazione, pur disposta *expressis verbis*, non paiono potersi trarre considerazioni di carattere generale, essendo questa operata ai soli fini dell’applicazione dello stesso Codice frontiere Schengen⁵⁸. Eppure, la dottrina menzionata ha adottato un’ampia interpretazione di tale finzione giuridica, basando su di essa la possibile estensione dell’ambito applicativo della direttiva rimpatri, nonostante la portata strettamente territoriale di quest’ultima. In linea con la descritta posizione interpretativa, si potrebbe forse sostenere l’applicazione della direttiva in parola in contesti simili, che presentino tratti assimilabili alla gestione dei menzionati valichi di frontiera condivisi – ovvero, l’esercizio, da parte degli Stati membri, della propria giurisdizione, *quasi che gli stessi agissero all’interno dei rispettivi territori nazionali*. Da ciò, potrebbe così dedursi l’operatività della direttiva rimpatri all’interno di porzioni territoriali che, ancorché situate al di fuori dei confini nazionali degli Stati membri, siano nondimeno sottoposte al potere di governo di

il singolo cittadino straniero), nessuna verifica è disposta al riguardo né nel Protocollo, né nella normativa interna di attuazione.

⁵⁵ V. il par. 2 del presente lavoro.

⁵⁶ In tal senso, v. in particolare F. LUTZ, S. MANANASHVILI, M. MORARU, *Return directive*, cit., p. 718-719.

⁵⁷ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), Allegato VI, art. 1.1.4.3.

⁵⁸ *Ibidem*.

questi ultimi⁵⁹. Come si accennava *supra*⁶⁰, i Centri albanesi paiono presentare esattamente queste caratteristiche.

In ogni caso, anche adottandosi questa impostazione interpretativa, che postula la piena applicabilità della direttiva rimpatri presso le strutture contemplate dal Protocollo Italia-Albania, non pare che le previe procedure di «dislocazione» dei cittadini stranieri destinatari di provvedimenti di espulsione siano da ritenersi in contrasto con tale direttiva, che infatti non sembra regolare il trasferimento di rimpatriandi nel territorio di uno Stato terzo, al fine di ivi svolgere attività prodromiche all'allontanamento definitivo dal territorio dell'Unione.

4. La legittimità della conclusione del Protocollo alla luce dell'art. 3, par. 2, TFUE

Anche se apparentemente non in contrasto con l'art. 9 della direttiva procedure, né con l'impianto normativo della direttiva rimpatri, la conclusione del Protocollo da parte dell'Italia sembra sollevare, nondimeno, una questione di compatibilità con la preclusione discendente dall'art. 3, par. 2, TFUE⁶¹. In effetti, tale disposizione riconosce la competenza esclusiva dell'Unione a stipulare trattati internazionali che siano idonei ad incidere sulle norme emanate sul piano interno, ovvero a modificarne la portata⁶²: in questo senso, stante l'adozione di una disciplina comune in materia di asilo ed immigrazione, grava sugli Stati membri l'obbligo di non concludere accordi che interferiscano, o che anche solamente rischino di interferire, con tale ampio *corpus* normativo.

Con riferimento al Protocollo Italia-Albania, una siffatta incidenza potrebbe discendere, in particolare, in forza delle previsioni convenzionali che individuano la disciplina in vigore all'interno delle aree cedute in uso allo Stato italiano, qualora queste determinino l'applicazione, anche solo potenziale, di *standard* di trattamento non già più favorevoli, bensì differenziati o deteriori rispetto alle pertinenti norme di diritto dell'Unione⁶³. Tale rilievo spiega efficacia sia aderendo alla prospettiva interpretativa che ritiene possibile l'estensione della portata degli strumenti normativi qui considerati fino a ricomprendere aree situate al di fuori dei confini nazionali degli Stati membri, ma comunque

⁵⁹ Pare sostenere la posizione interpretativa indicata nel testo G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà*, cit., par. 7.

⁶⁰ V. in particolare il par. 2.2 del presente lavoro.

⁶¹ A questo riguardo, v. C. FAVILLI, *Audizione 8 gennaio 2024 ddl Protocollo Italia-Albania*, p. 2.

⁶² In tema di competenza esterna esclusiva dell'Unione v. in particolare A. ARENA, *Exercise of EU Competences and Pre-emption of Member States' Powers in the Internal and the External Sphere: Towards 'Grand Unification'?*, in *Yearbook of European Law*, 2016, p. 28 ss., p. 64 ss.

⁶³ Tra i diversi strumenti normativi a cui ci si riferisce nel testo, le direttive qualifiche, accoglienza, procedure e rimpatri prevedono disposizioni che consentono agli Stati membri di adottare misure più favorevoli rispetto a quelle dalle stesse stabilite. Sulla scorta di consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, non risulta pertanto preclusa, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE, la conclusione di accordi internazionali, tra Stati membri e Paesi terzi, che prevedano una disciplina più favorevole di quella posta per via sovranazionale nell'ambito della medesima materia. In tal senso, v. in particolare CGUE, parere 2/91 del 19 marzo 1993, punti 16 – 18.

soggette alla piena giurisdizione di questi ultimi (come i Centri albanesi), sia abbracciando una concezione strettamente territoriale del *corpus* normativo in discorso, che consideri le situazioni oggetto di disciplina convenzionale come ‘estranee’ rispetto al diritto dell’Unione. La Corte di giustizia ha infatti precisato a più riprese come risulti precluso agli Stati membri concludere accordi internazionali che possano pregiudicare l’applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comuni, nonché il buon funzionamento del sistema normativo che esse costituiscono⁶⁴: calando tale principio nel contesto convenzionale qui in discussione, detto effetto sembrerebbe prodursi tanto nel caso in cui il Protocollo, sottoponendo i migranti a regole che si discostino dalla disciplina comune, incida su norme direttamente applicabili nei Centri, quanto nell’ipotesi in cui l’accordo, tramite l’istituzione convenzionale di apposite aree al di fuori dello spazio territoriale degli Stati membri, sottragga taluni migranti dal campo di applicazione delle norme comuni al fine di assoggettarli ad una disciplina differente o più restrittiva. In entrambe le situazioni descritte, infatti, si osserverebbe un contrasto tra gli obblighi convenzionali e la normativa dell’Unione applicabile in materia, la quale verrebbe così disattesa nella sua lettera, ovvero nei suoi obiettivi⁶⁵.

A questo riguardo, la Commissione non pare aver evidenziato criticità, né con riferimento all’esecuzione in territorio albanese delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, né per quanto concerne lo svolgimento dei procedimenti di rimpatrio. Tale valutazione poggia probabilmente sulla valorizzazione di quelle previsioni pattizie che sembrano sancire l’applicazione delle pertinenti regole di diritto dell’Unione all’interno delle aree cedute in uso allo Stato italiano: tra queste⁶⁶, si può menzionare l’art. 4, co. 2 dell’accordo, che infatti richiede (seppur ambiguamente⁶⁷) che le strutture site in territorio albanese vengano gestite dalle competenti autorità italiane secondo la rilevante disciplina italiana «ed europea».

Eppure, l’assunto su cui detto giudizio di non-interferenza pare basarsi (*i.e.*, l’integrale estensione della normativa sovranazionale anche rispetto ai migranti trattenuti nei Centri

⁶⁴ In tal senso, v., *ex multis*, CGUE, parere 1/03 del 7 febbraio 2006, punto 128; CGUE, parere 1/13 del 14 ottobre 2014, punto 74; nonché CGUE, parere 3/15 del 14 febbraio 2017, punto 108.

⁶⁵ In tema di «preclusione da conflitto» v. in particolare A. ARENA, *Il Parere 3/15 sulla competenza a concludere il Trattato di Marrakech e l’efficacia preclusiva esterna delle direttive di armonizzazione parziale*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, Osservatorio del 31 ottobre 2017.

⁶⁶ Oltre alla disposizione citata nel testo, v. anche l’art. 4, co. 3, nonché l’art. 9, co. 2, del Protocollo.

⁶⁷ Sul punto, fa valere che il riferimento al diritto «europeo» sia tanto ampio da potersi riferire sia alla normativa dell’Unione che al sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo S. MONTALDO, *Not in my backyard!*, cit., p. 352. Dubbi interpretativi insistono anche sull’art. 2 del testo convenzionale, a norma del quale lo scopo dell’accordo è da rinvenirsi nel rafforzamento della «cooperazione bilaterale tra le Parti in materia di gestione dei flussi migratori provenienti da Paesi terzi, in conformità al diritto internazionale e a quello europeo» (corsivo aggiunto). A questo riguardo, non è chiaro se la disposizione convenzionale intenda la menzionata «conformità» come riferita allo scopo perseguito dal trattato, ovvero alle modalità di esecuzione dello stesso. Sul punto, v. A. SACCUCCI, *Il Protocollo Italia-Albania*, cit., p. 641, nota 13.

albanesi) sembra non trovare pieno riscontro nell'art. 4, co. 1, della legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo. In effetti, questa disposizione sancisce innanzitutto l'applicazione, all'interno dei Centri, di alcuni atti di legge italiani: in particolar modo, del Testo unico sull'immigrazione⁶⁸, nonché dei decreti legislativi 18 agosto 2015, n. 142⁶⁹, 28 gennaio 2008, n. 25⁷⁰ e 19 novembre 2007, n. 251⁷¹ (che contengono, rispettivamente, la normativa interna di recepimento delle direttive rimpatri, accoglienza e procedure, nonché della direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche⁷²). La disposizione in parola prescrive infine l'applicabilità nelle strutture albanesi anche della «disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale».

In questi termini, il riferimento al diritto dell'Unione appare piuttosto nebuloso, poiché non risulta chiaro se ad essere richiamato è l'intero *corpus* normativo in materia di asilo e di espulsione degli stranieri irregolari, ovvero se il rinvio debba intendersi come limitato agli *ulteriori* atti di diritto sovranazionale, diversi dalle direttive i cui provvedimenti di attuazione sono stati espressamente menzionati, il cui contenuto concerna nondimeno le procedure ed i requisiti rilevanti ai fini dell'ammissione e del soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale (si pensi, ad esempio, al regolamento (UE) n. 603/2013⁷³, c.d. regolamento Eurodac, ovvero al già citato regolamento Dublino III). Tale seconda opzione interpretativa sembra peraltro suffragata da alcuni indizi testuali, posto che il richiamo generale alla disciplina «europea» risulta effettuato rispetto a specifici profili regolatori

⁶⁸ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”.

⁶⁹ D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, recante “Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”.

⁷⁰ D.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, recante “Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato”.

⁷¹ D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, recante “Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta”.

⁷² Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

⁷³ Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l' «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

(ovverosia, ai *requisiti* e alle *procedure* relativi all'ammissione e alla permanenza dei cittadini stranieri), che non coincidono con il contenuto di tutte direttive in parola: in questo senso, il rinvio opererebbe con riferimento a solo alcune di queste (ovverosia, alle direttive qualifiche, procedure e rimpatri), e non già rispetto ad altre (nello specifico, alla direttiva accoglienza).

La descritta formulazione potrebbe dunque ingenerare il dubbio interpretativo che la legge di ratifica, nel richiamare la sola normativa interna di attuazione, abbia inteso 'disancorare' una parte rilevante della disciplina applicabile nei Centri dagli atti di diritto dell'Unione che ne costituiscono, almeno in senso lato, l'origine. In altri termini, a trovare applicazione nelle strutture albanesi non sarebbero le direttive qualifiche, procedure, accoglienza e rimpatri, bensì la sola legge italiana di recepimento, la quale potrebbe così venir considerata come sottratta al vincolo di piena conformità con le menzionate direttive. Ciò determinerebbe pertanto la possibile creazione di un 'doppio binario' di regolazione, sia per via diretta (qualora il legislatore ritenga di emendare la legislazione vigente al fine di introdurre *standard* differenziati di trattamento per i migranti trattenuti in Albania), sia per via interpretativa. A tale ultimo riguardo, non potrebbe infatti escludersi che i giudici nazionali, a fronte dell'ambigua formulazione normativa adottata dal legislatore, ritengano di essere in presenza di un'estensione unilaterale del diritto dell'Unione a situazioni che esulano dal suo campo di applicazione, operata tuttavia in modo selettivo. In ciò, gli stessi potrebbero reputare di non essere legittimati ad adire, in caso di dubbi interpretativi, la Corte di giustizia, la quale ha infatti escluso la propria competenza pregiudiziale qualora la legislazione interna degli Stati membri, pur rinviando al diritto dell'Unione al fine di regolare situazioni puramente interne, le quali esulino dunque dall'ambito di applicazione della disciplina sovranazionale, faccia tuttavia riferimento a quest'ultima in modo parziale, non assicurando così la perfetta sovrapposibilità tra i due plessi normativi⁷⁴.

Ora, è senz'altro vero che, fino ad oggi, i giudici nazionali paiono aver inteso la legge applicabile nei Centri albanesi come pienamente coincidente con la pertinente disciplina di diritto dell'Unione (nonché, chiaramente, con le rilevanti disposizioni di matrice nazionale). In effetti, sia in sede di convalida del trattenimento dei migranti reclusi in Albania, che di impugnazione avverso i provvedimenti di rigetto delle domande di protezione internazionale presentate in tali strutture, la magistratura ha debitamente applicato il diritto sovranazionale, sottoponendo altresì numerosi quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia⁷⁵.

⁷⁴ In tal senso, v. in particolare CGUE, sentenza del 28 marzo 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd c. City of Glasgow District Council*. Tale sentenza è esaminata, insieme alla giurisprudenza nel cui contesto si inserisce, in M. E. BARTOLONI, *La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale «modellato» sulla normativa comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 311 ss.

⁷⁵ Così, a mero titolo di esempio, v., in sede di convalida del trattenimento di un migrante recluso in Albania, Trib. Roma, sez. XVIII, R. G. n. 2024/42251, decreto del 18 ottobre 2024. Nel quadro di procedimenti instaurati a seguito dell'impugnazione di provvedimenti di diniego della protezione internazionale sono invece stati effettuati numerosi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, tra cui

Né il legislatore italiano, d'altra parte, ha introdotto *standard* di trattamento differenziati applicabili solamente all'interno delle strutture albanesi.

Eppure, sebbene non si sia ancora concretizzato il rischio di interferenza tra il sistema istituito in forza del Protocollo e la normativa comune applicabile in materia di asilo ed immigrazione, non sembra che questo valga ad inficiare le considerazioni svolte nelle pagine che precedono. In effetti, lo stesso art. 3, par. 2, TFUE conferma che la mera *possibilità* che un accordo internazionale possa incidere su norme comuni, ovvero alternarne la portata, è di per sé sufficiente a far rientrare la conclusione di tale accordo nell'ambito della competenza esterna esclusiva dell'Unione⁷⁶. In questo senso, affinché la stipulazione del Protocollo in discorso possa ritenersi legittima alla luce dell'art. 3, par. 2, TFUE, le disposizioni convenzionali, come attuate dalla relativa legge interna di ratifica ed esecuzione, avrebbero dovuto escludere ogni rischio di interferenza con il *corpus* normativo comune applicabile in materia di asilo e di espulsione degli stranieri irregolari, sancendo inequivocabilmente l'operatività dei rilevanti strumenti normativi sovranazionali all'interno dei Centri albanesi.

A fronte, invece, dell'attuale (nebulosa) individuazione della legge vigente in tali strutture, che legittima letture interpretative del Protocollo idonee a risolversi nell'applicazione futura di *standard* di trattamento dei migranti differenziati o deteriori, si evidenziano profili di contrasto tra l'art. 3, par. 2, TFUE, e la stipulazione, da parte dell'Italia, dell'accordo in parola.

5. Rilievi conclusivi

Il Protocollo Italia-Albania, nel consentire allo Stato italiano di condurre procedure di riconoscimento della protezione internazionale, nonché di rimpatrio, in territorio albanese, solleva plurimi dubbi di legittimità alla luce del diritto dell'Unione europea. Alcuni fra questi sono stati presi in considerazione nelle pagine che precedono, nel corso delle quali talvolta si è concluso per la compatibilità della disciplina convenzionale con gli obblighi

quelli sollevati in Trib. Roma, sez. XVIII, R. G. n. 2024/44346, ordinanza del 31 ottobre 2024 e Trib. Roma, sez. XVIII, R. G. n. 2024/45091, ordinanza del 4 novembre 2024, oggetto delle cause riunite *LC e CP*, riguardo alle quali l'Avvocato generale ha adottato le proprie Conclusioni lo scorso aprile (sul punto, v. *supra*, nota 26). L'applicazione rigorosa, da parte dei giudici interni, delle garanzie individuali discendenti dal diritto dell'Unione pare invero idonea a risolvere talune criticità rinvenibili, *ictu oculi*, nel regime normativo applicabile, in forza delle disposizioni convenzionali, ai migranti trattenuti in Albania. In effetti, nonostante nelle aree albanesi si preveda un sistema di detenzione generalizzata, capace dunque di incidere su diverse delle tutele soggettive garantite dal diritto dell'Unione, la corretta valorizzazione delle specificità individuali in sede di convalida del trattenimento appare strumento idoneo a determinare la compatibilità, almeno sotto questi aspetti, dell'impianto convenzionale rispetto al diritto dell'Unione.

⁷⁶ In tal senso, v. in particolare S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Milano, 2018, p. 198, nonché Conclusioni del 13 marzo 2014, C-66/13, *Green Network SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, punti 82-84.

sovranazionali gravanti in capo all'Italia, e talaltra si sono invece raggiunte conclusioni di segno opposto. Più specificamente, se non paiono evidenziarsi profili di frizione tra l'attuazione del Protocollo e talune, dirimenti, disposizioni contenute nelle c.d. direttive procedure e rimpatri, la conclusione di tale accordo sembra invece doversi ritenere preclusa ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE, che attribuisce all'Unione la competenza esclusiva a stipulare accordi internazionali che possano incidere sulle norme sovranazionali, ovvero modificarne la portata. In effetti, pur richiedendo l'art. 4 del Protocollo (invero ambigualmente) che i Centri albanesi vengano gestiti dalle autorità italiane secondo la pertinente normativa nazionale «ed europea», la legge di ratifica ed esecuzione dell'accordo in discorso pare ingenerare dubbi interpretativi in merito alla disciplina vigente in tali strutture, al cui interno potrebbero così trovare applicazione *standard* normativi differenti o deteriori rispetto a quelli ordinariamente rispettati in Italia, anche in forza di obblighi sovranazionali.

Tali considerazioni si basano peraltro su rilievi di carattere prettamente teorico, che non tengono conto delle enormi difficoltà pratiche che conseguono dalla gestione di strutture al di fuori del territorio italiano⁷⁷. In questo senso, se pur in Albania si applicassero le medesime garanzie vigenti in Italia, non si possono escludere ostacoli di ordine pratico, o finanche finanziario, che valgano a comprimere i diritti individuali comunque riconosciuti ai migranti. Si pensi, per limitarci ad un solo esempio, al verosimile prolungamento del trattenimento a cui potrebbero essere sottoposti i beneficiari di protezione internazionale, una volta che si sia conclusa con esito favorevole la procedura di esame della loro domanda, ovvero le persone vulnerabili nondimeno tradotte in Albania: ancorché, ai sensi dell'art. 4 dello stesso Protocollo, sia necessario trasferire immediatamente queste persone in territorio italiano, essendo le stesse prive di idoneo titolo di permanenza nei Centri, è lecito interrogarsi sulle tempistiche di tali operazioni, specie qualora le strutture dovessero funzionare a pieno regime.

In definitiva, il Protocollo Italia-Albania pare presentare un rischio di incidenza, in termini di divergenza normativa, sulle norme di diritto dell'Unione applicabili in materia di asilo e di rimpatrio, non potendosi altresì escludere violazioni degli *standard* comuni nelle singole situazioni concrete.

⁷⁷ A tal riguardo, v. per tutti C. FAVILLI, *Andizione 8 gennaio 2024*, cit., p. 4.

SEZIONE VI

Sfide recenti nell'azione dell'Unione europea

L'esercizio del diritto di legittima difesa nel quadro dell'operazione EUNAVFOR *Aspides* dell'Unione europea

EUGENIO CARLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il mandato, gli obiettivi e l'uso della forza consentito. – 3. Legittima difesa individuale e collettiva. – 4. L'applicazione *ratione personae* del diritto. – 4.1. Il soggetto giuridico titolare del diritto. – 4.2. L'esercizio del diritto contro gli attacchi degli Houthi. – 5. L'applicazione *ratione temporis* del diritto. – 5.1. Le diverse interpretazioni nella prassi internazionale. – 5.2. L'approccio adottato nel quadro di *Aspides*. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: La missione di sicurezza navale *Aspides* dell'Unione europea si colloca nel contesto delle iniziative internazionali volte a contrastare le minacce poste dagli Houthi alla libertà di navigazione nelle acque prospicienti le coste dello Yemen. La decisione adottata dal Consiglio dell'Unione europea, che costituisce il fondamento giuridico della missione, autorizza le unità navali fornite dagli Stati membri (ed eventualmente terzi) a ricorrere anche all'‘autotutela’ per respingere gli attacchi degli Houthi. Il termine sembra corrispondere al diritto di legittima difesa previsto dal diritto internazionale. Tuttavia, questa impostazione solleva rilevanti questioni giuridiche, in particolare riguardo all'individuazione del soggetto titolare di tale diritto, alla sua applicabilità nei confronti di un attore non statale e alla sua delimitazione temporale. Il presente contributo si propone di analizzare questi profili, evidenziando come il quadro giuridico emergente delinei un uso della forza circoscritto, da esercitarsi in via prevalentemente intercettiva e finalizzato alla protezione internazionale. Una tale configurazione, pur muovendosi verosimilmente nell'alveo della legittima difesa, sembra in parte discostarsene, prefigurando un tentativo di adattamento e innovazione del relativo regime normativo.

PAROLE CHIAVE: EUNAVFOR *Aspides* – Houthi – uso della forza – diritto di legittima difesa – *anticipatory self-defence* – *interceptive self-defence*.

1. Introduzione

Il 19 febbraio 2024, l'Unione europea (UE) ha avviato EUNAVFOR *Aspides* (dal termine greco *aspís*, ovvero ‘scudo’), un'operazione militare di sicurezza marittima in risposta alla

* Eugenio Carli, Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Siena, eugenio.carli@unisi.it.

crisi in corso nel Mar Rosso¹. La missione è guidata dalla Grecia, che esercita il comando dell'operazione a livello militare-strategico² e il comando della forza a livello operativo e tattico³. EUNAVFOR *Aspides* è stata istituita nel quadro della Politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) dell'UE, quel settore che «costituisce parte integrante» della Politica estera e di sicurezza comune e in base al quale l'UE può utilizzare mezzi civili e militari forniti dagli Stati membri «per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale» al di fuori del territorio degli Stati membri⁴.

Com'è noto, sulla scia del conflitto scoppiato il 7 ottobre 2023 tra Israele ed Hamas, si è verificato un numero crescente di incidenti al largo delle coste dello Yemen, tra cui attacchi a navi civili e commerciali, nonché il sequestro e la detenzione di navi commerciali. Questi attacchi, condannati a più riprese dal Consiglio di sicurezza⁵, sono perpetrati dagli Houthi, un gruppo politico e religioso armato formatosi tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso⁶, che controlla quasi interamente la parte occidentale dello Yemen e si dichiara parte dell'«asse di resistenza» guidato dall'Iran contro Israele, gli Stati Uniti e il blocco occidentale in generale. EUNAVFOR *Aspides* si inserisce nel contesto più ampio degli sforzi compiuti a livello internazionale, tra cui le operazioni militari navali *Atalanta*, anch'essa varata

¹ Decisione (PESC) 2024/583 del Consiglio, dell'8 febbraio 2024, relativa a un'operazione di sicurezza marittima dell'Unione europea volta a salvaguardare la libertà di navigazione in relazione alla crisi nel Mar Rosso (EUNAVFOR ASPIDES) e decisione (PESC) 2024/632 del Consiglio, del 19 febbraio 2024, relativa all'avvio dell'operazione di sicurezza marittima dell'Unione europea volta a salvaguardare la libertà di navigazione in relazione alla crisi nel Mar Rosso (EUNAVFOR ASPIDES). Il mandato di *Aspides* è stato ampliato e rinnovato, da ultimo, fino al 28 febbraio 2026. V. decisione (PESC) 2025/334 del Consiglio, del 14 febbraio 2025, che modifica la decisione (PESC) 2024/583 relativa a un'operazione di sicurezza marittima dell'Unione europea volta a salvaguardare la libertà di navigazione in relazione alla crisi nel Mar Rosso (EUNAVFOR ASPIDES).

² Decisione (PESC) 2024/583, cit., art. 2.

³ V., da ultimo, Decisione (PESC) 2025/2217 del Comitato politico e di sicurezza, del 22 ottobre 2025, relativa alla nomina del comandante della forza dell'UE per l'operazione di sicurezza marittima dell'Unione europea volta a salvaguardare la libertà di navigazione in relazione alla crisi nel Mar Rosso (EUNAVFOR ASPIDES) e che abroga la decisione (PESC) 2025/1224 (EUNAVFOR ASPIDES/4/2025).

⁴ Trattato sull'Unione europea, del 13 dicembre 2007 (versione consolidata), in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, C 202 del 7 giugno 2016, p. 13 ss., art. 42.

⁵ Consiglio di sicurezza, *Renewal of sanctions against Yemen imposed by Security Council resolution 2140 (2014) until 28 Feb. 2023 and extension of the mandate of the Panel of Experts until 28 Mar. 2023*, UN Doc. S/RES/2624 del 28 febbraio 2022, par. 1; *Attacks by Houthis on merchant and commercial vessels*, UN Doc. S/RES/2722 del 10 gennaio 2024, par. 1; *Extension of the reporting request in para. 10 of resolution 2722 (2024) on Houthi attacks on merchant and commercial vessels in the Red Sea until 15 Jan. 2025*, UN Doc. S/RES/2739 del 27 giugno 2024, preambolo; *Extension of the reporting request in para. 10 of resolution 2722 (2024) on Houthi attacks on merchant and commercial vessels in the Red Sea until 15 July 2025*, UN Doc. S/RES/2768 del 15 gennaio 2025, preambolo.

⁶ B. NICOLINI, *Chi sono gli Houthi?*, in *Geopolitica.info*, 12 gennaio 2024, www.geopolitica.info; Istituto per gli studi di politica internazionale (ISPI), *Houthi: chi sono e cosa vogliono i miliziani dello Yemen*, 15 gennaio 2024, www.ispionline.it.

nell’ambito della PSDC⁷, e *Prosperity Guardian*⁸, a guida statunitense, al fine di tutelare la libertà di navigazione nel Mar Rosso e nelle acque internazionali delle zone marittime adiacenti, compresi il Mare Arabico e il Golfo Persico. Secondo quanto dichiarato dall’ex Alto rappresentante dell’UE per gli affari esteri e la politica di sicurezza, J. Borrell, la missione «[d]ovrebbe rimanere di natura difensiva»⁹.

La perdurante instabilità che caratterizza quelle zone marittime solleva alcune questioni relative all’impiego della forza per rispondere agli attacchi degli Houthi¹⁰. Alla complessità di tale scenario contribuisce la risoluzione 2722 (2024) del Consiglio di sicurezza¹¹, richiamata nella decisione 2024/583 relativa alla missione *Aspides*¹², in cui l’organo delle Nazioni Unite «takes note of the right of Member States, in accordance with international law, to defend their vessels from attacks, including those that undermine navigational rights and freedoms»¹³. La risoluzione non ha previsto l’impiego della forza ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, come invece autorizzato a fondamento delle altre due missioni militari navali dell’UE¹⁴. D’altra parte, il testo non chiarisce se il diritto degli Stati membri di difendere le proprie navi da attacchi in mare corrisponda al diritto di legittima

⁷ Azione comune (PESC) 2008/851 del Consiglio, del 10 novembre 2008, relativa a un’operazione militare dell’Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia e decisione (PESC) 2008/918 del Consiglio dell’8 dicembre 2008, relativa all’avvio di un’operazione militare dell’Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia (*Atalanta*).

⁸ G. GAIANI, *Al via l’Operazione Prosperity Guardian nel Mar Rosso: l’Italia invia la fregata Fasan*, in *ANALISIDIFESA*, 21 dicembre 2023, www.analisdifesa.it.

⁹ Servizio europeo per l’azione esterna, *Informal Foreign Affairs Council (Defence): Press remarks by High Representative Josep Borrell at the press conference*, 31 gennaio 2024.

¹⁰ V., ad es., M. FROSTAD, *Houthi Attacks on Merchant Vessels in the Red Sea*, in *Articles of War*, 10 giugno 2024, www.lieber.westpoint.edu; L. BRASSAT, *The Lawfulness of military strikes against the Houthis in Yemen and the Red Sea*, in *EJIL:Talk!*, 19 marzo 2024, www.ejiltalk.org; E. ZAMUNER, *La tutela della libertà di navigazione nel Mar Rosso e la legittima difesa nel diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, 14 marzo 2024, www.sidiblog.org.

¹¹ La risoluzione è stata adottata con 11 voti favorevoli (Ecuador, Francia, Guyana, Giappone, Malta, Repubblica di Corea, Sierra Leone, Slovenia, Svizzera, Regno Unito, Stati Uniti) e 4 astensioni (Algeria, Cina, Mozambico e Federazione russa).

¹² Nella decisione si legge che la risoluzione 2722 (2024) «prende atto del diritto degli Stati membri, in conformità del diritto internazionale, di difendere le loro navi da attacchi, compresi quelli che compromettono i diritti e le libertà di navigazione». Decisione (PESC) 2024/583, cit., preambolo, considerando n. 5.

¹³ Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/2722, cit., par. 3 (corsivo aggiunto).

¹⁴ Si tratta delle operazioni EUNAVFOR MED *Irinì* (allora denominata *Sophia*) e *Atalanta*, in occasione delle quali il Consiglio di sicurezza autorizzò gli Stati membri agenti nel quadro di organizzazioni regionali a prendere, rispettivamente, «all measures commensurate to the specific circumstances» e «all necessary means». V. Consiglio di sicurezza, *Migrant smuggling and human trafficking into, through and from the Libyan territory and off the coast of Libya*, UN Doc. S/RES/2240 del 9 ottobre 2015, par. 10, e *Acts of piracy and armed robbery against vessels in territorial waters and the high seas off the coast of Somalia*, UN Doc. S/RES/1816 del 2 giugno 2008, par. 7, lett. b).

difesa¹⁵. Inoltre, non emerge l'eventuale ipotesi di intervento in legittima difesa a protezione di navi di Stati terzi, che invece rileva, come vedremo, nel quadro di *Aspides*¹⁶.

Il presente contributo si propone intende esaminare alcune questioni giuridiche concernenti l'esercizio *in concreto* del diritto di legittima difesa da parte del personale impiegato per la missione ('Forze UE')¹⁷. Tale analisi sarà condotta alla luce del quadro normativo di riferimento e delle disposizioni applicabili in materia di uso della forza, con esclusivo riferimento allo *jus ad bellum*¹⁸. Dopo aver delineato i tratti essenziali della missione (par. 2) e le modalità di impiego della forza autorizzate (par. 3), l'analisi si concentrerà su due dimensioni cruciali per la qualificazione giuridica dell'intervento. Da un lato, il profilo soggettivo, ossia l'individuazione del soggetto giuridico titolare del diritto di legittima difesa (par. 4.1) e la liceità dell'esercizio di tale diritto nei confronti di un attore non statale (par. 4.2); dall'altro, la sua applicazione temporale e la coerenza con le dottrine emerse nella prassi internazionale (par. 5). Seguiranno, infine, alcune considerazioni conclusive (par. 6). Prima di procedere alla disamina, occorre precisare che l'applicabilità in astratto dell'istituto della legittima difesa nello scenario di riferimento è controversa, a causa di alcune questioni preliminari sulle quali, per ragioni di spazio, non è possibile soffermarsi in questa sede¹⁹.

¹⁵ La Federazione russa aveva proposto un emendamento al par. 3, in seguito respinto (con il voto contrario di Stati Uniti e Regno Unito), così formulato: «[The Security Council] takes note of applicable rights of Member States in accordance with international law». Nella discussione successiva all'adozione della risoluzione, il rappresentante russo ha affermato che «operative paragraph 3 [of the resolution] does not establish a right of States to defend their ships from attacks – that does not exist. All activities under that paragraph, as stated in the paragraph itself, must be carried out strictly within the framework of existing international law» e che gli Stati Uniti, promotori col Giappone della risoluzione, «equates the protection of commercial vessels with self-defence [...] to give themselves a free hand at loosely interpreting the right to defend their ships for the purpose of self-defence». Da parte sua, il rappresentante statunitense ha precisato, riferendosi al diritto di legittima difesa, che «[i]t is long established that States have a right to defend merchant and commercial vessels from attacks». In termini favorevoli all'interpretazione del par. 3 come implicante il diritto alla legittima difesa si è espressa pure la Slovenia, il cui rappresentante ha sottolineato che «our interpretation of operative paragraph 3 provides that any response to attacks in the Red Sea must be in line with international law, in particular international humanitarian and human rights law, and within the strict conditions of the exercise of self-defence». Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/PV.9527. Per l'opinione secondo cui la risoluzione 2722 non riconosce il diritto di legittima difesa in capo agli Stati attaccati v. M. SVICEVIC, *Strikes against the Houthis: The Relationship between Resolution 2722 (2024) and the Right of Self-Defense*, in *Articles of War*, 6 febbraio 2024, www.lieber.westpoint.edu.

¹⁶ *Infra*, par. 3.

¹⁷ Nel momento in cui si scrive (novembre 2025), la missione consta di 21 Paesi contributori (tutti Stati membri dell'UE, oltre all'Albania) e di 3 unità navali. V. EUNAVFOR *Aspides* Factsheet, www.ceas.europa.eu.

¹⁸ Non sarà oggetto di analisi la valutazione dei criteri di necessità e proporzionalità previsti dal diritto internazionale consuetudinario. Sul punto v. T. GAZZINI, *L'operazione Aspides dell'Unione europea per assicurare la libertà di navigazione nel Mar Rosso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, p. 794 ss.

¹⁹ Tra queste, la possibilità di ricorrere alla legittima difesa per la protezione di navi civili e commerciali di Stati terzi è particolarmente controversa. Se infatti le navi militari sono notoriamente considerate 'parti' del territorio sovrano di uno Stato, cosicché qualsiasi attacco armato sferrato nei loro confronti è considerato un attacco armato contro quello Stato, che, come tale, giustifica la reazione in legittima

2. Il mandato, gli obiettivi e l’uso della forza consentito

L’obiettivo strategico di *Aspides* è quello di «garantire una presenza navale dell’Unione nell’area di operazioni al fine di garantire la libertà di navigazione per le navi, in stretta cooperazione con i garanti della sicurezza marittima che condividono gli stessi principi»²⁰. A tale scopo, le Forze UE dovranno: a) scortare le navi nell’area di operazioni²¹; b) garantire la conoscenza della situazione marittima nell’area di operazioni; e c) proteggere le navi da attacchi multi-dominio in mare in una sottozona dell’area di operazioni²².

Il compito di cui alla lett. c), in particolare, deve essere eseguito «nel pieno rispetto del diritto internazionale, compresi i principi di *necessità* e *proporzionalità*»²³. Se ne deduce, quindi, un riferimento implicito alla possibilità, per le Forze UE, di esercitare il diritto di legittima difesa, il quale, come noto, deve essere conforme ai criteri di necessità e proporzionalità, previsti dal diritto internazionale consuetudinario²⁴. Tale previsione deve essere letta in combinato disposto con il preambolo della decisione, in cui si afferma che le Forze UE «dovrebbero agire nel rispetto del diritto internazionale applicabile, compreso il diritto internazionale consuetudinario, ricorrendo anche all’autotutela, ove siano soddisfatte le condizioni, per difendersi da un attacco imminente o in corso nei confronti di navi proprie

difesa di quest’ultimo, lo stesso non può dirsi con certezza per le navi non militari, come quelle protette nel quadro di *Aspides*. Sul punto v., tra gli altri, H. RAINA, *Attacks on Merchant Shipping: Which State Has the Right to Respond in Self-Defence?*, in *Articles of War*, 15 aprile 2024, www.lieber.westpoint.edu e E. CAVALCANTI DE MELLO FILHO, *Armed attacks against merchant vessels: ‘Looking behind the Flag’ to find the victim State*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2024, p. 281 ss. Occorre inoltre ricordare che, in relazione all’impiego della forza, assumono rilievo anche le norme del diritto internazionale del mare, contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, espressamente richiamata nel considerando n. 8 della decisione (UE) 2024/583 del Consiglio. In particolare, merita attenzione la possibile qualificazione degli attacchi condotti dagli Houthi come atti di pirateria ai sensi della suddetta Convenzione. Su quest’ultimo profilo v. ancora T. GAZZINI, *L’operazione Aspides*, cit., p. 789 ss.

²⁰ Decisione (PESC) 2024/583, cit., art. 1, par. 4.

²¹ Si tratta delle zone marittime entro le quali si svolgono i compiti demandati alla Missione, comprendenti gli stretti di Baab al-Mandab (che separa il Golfo Persico da quello di Oman) e di Hormuz (che separa il Mar Rosso dal Golfo di Aden), nonché le acque internazionali del Mar Rosso, del Mar Arabico, del Golfo di Oman e del Golfo Persico. I limiti dettagliati dell’area di operazioni, le sue sottozone e la zona di interesse, sono definiti nei documenti di pianificazione della missione approvati dal Consiglio.

²² Decisione (PESC) 2024/583, cit., art. 1, par. 5.

²³ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

²⁴ CIG, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, par. 194.

o di terzi»²⁵. Inoltre, l'operazione dovrebbe agire nel pieno rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)²⁶.

Pertanto, la decisione 2024/583 fa salvo il diritto delle Forze UE di agire in *autotutela*²⁷, comprendente il (o equivalente al) diritto di *legittima difesa*, per respingere eventuali attacchi sferrati dagli Houthi in una particolare zona dell'area delle operazioni, in conformità a

²⁵ Decisione (PESC) 2024/583, cit., preambolo, considerando n. 8. Si noti che l'utilizzo del verbo 'dovere' al condizionale («dovrebbe», «dovrebbero») – presente pure nelle versioni in lingua inglese (*should*), francese (*devrait*) e tedesca (*sollte*), ma non in quella spagnola (*debe*) – è limitato al preambolo ed è probabilmente dovuto al fatto che quest'ultimo non contiene formalmente previsioni normative, che sono invece incluse nella parte dispositiva dell'atto. D'altra parte, sembra trattarsi di una 'prassi' recente, ove si osservi che, ad es., la decisione di avvio dell'operazione militare navale EUNAVFOR MED (oggi *Irim*), in seguito abrogata, utilizzava nel preambolo i verbi all'indicativo, prevedendo che l'operazione «sarà condotta nel rispetto del diritto internazionale». Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015, relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centro-meridionale (EUNAVFOR MED), considerando n. 6.

²⁶ Decisione (PESC) 2024/583, cit., preambolo, considerando n. 8.

²⁷ Com'è noto, il termine 'autotutela' impiegato nella versione italiana possiede, nel linguaggio giuridico, un'accezione più ampia rispetto a quello di 'legittima difesa', riferendosi alla categoria di azioni – non implicanti l'uso della forza, ad eccezione appunto della legittima difesa – che uno Stato può intraprendere al fine di reprimere un illecito altrui. Si noti, peraltro, che un termine simile (*autodéfense*) è utilizzato anche nella decisione in francese, diversamente dal termine impiegato nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (*légitime défense*) nella versione autentica in questa lingua. La decisione in lingua inglese utilizza, invece, più propriamente il termine *self-defence*, identico a quello contenuto nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite in questa lingua; lo stesso dicasi per le versioni in lingua spagnola (*legítima defensa*) e tedesca (*Selbstverteidigung*). L'uso del termine 'autotutela' nelle versioni italiana e francese può non avere nessun rilievo giuridico particolare ed essere considerato come sinonimo di 'legittima difesa'. Quest'ultimo è il senso che si evince dalla relazione sulla missione svolta dal nostro Ministro degli esteri presso il Senato (Senato della Repubblica, 166ª seduta pubblica del 5 marzo 2024, *Comunicazioni del Governo sulle missioni e gli impegni operativi internazionali da avviare nel 2024 e conseguente discussione*, comunicazione del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale A. Tajani, p. 13, www.senato.it). D'altra parte, il termine potrebbe essere anche indice del fatto che l'azione delle Forze UE consiste anche nell'adozione di contromisure pacifiche (sebbene difficilmente ipotizzabili in concreto nel caso di specie) oppure in qualcosa di analogo (ad es., un'azione di 'contromisura coercitiva', che prevede l'uso della forza in via meramente difensiva), ma non necessariamente equivalente, all'esercizio del diritto di legittima difesa come previsto dal diritto internazionale vigente. Rimarrebbe tuttavia aperta la questione del perché le altre versioni linguistiche utilizzino il medesimo termine contenuto nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. Sulla configurazione delle attività di *Aspides* come contromisure (collettive) anziché come forme di esercizio del diritto di legittima difesa v. M. TONDINI, *The Legality of ASPIDES Protection Activities in the Framework of the Collective Countermeasures Doctrine*, in *EJIL:Talk!*, 24 maggio 2024, www.ejiltalk.org. La tesi è in teoria interessante, avendo il merito di aggirare molti dei problemi giuridici che l'applicazione del diritto di legittima difesa solleva nello scenario in questione; tuttavia, essa non sembra trovare riscontro nella prassi ed è smentita, oltre che dalla decisione 2024/583 (per lo meno nelle versioni linguistiche che utilizzano il termine traducibile con 'legittima difesa'), dai comunicati stampa successivi alle azioni militari intraprese dalle Forze UE (v., ad es., EUNAVFOR ASPIDES: Warship shot down 2 UAVs, 27 febbraio 2024, www.ecas.europa.eu), nonché dalle parole dell'ex Alto rappresentante J. Borrell, che ha affermato che «[EU's] vessels operate in self-defence and to protect targeted ships». V. EUNAVFOR Operation ASPIDES: Press statement by High Representative/Vice-President Josep Borrell during his visit to the Operational Headquarters in Greece, 5 luglio 2024, www.ecas.europa.eu.

quanto stabilito dal diritto internazionale vigente²⁸. Si tratta della prima previsione esplicita, nell’ambito delle missioni di PSDC, relativa alla legittima difesa esercitabile da parte delle Forze UE. Gli atti relativi alle altre operazioni militari navali condotte dall’UE (*Atalanta*²⁹ e *Irin*³⁰) contengono, infatti, solo dei riferimenti generici all’obbligo di rispettare il diritto internazionale applicabile nello svolgimento della missione.

Le norme summenzionate trovano la propria base giuridica, a livello di diritto primario, nell’obbligo in capo all’UE di rispettare il diritto internazionale nell’attuazione delle politiche, PSDC inclusa, che si svolgono al di fuori del proprio spazio giuridico³¹. Altri documenti di natura strategica adottati dal Consiglio dell’UE ribadiscono quest’obbligo con riferimento alle azioni nel settore della sicurezza e della difesa, mentre solo alcuni di questi menzionano la possibilità per l’UE e i suoi Stati membri di esercitare il diritto di legittima difesa, senza però definirne i contorni applicativi. Tra questi atti rilevano la Strategia europea in materia di sicurezza del 2009³², i Concetti dell’UE per l’uso della forza nelle missioni e operazioni a guida UE del 2010³³ e per le missioni e operazioni a guida UE del 2014³⁴, la Bussola strategica per la sicurezza e la difesa dell’UE del 2022³⁵ e la Strategia per la sicurezza marittima dell’UE riveduta del 2023³⁶.

Quest’ultima, in particolare, fornisce un quadro di riferimento per l’azione dell’UE rispetto alle «security challenges at sea»³⁷ e fa leva su alcuni principi, tra cui il rispetto degli obblighi internazionali applicabili, comprendenti le norme sui diritti umani e sul diritto internazionale del mare³⁸. Tuttavia, la Strategia nulla dice riguardo all’uso della forza consentito nello svolgimento di operazioni di sicurezza a guida europea in mare. Il Concetto del 2010 stabilisce invece, in maniera esplicita, che l’uso della forza da parte dell’UE, inclusa la legittima difesa, deve essere conforme agli obblighi internazionali convenzionali e

²⁸ È ampiamente noto come sia l’occorrenza di un attacco armato, ovvero l’ipotesi più grave di violazione del divieto dell’uso della forza sancito dall’art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite, a costituire il presupposto necessario affinché uno Stato possa reagire in legittima difesa.

²⁹ Azione comune 2008/851/PESC del Consiglio, cit., considerando n. 2, artt. 2 e 12, par. 2.

³⁰ Decisione (PESC) 2020/472 del Consiglio, del 31 marzo 2020, relativa a un’operazione militare dell’Unione europea nel Mediterraneo (EUNAVFOR MED *Irin*), artt. 1, par. 1, e 4, par. 2.

³¹ Trattato sull’Unione europea, cit., artt. 3, par. 5, e 21, par. 1.

³² Consiglio dell’Unione europea, *Strategia europea in materia di sicurezza. Un’Europa sicura in un mondo migliore*, 2009, www.consilium.europa.eu.

³³ Consiglio dell’Unione europea, *EU Concept for the Use of Force in EU-led Military Operations*, 17107/14, 2 febbraio 2010, p. 6, par. 2.

³⁴ Consiglio dell’Unione europea, *European Union Concept for EU-led Military Operations and Missions*, 17107/14, 19 dicembre 2014, p. 12, par. 26 e p. 16, par. 34, lett. b).

³⁵ Consiglio dell’Unione europea, *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*, 7371/22, 21 marzo 2022, p. 16.

³⁶ Consiglio dell’Unione europea, *Revised EU Maritime Security Strategy*, 14280/23, 24 ottobre 2023, p. 5 e 49.

³⁷ *Ivi*, p. 5.

³⁸ *Ivi*, p. 5 e 11.

consuetudinari e alle decisioni delle organizzazioni internazionali competenti³⁹. Un riferimento alla nozione di ‘autodifesa’⁴⁰ è contenuto, inoltre, nella Strategia del 2009, in cui si afferma che questa si è sviluppata col tempo alla luce delle nuove minacce e che l’UE deve essere pronta ad agire «prima che una crisi insorga»⁴¹. Tuttavia, il termine sembra riflettere un’accezione autonoma, riconducibile al lessico strategico dell’UE, piuttosto che coincidere pienamente con la nozione di legittima difesa prevista dal diritto internazionale. In ogni caso, il documento non offre alcuna indicazione, sul piano giuridico, circa le modalità con cui l’UE e gli Stati partecipanti alle missioni di PSDC intendano eventualmente esercitare tale ‘autodifesa’.

In assenza di ulteriori riferimenti normativi espliciti, la portata di tale istituto, nel contesto di *Aspides*, deve essere ricostruita alla luce, oltre che della decisione istitutiva della missione e degli altri documenti di carattere operativo emanati dall’UE (ad esempio, il piano operativo della missione e le regole d’ingaggio, entrambi classificati), delle norme del diritto internazionale applicabili in materia, che saranno oggetto di analisi nei paragrafi che seguono⁴².

3. Legittima difesa individuale e collettiva

La decisione 2024/583 sembra ammettere la possibilità di ricorrere a entrambe le tipologie di legittima difesa previste dal diritto internazionale, ovvero quella individuale e quella collettiva. Essa infatti ha stabilito, diversamente dalla risoluzione 2722 (2024) del Consiglio di sicurezza menzionata in precedenza, che tale diritto possa essere esercitato «per difendersi da un attacco imminente o in corso nei confronti di navi proprie o *di terzi*»⁴³.

La scelta di includere la protezione dagli attacchi degli Houthi a beneficio anche di navi di altri Stati appare pressoché inevitabile, alla luce del progressivo aumento degli incidenti verificatisi al largo delle coste yemenite, che hanno coinvolto navi battenti bandiera di Stati

³⁹ Consiglio dell’Unione europea, *EU Concept for the Use of Force in EU-led Military Operations*, cit., p. 6, par. 2.

⁴⁰ Anche la versione in lingua francese del Concetto utilizza il termine *autodéfense* e non *légitime défense*, contenuto nell’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. L’unica versione linguistica che utilizza il medesimo termine in entrambi i documenti è quella in lingua inglese (*self-defence*).

⁴¹ Consiglio dell’Unione europea, *Strategia europea in materia di sicurezza*, cit., p. 34.

⁴² La possibilità di esercitare il diritto di legittima difesa nel quadro di conflitti armati che si svolgono in mare è peraltro prevista anche dal relativo Manuale di San Remo. Questo riconosce l’applicabilità di tale diritto così come stabilito dall’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite e soggetto ai limiti imposti sia da tale accordo che «from general international law». Ammesso che nel contesto di *Aspides* si applichi la fattispecie del ‘conflitto armato’, il Manuale non è, in ogni caso, giuridicamente vincolante. San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 12 giugno 1994, artt. 3-6.

⁴³ Decisione (PESC) 2024/583, cit., preambolo, considerando n. 8 (corsivo aggiunto).

non UE⁴⁴, nonché dello scopo principale della missione, che è appunto quello di proteggere la libertà di navigazione delle imbarcazioni – in gran parte civili e commerciali – che transitano nel Mar Rosso. Nei casi di intervento militare a protezione di navi straniere, pertanto, le Forze UE agirebbero, almeno in teoria, in legittima difesa collettiva⁴⁵. Questa, com’è noto, può essere lecitamente esercitata da uno Stato a difesa di un altro Stato solo su richiesta di quest’ultimo⁴⁶. Tuttavia, non ci risulta che siffatta richiesta da parte degli Stati di bandiera delle imbarcazioni minacciate dagli attacchi degli Houthi sia effettivamente pervenuta, quanto meno in maniera espressa⁴⁷. Ciò induce pertanto a dubitare sia del fatto che ci si trovi dinanzi a casi di uso della forza in legittima difesa collettiva, sia, ammesso che si rientri in questa fattispecie, che la forza sia stata utilizzata secondo i canoni di legalità previsti dal diritto internazionale vigente⁴⁸. Occorre peraltro riconoscere che può risultare estremamente difficile in concreto, per lo Stato la cui nave si trovi in una situazione di pericolo, richiedere, in tempo utile e prima che l’attacco armato si realizzi, l’intervento a protezione da parte delle navi di *Aspides*. In alternativa, si può ipotizzare che tale richiesta possa promanare dal capitano della nave, almeno limitatamente alle operazioni volte a

⁴⁴ Tra gli Stati non UE di bandiera delle navi commerciali maggiormente coinvolte in attacchi nel Mar Rosso nel 2024 figurano Liberia e Panama. V. ACLED, *Red Sea Attacks Dashboard*, www.acleddata.com.

⁴⁵ In tal caso, si porrebbe il problema di individuare lo Stato di nazionalità delle navi autorizzato a impiegare la forza in legittima difesa, stante la difficoltà di individuare quel ‘legame effettivo’ tra lo Stato e l’imbarcazione, richiesto dall’art. 91 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, alla luce del processo di globalizzazione e rinazionalizzazione delle navi mercantili in corso negli ultimi decenni. Sul punto v. N. OTT, *Oh Captain, whose Captain? Das Flaggenstaatsprinzip im Winde der Globalisierung*, in *Völkerrechtsblog*, 31 ottobre 2024, www.voelkerrechtsblog.org.

⁴⁶ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 199; sentenza del 6 novembre 2003, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 51; Institut de droit international, *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law – A. Self-defence*, risoluzione del 27 ottobre 2007, par. 8.

⁴⁷ Nella sentenza di merito sul caso *Oil Platforms*, il fatto che gli Stati Uniti non avessero invocato l’esercizio della legittima difesa collettiva a protezione di navi commerciali in transito nel Golfo Persico, pur avendo fatto riferimento nelle proprie memorie ad attacchi subiti anche da assetti non battenti bandiera statunitense al fine di giustificare l’uso della forza contro le piattaforme petrolifere iraniane, indusse la CIG a valutare la liceità dell’azione militare degli Stati Uniti esclusivamente sotto la lente della legittima difesa individuale. CIG, *Oil Platforms*, cit., par. 51. D’altra parte, non è possibile escludere la sussistenza di una richiesta ‘tacita’ da parte degli Stati di bandiera, la quale – sebbene infrequente nella prassi – sembra essere ammessa nel diritto internazionale. Cfr. J.A. GREEN, *Collective Self-Defence in International Law*, Cambridge, 2024, p. 227 ss.

⁴⁸ Anche la condotta delle forze aeree e navali degli Stati Uniti e del Regno Unito, a partire dal gennaio 2024, contro obiettivi houthi nel Mar Rosso e in territorio yemenita, è stata ritenuta in dottrina difficilmente inquadrabile come azione in legittima difesa collettiva, a causa della mancata richiesta di assistenza da parte degli Stati colpiti. V. R. BUCHAN, *The Law of Self-Defense and the U.S. and UK Strikes against the Houthis*, in *Articles of War*, 31 gennaio 2024, www.lieber.westpoint.edu; L. BRASSAT, *The Lawfulness of military strikes against the Houthis in Yemen*, cit. Tuttavia, nove Stati – tra cui alcuni Stati membri dell’UE (Danimarca, Germania e Paesi Bassi) – hanno affermato che Stati Uniti e Regno Unito «conducted joint strikes in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, consistent with the UN Charter, against a number of targets in Houthi-controlled areas of Yemen». V. *Joint statement on strikes against Houthi military targets: 12 January 2024*, www.gov.uk.

respingere un attacco ovvero a intercettarlo nella sua fase finale⁴⁹. Più difficile è invece ammettere la liceità di una richiesta eventualmente pervenuta *ex post* rispetto all'azione difensiva svolta da *Aspides*⁵⁰.

Alla luce di quanto precede, l'impiego della forza in questo contesto pare collocarsi al di fuori dei confini tradizionali della legittima difesa collettiva, così come delineati dal vigente quadro normativo.

4. L'applicazione *ratione personae* del diritto

4.1. Il soggetto giuridico titolare del diritto

La decisione 2024/583 ha stabilito che «[L]e forze schierate per l'operazione dovrebbero agire nel rispetto del diritto internazionale applicabile, compreso il diritto internazionale consuetudinario, ricorrendo anche all'autotutela» e che «EUNAVFOR ASPIDES protegge le navi da attacchi multi-dominio in mare, nel pieno rispetto del diritto internazionale, compresi i principi di necessità e proporzionalità»⁵¹.

È dunque evidente come tali previsioni lascino impregiudicata la questione relativa all'individuazione del soggetto internazionale legittimato a intervenire in legittima difesa ai sensi del diritto internazionale nel quadro dell'operazione. Le ipotesi che si possono delineare a questo proposito sono tre: a) il singolo Stato membro o terzo⁵² (o i singoli Stati membri o terzi), sotto la cui bandiera opera la nave e il relativo personale, che ricorre alla forza in legittima difesa; b) l'UE in quanto organizzazione internazionale sotto la cui egida operano le navi e il personale messi a disposizione dagli Stati; c) entrambi i soggetti internazionali, nell'ambito delle rispettive competenze così come disciplinate dalla normativa applicabile.

L'ipotesi a) non pone particolari problemi, configurandosi come il caso classico in cui uno Stato esercita il diritto di legittima difesa. È chiaro quindi che, qualora una nave militare battente bandiera italiana impieghi la forza per rispondere ad un attacco armato nell'area di operazioni, in questo caso sarebbe *de iure* l'Italia a ricorrere alla legittima difesa, nei limiti posti dalla normativa vigente in materia.

⁴⁹ T. GAZZINI, *L'operazione Aspides*, cit., p. 795.

⁵⁰ La dottrina prevalente sembra concorde nel ritenere che, in questo caso, l'azione in legittima difesa collettiva sarebbe illecita. V., tra gli altri, J.A. GREEN, *Collective Self-Defence*, cit., p. 228; C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 2018, p. 185; A. CONSTANTINOU, *The Right of Self-Defence under Customary International Law and Article 51 of the UN Charter*, Bruxelles, 2000, p. 180.

⁵¹ Decisione (PESC) 2024/583, cit., preambolo, considerando n. 8 e art. 1, par. 5, lett. c) (corsivo aggiunto).

⁵² La decisione 2024/583 ha stabilito, infatti, che anche Stati terzi «possano essere invitati» a partecipare alla missione. *Ivi*, art. 7, par. 1. Si tratta di una possibilità prevista nel quadro di tutte le missioni di PSDC dell'UE. V. E. CARLI, *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell'Unione europea. Profili di responsabilità internazionale*, Torino, 2019, p. 79 ss.

Più problematica risulta, invece, l’ipotesi secondo cui l’UE, in quanto soggetto autonomo di diritto internazionale, possa esercitare il diritto di legittima difesa. Tale istituto, infatti, è tradizionalmente riservato agli Stati. Ciò è confermato dallo stesso art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, il quale lo attribuisce in capo a ciascun «Membro» dell’Organizzazione, termine che si riferisce esclusivamente agli Stati. La possibilità che anche le organizzazioni internazionali possano legittimamente ricorrere alla difesa armata non ha, peraltro, ricevuto particolare attenzione in dottrina. Tuttavia, nonostante una prassi internazionale ancora incerta⁵³, gli studiosi che si sono espressi in merito – sebbene prevalentemente con riferimento alle missioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite – sembrano concordi nel ritenere che, in via analogica rispetto alla disciplina consuetudinaria, il diritto di legittima difesa possa essere riconosciuto anche in capo a quelle organizzazioni internazionali che esercitano funzioni di amministrazione territoriale o, come nel caso dell’UE, dispongano della capacità di dispiegare forze armate⁵⁴. Questa tesi è stata indirettamente accolta anche dalla Commissione del diritto internazionale, che negli articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011, ha incluso la legittima difesa tra le cause di esclusione dell’illiceità, giustificando la propria scelta sulla base di «reasons of coherency» rispetto alla corrispondente norma in materia di responsabilità degli Stati⁵⁵. Pertanto, si sarebbe formata una nuova norma di diritto internazionale generale, che estende anche alle organizzazioni internazionali la possibilità – entro certi limiti, verosimilmente ma non necessariamente analoghi a quelli previsti per la norma ‘classica’ – di esercitare il diritto di legittima difesa. In alternativa, la norma consuetudinaria che attribuisce agli Stati il diritto di legittima difesa – emersa sulla base del dettato dell’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite – si sarebbe estesa per analogia in tal senso.

La questione relativa all’individuazione del soggetto di diritto internazionale titolare del diritto di legittima difesa non è affatto secondaria, soprattutto ove si consideri che, qualora tale titolarità fosse attribuita esclusivamente all’UE – e non anche agli Stati membri e terzi che contribuiscono alla missione con i propri assetti militari – la norma internazionale che fonda tale diritto troverebbe origine nel diritto internazionale generale. Si tratterebbe, in tal

⁵³ L’Institut de droit international, in una risoluzione del 2007 (relatore E. Roucouнас), ammise che «the relationship between self-defence and international organizations [...] require[s] further study by the Institute» e decise di non includere le organizzazioni internazionali tra i possibili soggetti titolari del diritto di legittima difesa. Institut de droit international, *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law – A. Self-defence*, cit., preambolo.

⁵⁴ P. PALCHETTI, *Armed Attack against the Military Force of an International Organization and Use of Force in Self-Defence by a Troop-Contributing State: A Tentative Legal Assessment of an Unlikely Scenario*, in *International Organizations Law Review*, 2010, p. 242; C. DOMINICÉ, *La responsabilité internationale des Nations Unies*, in J.-P. COT, et al. (eds.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, 2005, p. 158; T. FINDLAY, *The Use of Force in UN Peace Operations*, Oxford, 2002, p. 15; P. KLEIN, *La Responsabilité des Organisations Internationales*, Bruxelles, 1998, p. 419 ss.; M.H. ARSANJANI, *Claims Against International Organizations: Quis custodiet ipsos custodes?*, in *The Yale Journal of World Public Order*, 1981, p. 176.

⁵⁵ Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on the responsibility of international organizations*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, parte 2, p. 40 ss., art. 21, p. 71, par. 2.

caso, di una norma di più recente formazione rispetto a quella, ormai consolidata, che riconosce il medesimo diritto agli Stati. Di conseguenza, essa avrebbe un minore grado di cristallizzazione e potrebbe, pertanto, risultare maggiormente suscettibile di adattamento a contesti emergenti e a scenari non ancora pienamente disciplinati dalla prassi internazionale. La questione risulta altresì rilevante ai fini dell'accertamento di eventuali responsabilità internazionali. Qualora le Forze UE facessero ricorso al diritto di legittima difesa in modo non conforme al diritto internazionale applicabile – ad esempio mediante un impiego non proporzionato della forza o con modalità eccessivamente preventive – si porrebbe la necessità di determinare, caso per caso, se l'illecito internazionale debba essere ascritto a uno Stato o all'UE in quanto organizzazione internazionale. Nel primo scenario, l'identificazione degli elementi costitutivi dell'illecito da parte dello Stato risulta piuttosto lineare, considerata la consolidata disciplina in materia di responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti. Diversamente, se si ritenesse che sia stata l'UE ad aver esercitato illecitamente la legittima difesa, occorrerebbe innanzitutto verificare l'effettiva applicabilità, in capo ad essa, dell'obbligo di rispettare i limiti giuridici all'esercizio di tale diritto, ai fini della configurabilità dell'elemento oggettivo dell'illecito internazionale. Inoltre, sarebbe necessario determinare se la condotta illecita possa essere attribuita all'organizzazione. Essendo le navi e il personale che partecipano alla missione non altro che organi statali messi a disposizione dell'UE⁵⁶, si dovrebbe quindi stabilire se quest'ultima abbia esercitato un 'controllo effettivo' su quella condotta, secondo quanto stabilito dal Progetto della CDI sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali⁵⁷. Laddove nessuno di questi due elementi possa essere dimostrato, è evidente che non si realizzerebbe alcun illecito internazionale. In estrema ipotesi, le medesime conseguenze si produrrebbero anche qualora sussistesse l'elemento oggettivo dell'illecito internazionale, ma – nello scenario più probabile – non possa essere dimostrato il controllo effettivo esercitato dall'UE sulla condotta incriminata.

Infine, non può escludersi in principio neppure l'ipotesi c), ovvero la titolarità sia degli Stati d'invio del personale militare sia dell'UE del diritto a reagire in legittima difesa. In questo caso, vi può essere la possibilità che gli Stati che forniscono mezzi e personale ai fini della missione agiscano in legittima difesa diversamente dalla linea comune stabilita dall'UE⁵⁸. Si tratterebbe pertanto di differenziare, a seconda del soggetto internazionale

⁵⁶ M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano, 2023, p. 232; E. CARLI, *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell'Unione europea*, cit., p. 375; A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, p. 94.

⁵⁷ *Draft articles on the responsibility of international organizations*, cit., art. 7.

⁵⁸ Significativo, in tal senso, è l'episodio del 2 marzo 2024, in cui il cacciatorepediniere italiano Caio Duilio, già attivo nel Mar Rosso da alcune settimane, distrusse un drone lanciato dagli Houthi, mentre si trovava in volo a circa 4 miglia dall'imbarcazione. L'azione della nave militare italiana fu dichiarata di 'autodifesa', anche se probabilmente si svolse formalmente al di fuori del mandato operativo di *Aspides*.

giuridicamente coinvolto e delle relative norme applicabili, gli scenari in cui la legittima difesa è stata esercitata, al fine di valutare condotte utili per il consolidamento di una determinata consuetudine in materia o eventuali condotte illecite. In quest’ultimo caso, si porrebbe nuovamente la questione dell’accertamento di eventuali responsabilità internazionali e l’attribuzione – all’UE, agli Stati d’invio o a entrambi i soggetti – di tali condotte, ai fini della configurazione dell’elemento soggettivo dell’illecito internazionale, potrebbe rivelarsi particolarmente complessa⁵⁹.

4.2. L’esercizio del diritto contro gli attacchi degli Houthi

L’altra questione attinente alla dimensione soggettiva dell’esercizio del diritto di legittima difesa nel quadro di *Aspides* riguarda la possibilità di intervenire per respingere attacchi provenienti da attori non statali, come gli Houthi nel caso di specie⁶⁰.

⁵⁹ Ad es., laddove la nave operante nel quadro di *Aspides* reagisca in legittima difesa sovvertendo la catena di comando e gli ordini impartiti a livello UE, verosimilmente non si avrebbe un ‘controllo effettivo’ da parte dell’UE su quella condotta, che dovrebbe essere attribuita allo Stato di nazionalità della nave, secondo le regole previste dal diritto consuetudinario in materia di responsabilità degli Stati. V., tra gli altri, E. CARLI, *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell’Unione europea*, cit., p. 390-392.

⁶⁰ Posto che il diritto di legittima difesa è previsto da una norma primaria del diritto internazionale, mentre l’elemento soggettivo del fatto illecito internazionale è regolato da una norma secondaria, è in ogni caso da escludere, a nostro parere, che gli Houthi possano essere qualificati come organi (*de iure* o *de facto*) del governo iraniano, o che l’Iran eserciti un ‘controllo effettivo’ sull’azione di tale gruppo armato, o infine che l’Iran abbia riconosciuto e adottato come propri gli attacchi, ai fini dell’attribuzione della condotta illecita all’Iran. Un’altra possibilità è quella di ritenere che gli Houthi siano in possesso di una (seppur parziale) soggettività internazionale, in quanto movimento insurrezionale. In quest’ottica, essi sarebbero vincolati al rispetto del diritto internazionale consuetudinario e non vi sarebbe, *a fortiori*, alcun dubbio sulla possibilità di reagire in legittima difesa contro i suoi attacchi. A favore di tale lettura depone il fatto che il gruppo armato sembra esercitare funzioni governative in maniera sufficientemente stabile, effettiva ed indipendente su una porzione di territorio e su una determinata popolazione ivi residente. V. l’analisi di M.S. AL-DEEN, *Entrenched Power: The Houthi System of Governance*, Sana’a Center for Strategic Studies, 11 luglio 2022, www.sanaacenter.org. V., inoltre, J. KRASKA, *Attacks on U.S. Warships Justify Self-Defense Against Houthi Forces Ashore*, in *Lawfare*, 2 gennaio 2024, www.lawfaremedia.org, secondo cui «[t]he Houthis, similar to Hezbollah or Hamas, are a state within a state; they must be dealt with as a state would be dealt with».

Com'è noto, il tema è stato, ed è tuttora, ampiamente dibattuto in dottrina⁶¹ e varie sono le ragioni teoriche addotte a supporto dell'una⁶² o dell'altra tesi⁶³. Nonostante posizioni 'conservatrici' e reticenti espresse in merito dalla Corte internazionale di giustizia (CIG)⁶⁴, la prassi statale – accompagnata anche da una parte maggioritaria della dottrina internazionalista – è da tempo orientata nel senso di consentire l'impiego della forza militare per rispondere ad attacchi armati scagliati da attori non statali⁶⁵, solitamente gruppi terroristici. Questa possibilità viene ammessa, entro certi limiti, sulla base di tre argomenti principali, qui di seguito brevemente descritti. Secondo il primo di questi, il diritto di legittima difesa contro attori non statali è esercitabile solo laddove l'attacco armato, e quindi la condotta illecita, possa essere attribuita ad uno Stato secondo le norme in materia di responsabilità internazionale⁶⁶. Questo approccio non ci sembra convincente, in quanto

⁶¹ Tra gli autori italiani v., *ex multis*, P. BARGIACCHI, *Alcune riflessioni sulla legittima difesa nel diritto internazionale (II parte)*, in *La comunità internazionale*, 2023, p. 601 ss.; N. RONZITTI, *Le operazioni contro l'ISIS e la legittima difesa contro gli attori non statali*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia: possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 43 ss.; E. MILANO, *Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, p. 105 ss. Tra le opere in lingua inglese v., su tutte, M.E. O'CONNELL, C.J. TAMS, D. TLADI, *Self-Defence against Non-State Actors*, Cambridge, 2019.

⁶² Tra queste il fatto che: l'«attacco armato» di cui parla l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite non è limitato agli Stati; il Consiglio di sicurezza, avendo dichiarato il terrorismo una «minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale» nelle risoluzioni 1368 e 1373 del 2001 e «riconoscendo» il diritto naturale di legittima difesa individuale e collettiva, ha di fatto avallato il suo esercizio anche contro attori non statali; se si ammette la legittima difesa in via preventiva (almeno secondo un'accezione più limitata), va ammessa anche la legittima difesa contro attori non statali; è paradossale ammettere che lo stesso tipo di attacco, se proveniente da privati, non possa giustificare una reazione in legittima difesa, mentre se sferrato da uno Stato sì; nei casi di autorità di governo debole o assente la legittima difesa contro attori non statali deve considerarsi ammissibile.

⁶³ Tra queste il fatto che: l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite è da intendersi esclusivamente nel senso di una legittima difesa 'Stato c. Stato'; le risoluzioni 1368 e 1373 del Consiglio di sicurezza consideravano il terrorismo come «minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale» ai fini delle misure adottabili dal Consiglio e non dai singoli Stati membri e il richiamo alla legittima difesa è contenuto soltanto nel preambolo ed era azionabile se si fosse dimostrato un nesso tra gli attentati dell'11 settembre con uno Stato; la legittima difesa preventiva è da escludere e, anche se si ammettesse, non riguarda reazioni contro attacchi provenienti da privati; la distinzione tra azioni statali e azioni private resta un principio cardine del diritto internazionale; anche nel caso di Stati falliti, l'azione in legittima difesa contro attori non statali violerebbe la sovranità dello Stato colpito.

⁶⁴ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 139; sentenza del 19 dicembre 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, par. 147.

⁶⁵ V. la prassi riportata, tra gli altri, in I. INFANTE, *The right of self-defence against non-State actors in the German practice*, in *SIDIBlog*, 13 luglio 2021, www.sidiblog.org; J. BRUNNÉE, S.J. TOOPE, *Self-defence against non-state actors*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 263 ss., in particolare p. 267-277; K.N. TRAPP, *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?*, in M. WELLER (ed.), *Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015, p. 679 ss., in particolare p. 689-694; C. ANTONOPOULOS, *Force by Armed Groups as Armed Attack and the Broadening of Self-Defence*, in *Netherlands International Law Review*, 2008, p. 159 ss.

⁶⁶ Questo è l'approccio adottato dalla CIG nel parere sul *Muro*, nel quale i giudici hanno affermato che il diritto naturale di legittima difesa esiste «in the case of armed attack by one State against another

riconduce la questione nell’ambito della responsabilità internazionale, regolata da norme secondarie del diritto internazionale, finendo per svuotare di efficacia la norma primaria che disciplina l’eventuale esercizio del diritto di legittima difesa contro attori non statali⁶⁷. Il secondo argomento, di matrice prevalentemente anglosassone⁶⁸, consiste nell’applicazione del criterio dell’*unable or unwilling*, secondo cui l’azione in legittima difesa diviene lecita qualora lo Stato, sul cui territorio opera il gruppo armato, non sia in grado di, o non intenda, porre fine alla condotta ostile del gruppo. Tale argomento ha il merito di limitare in qualche modo l’esercizio indiscriminato del diritto di legittima difesa, ma si scontra con la difficoltà – che spesso diventa motivo di abuso – di appurare quando uno Stato sia realmente *unable* o *unwilling* di opporsi al gruppo terroristico⁶⁹. Infine, il terzo argomento, il più restrittivo, consente azioni in legittima difesa contro attori non statali solamente laddove questi ultimi abbiano instaurato un regime *de facto* sul territorio dello Stato nel quale operano, esercitando pertanto un controllo effettivo su di esso⁷⁰.

Per quanto ci riguarda, ammettere la liceità di una reazione armata da parte di uno Stato o di un’organizzazione internazionale in risposta ad attacchi provenienti da soggetti privati risponde non solo a criteri di coerenza sistemica e razionalità giuridica, ma anche a esigenze pratiche derivanti dalla concreta pericolosità di tali minacce, a prescindere dalla sussistenza di criteri scarsamente oggettivi, eccessivamente vaghi e per questo facilmente controvertibili, come quelli summenzionati. È importante, tuttavia, distinguere tale esigenza pragmatica – che può costituire un argomento per l’emersione di una norma *de lege ferenda* –

State», ma poiché gli attacchi contro Israele non potevano essere «imputable to a foreign State», la legittima difesa non rilevava. CIG, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 139.

⁶⁷ C. O’MEARA, *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law*, Oxford, 2021, p. 27; N. TSAGOURIAS, *Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule*, in *Leiden Journal of International Law*, 2016, p. 801 ss., in particolare p. 807 ss.

⁶⁸ V., ad es., A.S. DEEKS, «Unwilling or Unable»: *Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defence*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, p. 483 ss.; T. REINOLD, *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-defence Post-9/11*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 244 ss.; E. WILMSHURST, *The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, Principle F, p. 969 ss.

⁶⁹ Per una lettura critica della dottrina v., tra gli altri, P. STARSKI, *Right to Self-Defence, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the “Unable or Unwilling” Standard?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2015, p. 455 ss.

⁷⁰ Questo, ad es., sembra essere l’approccio adottato dalla Germania per giustificare le azioni in legittima difesa collettiva contro l’ISIL nel 2014 compiute in territorio siriano. Nella lettera indirizzata al Segretario generale delle Nazioni Unite si affermava infatti che l’ISIL «has occupied a certain part of Syrian territory over which the Government of the Syrian Arab Republic does not at this time exercise effective control. States that have been subjected to armed attack by ISIL originating in this part of Syrian territory, are therefore justified under Article 51 of the Charter of the United Nations to take necessary measures of self-defence, even without the consent of the Government of the Syrian Arab Republic». Consiglio di sicurezza, *Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/946 del 10 dicembre 2015.

dal concetto di ‘necessità’ quale criterio giuridico che disciplina l’esercizio della legittima difesa. Com’è noto, tale criterio impone che l’uso della forza costituisca l’unico mezzo praticamente e/o ragionevolmente disponibile per respingere un attacco armato⁷¹. Alla luce della letalità e della portata degli armamenti impiegati da alcuni gruppi non statali, i quali possono produrre effetti sostanzialmente assimilabili a quelli di attacchi armati statali⁷², riteniamo che il criterio della necessità, in senso ‘stretto’, possa considerarsi rispettato, così come verosimilmente raggiunta la soglia di intensità richiesta per qualificare un’azione come attacco armato⁷³.

Quanto diciamo trova riscontro anche con riguardo agli Houthi, il cui arsenale bellico⁷⁴ – costituito da missili da crociera, missili balistici antinave, droni kamikaze e, secondo presunte dichiarazioni rilasciate dal leader del gruppo Abdulmalik al-Houthi e dai suoi affiliati, anche da armi sottomarine e missili ipersonici – è aumentato esponenzialmente nel corso degli anni, grazie soprattutto al supporto dell’Iran⁷⁵. Volendo richiamare i criteri menzionati in precedenza a ulteriore supporto della tesi favorevole all’esercizio della legittima difesa contro gli attacchi sferrati da questo gruppo armato, si consideri che una parte dello Yemen, ovvero l’area in cui sono stanziati gli Houthi e le loro installazioni militari, come dichiarato dall’ex Alto rappresentante UE per la politica estera e di sicurezza J. Borrell⁷⁶, è di fatto sotto il controllo *de facto* di questa organizzazione⁷⁷. In conclusione, ci sembra che l’uso della forza da parte delle Forze UE nel quadro di *Aspides* – sebbene non possa ancora dirsi con assoluta certezza concluso il processo di formazione, nel diritto internazionale, di una norma consuetudinaria che permetta l’esercizio del diritto di legittima

⁷¹ Si noti che il criterio della necessità ha ricevuto interpretazioni diverse in dottrina e la sua valutazione è fortemente dipendente dal contesto e dalle circostanze specifiche di ciascun caso. Cfr., ad es., Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, V ed., Cambridge, 2011, p. 232 e C. O’MEARA, *Necessity and Proportionality*, cit., p. 25 ss., in particolare, p. 95 ss.

⁷² N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, p. 36 ss.

⁷³ Il presente contributo si basa sul presupposto, tutto da dimostrare, che le azioni offensive degli Houthi siano qualificabili come ‘attacchi armati’. La questione può in effetti rivelarsi complessa, in quanto si tratta di singoli attacchi di portata e intensità relativamente ridotte. Nonostante alcune riserve, sembra esservi un certo consenso in dottrina sul fatto che una serie di attacchi considerati nel loro complesso possa giustificare una reazione in legittima difesa, secondo la cosiddetta ‘*Nadelstichtaktik*’ o ‘teoria dell’accumulazione degli effetti’. V. Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, cit., p. 206; T. RUYS, ‘*Armed Attack*’ and Article 51 of the UN Charter, Cambridge, 2010, p. 174. Cfr., inoltre, CIG, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 147 e *Oil Platforms*, cit., par. 63 ss., dove i giudici sembrano sottendere questa possibilità. Sulla questione con specifico riferimento alle condotte degli Houthi v. M. FROSTAD, *Houthi Attacks on Merchant Vessels*, cit.; L. BRASSAT, *The Lawfulness of military strikes against the Houthis*, cit.; R. BUCHAN, *The Law of Self-Defense*, cit.

⁷⁴ V. F. HINZ, *Houthi anti-ship missile systems: getting better all the time*, in *International Institute for Strategic Studies*, 8 gennaio 2024, www.iiss.org.

⁷⁵ V. N. SANNA, *Evoluzione della capacità offensiva degli Houthi*, in *Geopolitica.info*, 7 aprile 2021, www.geopolitica.info.

⁷⁶ V., ad es., *Yemen: Statement by the Spokesperson on Houthi attacks on ships in Red Sea*, 13 dicembre 2023, www.ceas.europa.eu.

⁷⁷ V. L. BRASSAT, *The Lawfulness of military strikes against the Houthis*, cit.

difesa contro attori non statali – sia quanto meno conforme ai criteri sin qui elaborati nella prassi.

5. L'applicazione *ratione temporis* del diritto

Come si è visto⁷⁸, la decisione 2024/583 prevede che le Forze UE possano impiegare la forza per difendersi non soltanto da un attacco «in corso», ma anche nel caso di uno giudicato *imminente*. Il diritto di legittima difesa è quindi formulato, dal punto di vista del suo esercizio temporale, in termini apparentemente estensivi.

Occorre pertanto richiamare quelle che sono le principali teorie ‘espansionistiche’ del diritto di legittima difesa nella sua prospettiva temporale e verificare se, e in quale misura, la nozione adottata dall’UE per *Aspides* possa rientrarvi.

5.1. Le diverse interpretazioni nella prassi internazionale

L’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite è suscettibile di interpretazioni differenti circa il momento a partire dal quale si può ritenere che un attacco armato si sia realizzato e il soggetto colpito possa usare la forza in legittima difesa, stabilendo che il relativo diritto debba essere esercitato qualora tale tipo di attacco, secondo il testo autentico in lingua inglese, «occurs» contro un Membro delle Nazioni Unite⁷⁹.

Oltre al caso più conforme rispetto al dettato normativo (e perciò meno problematico), ovvero quello di un’azione in legittima difesa successiva rispetto all’attacco armato subito (*reactive self-defence*), si è fatta strada, nella prassi statale, la tesi favorevole alla possibilità di impiegare la forza *prima* che l’attacco armato abbia luogo. Com’è noto, questa applicazione estensiva della norma ha generato, specie a partire dall’inizio di questo secolo, un amplissimo dibattito in dottrina circa la sua liceità ai sensi del diritto internazionale⁸⁰. Pur

⁷⁸ V. *supra*, par. 2.

⁷⁹ Nelle versioni autentiche in lingua francese e spagnola il diritto di legittima difesa è ammesso, rispettivamente, «dans le cas où un Membre des Nations Unies est l’objet d’une agression armée» e «en caso de ataque armado».

⁸⁰ V., *ex multis*, L. CECCHINI, *La legittima difesa preventiva nell’ordinamento giuridico internazionale*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2023, p. 47 ss.; C. O’MEARA, *Reconceptualising the right of self-defence against ‘imminent’ armed attack*, in *Journal on the Use of Force and International Law*, 2022, p. 278 ss.; A.S. DEEKS, *Taming the Doctrine of Pre-Emption*, in M. WELLER (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015, p. 661 ss.; A. WARREN, I. BODE, *Self-Defense in International Law: Preemptive/Preventive Requisites*, in ID., *Governing the Use-of-Force in International Relations. New Security Challenges Series*, 2014, London, p. 23 ss.; R. KOLB, *Self-defence and preventive war at the beginning of the Millenium*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2004, p. 111 ss.; T.M. FRANCK, *Preemption, Prevention and Antidpatory Self-Defence: New Law Regarding Recourse to Force?*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, p. 425 ss.; J.R. PAUL, *The Bush Doctrine: Making or Breaking Customary International Law?*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, p. 457 ss.; A. DI BLASE, *La «dottrina Bush» e il diritto internazionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1587 ss.; E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull’uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 171 ss.

nella necessità di semplificare, è possibile individuare almeno tre distinte interpretazioni di questa impostazione⁸¹, fermo restando che i confini tra di esse restano sfumati e che la terminologia utilizzata non è sempre impiegata in modo uniforme né nella prassi degli Stati né in ambito dottrinale⁸².

La lettura maggiormente estensiva della norma di cui all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite include tra gli attacchi armati anche le minacce soltanto potenziali, con la conseguenza che uno Stato potrebbe usare la forza in via puramente preventiva, anche in assenza di una minaccia certa e concreta di un attacco armato nei suoi confronti (c.d. *preventive* o *pre-emptive self-defence*)⁸³. Tale dottrina ha ricevuto forti critiche ed è senz'altro da escludere la sua corrispondenza al diritto internazionale vigente⁸⁴. A un livello intermedio si pone l'ipotesi secondo cui un'azione in legittima difesa sarebbe lecita per rispondere ad attacchi ritenuti imminenti (c.d. *anticipatory self-defence*)⁸⁵. A differenza della precedente interpretazione, in cui la minaccia è soltanto ipotetica e potenziale, in questo caso vi sarebbero elementi che proverebbero l'esistenza reale e concreta di un attacco che sta per concretizzarsi. Tuttavia, manca ad oggi, nella comunità internazionale, una definizione generalmente condivisa del concetto di imminenza, nonché dei criteri utili a definirlo⁸⁶. Pertanto, tale dottrina non si è ancora tradotta, con ogni probabilità, in una norma consuetudinaria *ad hoc*, venendo a mancare sia l'elemento dell'*usus*, sia soprattutto quello dell'*opinio iuris sive necessitatis*⁸⁷. Ciò che forse il diritto internazionale generale ad oggi consente è una terza interpretazione dell'art. 51, quella meno estensiva, consistente

⁸¹ Per una classificazione delle varie interpretazioni *ratione temporis* del diritto di legittima difesa v., su tutti, R. KOLB, *Self-defence and preventive war*, cit., pp. 122-125.

⁸² A seguito di un'analisi più approfondita della letteratura sull'argomento, la classificazione che segue rappresenta una revisione, con relative modifiche, di quella proposta nel nostro contributo *La missione EUNAVFOR Aspides dell'Unione europea e l'applicazione ratione temporis del diritto di legittima difesa*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2024, www.sidiblog.org.

⁸³ È questa la nota 'dottrina Bush', codificata nella Strategia di sicurezza nazionale statunitense del 2002. In essa si legge che gli Stati Uniti «will not hesitate to act alone, if necessary, to exercise [their] right of self-defense by acting preemptively against such terrorists, to prevent them from doing harm against [their] people and [their] country [...] even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack». *The National Security Strategy of the United States of America*, settembre 2002, p. 6 e 15.

⁸⁴ È celebre l'opinione di Conforti, che ha sempre definito la dottrina Bush una «rozza espressione di forza». V., da ultimo, B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed. con aggiornamenti, Napoli, 2023, p. 455.

⁸⁵ Questa è stata definita come «a right whereby a State which believes it is about to suffer an armed attack retains the right to launch a defensive military strike upon an expected aggressor State in order to thwart an armed attack it may have been on the brink of suffering». D.R. ROTHWELL, *Anticipatory Self-Defence in the Age of International Terrorism Special Edition: The United Nations and International Legal Order*, in *University of Queensland Law Journal*, 2005, p. 338.

⁸⁶ V. sul punto, *ex multis*, C. O'MEARA, *Reconceptualising the right of self-defence*, cit., p. 280; D. BETHLEHEM, *Self-Defence Against an Imminent or Actual Armed Attack By Nonstate Actors*, in *American Journal of International Law*, 2012, p. 770 ss.; M. BARON, *Self-Defence: The Imminence Requirement*, in L. GREEN, B. LETTER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, 2011, p. 228 ss.

⁸⁷ T. RUYLS, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter*, cit., p. 526.

nell’esercizio del diritto di legittima difesa per rispondere ad un attacco iniziato, ma che non abbia ancora colpito il bersaglio o, per meglio dire, non abbia ancora prodotto conseguenze materiali (c.d. *interceptive self-defence*)⁸⁸. Anche in questo caso, il concetto di imminenza riveste un ruolo centrale. Tuttavia, a differenza dell’interpretazione precedente – in cui la minaccia, pur imminente, non si è ancora concretizzata – qui la capacità e l’intento offensivi dell’attaccante sono affiancati da misure attuative già in corso o comunque chiaramente identificabili.

5.2. L’approccio adottato nel quadro di *Aspides*

Nel caso di *Aspides*, come si è detto, non è noto come l’UE interpreti la nozione di attacco ‘imminente’, ovvero se nel senso di una minaccia che si sta per realizzare (*anticipatory self-defence*), oppure nel senso più restrittivo di una minaccia che si è già in parte concretizzata (*interceptive self-defence*).

In mancanza di riferimenti normativi espliciti, il linguaggio della decisione sembrerebbe far propendere per la prima ipotesi. Secondo autorevole dottrina, i fattori da tenere in considerazione al fine di qualificare un attacco come imminente comprendono, tra gli altri, la natura della minaccia, la probabilità di un attacco e la portata prevista di questo e i danni su persone e cose presumibilmente attendibili in mancanza di un’azione difensiva, mentre la mancanza di prove certe su dove avverrà l’attacco o la sua esatta natura non impediscono che esso possa essere ritenuto imminente, laddove vi sia una base ragionevole e oggettiva che possa far concludere in tal senso⁸⁹. Se si accogliesse questa interpretazione, le navi europee potrebbero usare la forza qualora sia chiaramente nota l’intenzione – sebbene non ancora attuata – di lanciare droni o dispiegare di bombe sottomarine da parte degli Houthi, contro di esse o altre navi commerciali che transitano in quelle acque. Allo stesso modo, la mancata conoscenza dell’obiettivo di tali attacchi e della loro esatta natura – ipotesi plausibili considerata la vasta gamma di armamenti finora impiegati da questo gruppo armato e dell’imprevedibilità delle tipologie di attacco – non dovrebbe precludere il diritto di ricorrere alla *anticipatory self-defence* da parte delle Forze UE. È chiaro come in un siffatto contesto giocherebbero un ruolo fondamentale gli strumenti di allerta preventiva e di *intelligence* messi in campo dall’UE al fine di prevedere quanto più possibile le mosse degli Houthi. Senonché, è determinante evidenziare che il mandato di *Aspides* è chiaramente circoscritto all’area di operazioni, collocata in acque internazionali, quindi in zone non sottoposte alla sovranità di alcuno Stato⁹⁰. Esso quindi non prevede, diversamente dall’operazione *Prosperity Guardian* condotta dagli Stati Uniti a partire dal dicembre 2023,

⁸⁸ *Ivi*, p. 527; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, cit., pp. 231-234.

⁸⁹ D. BETHLEHEM, *Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack*, cit., p. 775 sa.

⁹⁰ Decisione (PESC) 2024/583, cit., art. 1, par. 3.

interventi in territorio yemenita⁹¹. Ciò porta a escludere un uso ‘anticipato’ della forza in legittima difesa, che a queste condizioni sarebbe difficilmente realizzabile, pur in presenza di tutti gli elementi rilevanti.

Se, invece, si dovesse propendere per la soluzione dell’*interceptive self-defence*, gli attacchi da qualificare come imminenti sarebbe soltanto quelli in corso (ad esempio, il caso del drone in volo), ma che non hanno ancora prodotto effetti distruttivi. In questo caso, la nozione di attacco «in corso» (*ongoing* nella versione inglese), anch’essa contenuta nel preambolo della decisione, dovrebbe essere intesa in senso collettivo e riferirsi a un insieme di azioni offensive, che abbiano già colpito almeno parte degli obiettivi prefissati. Questo è quanto sembra aver avuto luogo con riferimento al primo episodio di uso della forza registrato nel quadro di *Aspides* nel febbraio 2024, in cui la fregata tedesca Hessen ha abbattuto due droni kamikaze di matrice iraniana, che si trovavano in volo al momento della loro distruzione⁹². Una situazione analoga si è verosimilmente verificata in altri tre episodi di poco successivi, che hanno visto le navi militari messe a disposizione da Francia⁹³, Italia⁹⁴ e Grecia⁹⁵ abbattere alcuni droni provenienti dai territori controllati dagli Houthi. In tutti i comunicati relativi agli incidenti emanati dal servizio stampa della missione si legge, peraltro, che «[a]ny response will always come as a *consequence* of an attack and be necessary, proportionate and limited to international sea or air-space» (corsivo aggiunto). Il linguaggio usato è vago, ma sembra quasi smentire la possibilità che le Forze UE possano agire preventivamente rispetto agli attacchi degli Houthi. Come già accennato, inoltre, la circostanza che l’area di operazioni sia collocata in acque internazionali – circoscrivendo di conseguenza il raggio d’azione consentito per il ricorso alla forza militare, ulteriormente limitato a una «sottozona» specifica – sembra avvalorare tale interpretazione.

Infine, non è possibile escludere una terza ipotesi, per cui l’UE farebbe propria sia l’una che l’altra dottrina. Depone a favore di questa lettura il fatto che, come detto, il preambolo della decisione parla sia di attacchi imminenti, sia di attacchi in corso. Laddove per attacco «in corso» si dovesse intendere un singolo attacco iniziato, ma che non abbia ancora colpito l’obiettivo (ad esempio, un missile che si trovi ancora in volo), la prima tipologia di attacco (imminente) sarebbe ricompresa nella nozione di *anticipatory self-defence*, mentre la seconda (in corso) in quella di *interceptive*.

⁹¹ Secondo le parole dell’ex Alto rappresentante Borrell, pronunciate pochi giorni prima dell’avvio della missione, questa «will not conduct any operation on land – only at sea, in a purely defensive mode». *Informal Foreign Affairs Council (Defence): Press remarks by High Representative Josep Borrell at the press conference*, 31 gennaio 2024, www.eeas.europa.eu.

⁹² EUNAVFOR ASPIDES: Warship shot down 2 UAVs, 27 febbraio 2024, www.eeas.europa.eu.

⁹³ EUNAVFOR ASPIDES: French destroyer shot down 3 UAV, 11 marzo 2024, www.eeas.europa.eu.

⁹⁴ EUNAVFOR ASPIDES: Warship IT Duilio repels UAV attack, 12 marzo 2024, www.eeas.europa.eu.

⁹⁵ EUNAVFOR ASPIDES: Greek Frigate ‘Hydra’ repelled attack by two UAVs, 13 marzo 2024, www.eeas.europa.eu.

A conferma della controversa applicazione del diritto di legittima difesa nel quadro di *Aspides*, giova accennare al dibattito parlamentare che si è svolto in Italia⁹⁶ relativamente alla partecipazione del nostro Paese alla missione⁹⁷. Questo, infatti, si è incentrato soprattutto sulla necessità, infine accolta, che la missione rimanga esclusivamente – e non, come nella relazione presentata inizialmente dal Governo alle Camere per l’approvazione, «eminentemente» – difensiva⁹⁸. A tal riguardo, il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale A. Tajani ha sottolineato come la missione non potrà intraprendere azioni preventive «di tipo militare», precisando tuttavia che essa avrà «compiti esecutivi di autodifesa estesa, cioè di neutralizzare attacchi che abbiano come bersaglio diretto navi mercantili scortate e il contrasto ad eventuali tentativi di sequestro delle imbarcazioni [come], ad esempio, [la] soppressione di missili o droni in arrivo»⁹⁹. Tale affermazione sembra quindi avvalorare l’ipotesi della *interceptive self-defence*. Inoltre, nelle proposte di risoluzione formulate da alcuni gruppi parlamentari a seguito della relazione del Governo, successivamente approvate, si dichiarava che la protezione delle imbarcazioni nel quadro di *Aspides* potesse essere attuata «in forma passiva, neutralizzando gli attacchi in arrivo, oppure in forma attiva, eliminando le sorgenti di fuoco e i mezzi e le infrastrutture militari dell’aggressore», aggiungendo che, mentre la decisione 2024/583 consentirebbe soltanto l’opzione passiva, «è opportuno che anche la seconda venga presa in considerazione, nel caso l’evoluzione della situazione la renda necessaria»¹⁰⁰. Tale posizione sembra quindi accogliere l’esercizio di un’eventuale *anticipatory self-defence* da parte delle navi italiane qualora lo scenario bellico dovesse deteriorarsi.

È chiaro, in ogni caso, come qualsiasi considerazione circa la portata temporale del diritto alla legittima difesa esercitabile nel quadro di *Aspides* dovrà essere svolta alla luce della prassi che andrà delineandosi durante lo svolgimento della missione, stante, come detto, la mancanza di riferimenti normativi espliciti. Ad oggi, a quasi due anni dall’inizio dell’operazione, possiamo trarre alcune conclusioni in merito. Innanzitutto, giova osservare che il numero degli attacchi degli Houthi ai danni di natanti, sia militari sia, soprattutto, civili, che transitano nel Mar Rosso è, in generale, in netto calo rispetto ad un anno fa¹⁰¹.

⁹⁶ Su questo v. più estensivamente P. TURRINI, *The Response to the Houthis’ Attacks in the Red Sea: Bathing in Ambiguity*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2023, p. 525 ss.

⁹⁷ Approvata dal Parlamento il 5 marzo 2024, in ottemperanza alla legge-quadro n. 145 del 21 luglio 2016 sulle missioni internazionali.

⁹⁸ Deliberazione del Consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell’Italia a ulteriori missioni internazionali per l’anno 2024, adottata il 26 febbraio 2024, Doc. XXV, n. 2, p. 12 ss.

⁹⁹ Senato della Repubblica, 166^a seduta pubblica del 5 marzo 2024, cit., comunicazione del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale A. Tajani, p. 12 ss., www.senato.it.

¹⁰⁰ Camera dei deputati, seduta del 5 marzo 2024, *Documenti esaminati nel corso della seduta. Comunicazioni all’assemblea*, p. 17 s., www.documenti.camera.it; Senato della Repubblica, 166^a seduta pubblica del 5 marzo 2024, cit., *Comunicazioni del governo sulle missioni e gli impegni operativi internazionali da avviare nel 2024, Proposte di risoluzione nn. 1, 2, 3, 4, 5* (Calenda, Gelmini, Lombardo, Versace), p. 130.

¹⁰¹ In particolare, nessun attacco si è registrato nel 2025 nei confronti di imbarcazioni commerciali transanti nel Mar Rosso, mentre sono poco più di una ventina gli attacchi ai danni di imbarcazioni

Infatti, nel 2025 le navi operanti per *Aspides* non ci risulta abbiano effettuato alcuna intercettazione in acque internazionali di missili o armamenti lanciati dagli Houthi, con l'ultimo episodio risalente al luglio 2024¹⁰². In secondo luogo, la forza impiegata è stata di scala e intensità ridotte, limitandosi all'abbattimento o diversione di droni o aeromobili a pilotaggio remoto. In terzo e ultimo luogo, tutti gli interventi che hanno comportato un impiego della forza sono stati conseguenti all'intercettazione in volo di tali minacce da parte delle navi UE. Pertanto, la prassi sembra ad oggi confermare che l'azione difensiva svolta nel quadro di *Aspides* aderisca alla dottrina della *interceptive self-defence*.

6. Conclusioni

L'UE presta un'attenzione crescente alle minacce poste da attori non statali, come confermato dal solido mandato attribuito alla missione *Aspides*. Tale mandato riflette una tendenza significativa nell'evoluzione della PSDC e solleva alcune questioni rilevanti in merito alla portata e ai limiti del diritto di legittima difesa esercitabile dalle Forze UE.

Come osservato, la forza militare sembra innanzitutto essere impiegata principalmente a protezione di navi civili e commerciali battenti bandiera di Stati terzi, con conseguente inquadramento dell'azione nell'ambito della legittima difesa collettiva. Tale qualificazione, sebbene teoricamente sostenibile, implica un'attenta riflessione circa la sua conformità al diritto internazionale vigente. In secondo luogo, permane incertezza circa il soggetto giuridico titolare del diritto di legittima difesa, circostanza che può incidere, tra le altre cose, sull'accertamento di eventuali responsabilità internazionali. A parere di chi scrive, risulta invece meno controverso riconoscere la liceità dell'esercizio della legittima difesa nei confronti degli Houthi, anche in considerazione del controllo effettivo da questi esercitato su parte del territorio yemenita. Particolare rilievo merita, inoltre, l'aspetto temporale dell'esercizio del diritto, il cui ambito applicativo appare tendenzialmente esteso. Non è tuttavia chiaro quale sia la soglia temporale adottata dall'UE per qualificare un attacco come imminente e, di conseguenza, fino a che punto essa ritenga lecito un impiego della forza in via preventiva. Sotto questo profilo, l'adesione implicita o esplicita dell'UE a una delle dottrine della *anticipatory* o della *interceptive self-defence* riveste particolare importanza ai fini dell'elaborazione o del consolidamento di una prassi idonea a contribuire alla formazione di una consuetudine internazionale, eventualmente a carattere regionale. In tale contesto, l'adozione della dottrina della *interceptive self-defence* sembrerebbe la prospettiva più plausibile, poiché maggiormente conforme ai criteri restrittivi imposti dal diritto internazionale. Al contrario, un orientamento favorevole alla più controversa *anticipatory self-defence*, soprattutto se accompagnato da prassi operative che comportino l'uso della forza in assenza di

militari. V. ACLED, *Red Sea Attacks Dashboard*, www.acleddata.com (dati aggiornati al novembre 2025).

¹⁰² EUNAVFOR ASPIDES: Unmanned Aerial Vehicles interception, 14 luglio, 2024. Cfr. i comunicati stampa della missione, www.eeas.europa.eu.

informazioni certe circa l’origine, la natura o l’effettività della minaccia, potrebbe sollevare rilevanti dubbi circa la legittimità delle azioni compiute. Infine, l’eventuale adozione di una posizione ‘cumulativa’, che accogliesse entrambe le dottrine, susciterebbe ulteriori perplessità, in quanto rischierebbe di determinare un’eccessiva estensione della portata applicativa della norma.

In ultima analisi, è opportuno sottolineare come l’inquadramento giuridico delle operazioni di sicurezza avviate nel Mar Rosso e in altre aree marittime adiacenti alle coste yemenite risulti particolarmente incerto, alla luce delle norme internazionali vigenti in materia di uso della forza. Tale incertezza deriva, in larga misura, dalla natura peculiare delle attività condotte dall’UE e da altri attori statuali non membri – *in primis* Stati Uniti e Regno Unito – la cui qualificazione giuridica presenta tratti di ambiguità tanto sotto il profilo del diritto consuetudinario quanto rispetto agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. Nel caso oggetto della presente analisi, si può ritenere che la condotta delle Forze UE configuri un’azione militare a carattere esclusivamente *difensivo* (in funzione, appunto, di ‘scudo’), di natura meramente *passiva*, volta alla *protezione fisica* delle imbarcazioni in transito nelle acque internazionali e oggetto degli attacchi condotti dagli Houthi, mediante un impiego *ridotto e circoscritto* della forza¹⁰³.

Resta tuttavia una questione aperta se una simile condotta possa rientrare, a pieno titolo, nell’ambito applicativo del diritto alla legittima difesa così come riconosciuto dal diritto internazionale vigente. Qualora si propendesse per una risposta affermativa, ci si troverebbe di fronte a una modalità di esercizio sostanzialmente ‘innovativa’ di questo diritto che – pur trovando un certo grado di legittimazione in una prassi emergente, peraltro circoscritta a Stati dell’area occidentale – richiederebbe, ad ogni modo, una più esplicita presa di posizione da parte degli attori coinvolti. Solo attraverso tale processo sarebbe possibile contribuire alla formazione (o al consolidamento) di una *opinio iuris*, o forse più propriamente, in questa circostanza, di una *opinio necessitatis*, idonea a sorreggere l’eventuale riconoscimento di una corrispondente norma consuetudinaria. In caso contrario, ovvero nell’ipotesi in cui tale condotta non fosse ritenuta conforme ai parametri giuridici della legittima difesa, si dovrebbe riconoscere l’emersione di una prassi potenzialmente problematica, nella quale un’organizzazione internazionale ricorre all’uso della forza al di fuori del quadro normativo internazionale in vigore e in assenza di una specifica autorizzazione da parte del Consiglio di sicurezza. Un simile scenario comporterebbe implicazioni rilevanti sotto il profilo della legalità internazionale, generando rischi sistemici difficilmente trascurabili.

In entrambi i casi, ciò che si evidenzia, a nostro avviso, è il tentativo – implicito o esplicito – da parte di alcuni attori statali e/o istituzionali di promuovere un’evoluzione delle norme consuetudinarie, sullo sfondo di quel ‘dinamismo normativo’ che

¹⁰³ V., in tal senso, E. ZAMUNER, *La tutela della libertà di navigazione nel Mar Rosso*, cit.

tradizionalmente caratterizza l'ordinamento internazionale, aperto, per sua natura, a processi di adattamento in risposta alle mutevoli condizioni geopolitiche e alle nuove forme di minaccia¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, p. 490 ss.

**La qualificazione e la circolazione dei «divorzi privati»
nello spazio giudiziario europeo. Problemi interpretativi e
applicativi alla luce del regolamento Bruxelles II-ter e
della sentenza *Senatsverwaltung für Inneres und Sport,
Standesamtsaufsicht c. TB***

TOMMASO FERRARIO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La degiurisdizionalizzazione della materia familiare negli ordinamenti nazionali. – 2.1. *Segue*: i divorzi religiosi e il precedente del caso *Sabyouni*. – 3. L’inclusione dei divorzi privati nell’ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II-ter. – 3.1. *Segue*: ... e del regolamento Bruxelles II-bis. – 4. La qualificazione dei divorzi privati. – 4.1. *Segue*: l’applicazione del criterio dell’«esame di merito». – 5. Il coordinamento con altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme. – 5.1. *Segue*: l’estensione del criterio dell’«esame di merito» alla proposta di regolamento in materia di filiazione. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Dopo aver esaminato la configurazione delle varie forme di risoluzione extragiudiziale delle controversie negli ordinamenti nazionali distinguendole, anche ai fini della circolazione nello spazio giudiziario europeo, dai divorzi pronunciati da autorità religiose, il presente contributo si sofferma sulle problematiche ricollegabili alla qualificazione dei divorzi privati come decisioni, atti pubblici o accordi secondo il criterio dell’«esame di merito». A tal fine vengono analizzate le innovazioni introdotte nel capo IV, sezione 4, del regolamento Bruxelles II-ter nonché i punti più rilevanti della sentenza *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht c. TB*. In particolare, si evidenzia come la diversificazione dei regimi di riconoscimento e di certificazione introdotta dal regolamento Bruxelles II-ter richiede una delimitazione più precisa tra le diverse categorie di provvedimenti rispetto a quella ricavabile dall’applicazione del criterio dell’«esame di merito». Vengono altresì svolte alcune considerazioni sul rilievo della qualificazione dei divorzi privati rispetto all’applicabilità, nell’ambito del medesimo accordo di divorzio e per le questioni diverse dallo scioglimento del vincolo matrimoniale, di altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme nonché alla estensione del criterio dell’«esame di merito» anche alla proposta di regolamento sulla

* Assegnista di ricerca, Università di Pavia, tommaso.ferrario@unipv.it. Il contributo è prodotto nell’ambito delle attività di ricerca del progetto PRIN 2022 “*Fluidity in family structures – International and EU law challenges on parentage matters*” (prot. n. 2022FR5NNJ), finanziato dal Ministero dell’Università e della Ricerca della Repubblica italiana e dall’Unione europea – *Next Generation EU*.

filiazione. In questa prospettiva, si osserva come l'assenza di una chiara distinzione tra la categoria delle decisioni, degli atti pubblici e degli accordi rischia di generare problemi di coordinamento e incertezze applicative.

PAROLE CHIAVE: divorzi privati - qualificazione - riconoscimento - causa C-646/20 - regolamento 2019/1111 - circolazione degli *status*.

1. Premessa

In un contesto di crescente mobilità internazionale, la circolazione degli *status* personali e familiari pone esigenze di certezza e continuità¹. In particolare, per quanto riguarda le vicende patologiche dei rapporti matrimoniali, rileva il fenomeno della degiurisdizionalizzazione della materia familiare² in virtù del quale l'ambito di applicazione dei pertinenti strumenti di diritto internazionale privato uniforme è stato esteso anche ai c.d. «divorzi privati»³.

¹ Sul tema, basti rinviare a R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, vol. 348, 2011, p. 253 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss.; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours*, vol. 395, 2019, p. 9 ss.; S. MARINO, *L'identità personale alla prova della libera circolazione*, in *Eurojus*, 2020, p. 173 ss.; G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 522 ss.

² L'espressione è ricorrente ed è stata oggetto di discussione in dottrina. In particolare con essa si vuole indicare quelle misure «volte a favorire, in generale, la ricerca di un accordo tra le parti, capace di sostituirsi – almeno in parte – alla tradizionale forma di composizione delle controversie ad opera di un giudice nel corso di un procedimento giudiziale», C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 22 e in nota 1.

³ Il termine «divorzi privati» è qui utilizzato in senso onnicomprensivo in riferimento ai provvedimenti di scioglimento del vincolo matrimoniale disposti in sede extragiudiziale. Si vedano le considerazioni di cui al paragrafo 2.1 per quanto concerne i divorzi disposti da tribunali religiosi. In generale sui profili internazionalprivatistici connessi a tale istituto, v. C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 1287 ss.; S. BERNASCONI, *La circolazione degli accordi di negoziazione assistita e di altre forme di divorzio stragiudiziale in Europa*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 335 ss.; P. HAMMJE, *Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans for*, in *Revue Critique Droit International Privé*, 2017, p. 143 ss.; C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border*, cit., p. 22 ss.; E. D'ALESSANDRO, *The Impact of Private Divorces on EU Private International Law*, in M. SCHERPE, E. BARGELLI (eds.), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change*, Cambridge, 2021, p. 59 ss.; K. BOGDZEVIČ, N. KAMINSKIENĖ, L. VAIGĖ, *Non-judicial divorces and the Brussels II bis Regulation: to apply or not apply?*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2021, p. 31 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Party autonomy in International Family Law*, in *Recueil des cours*, vol. 408, 2020, p. 311 ss.; M. KRAMME, *Private Divorce in Light of the Recast of the Brussels IIbis Regulation*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2021, p. 101 ss.; P. Q. REDONDO, *The Recognition of non-judicial divorces in Europe*, in K. DUDEN,

La previsione, in diverse legislazioni nazionali, di tali forme di risoluzione delle controversie familiari ha infatti incentivato l’introduzione, nel capo IV del regolamento (UE) 2019/1111 (c.d. Bruxelles II-ter)⁴, della nuova e dettagliata sezione 4 specificamente dedicata al riconoscimento e all’esecuzione degli «atti pubblici» e degli «accordi»⁵. Successivamente, con la sentenza *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht c. TB*⁶ la Corte di giustizia ha sottoposto tali divorzi anche al regime del precedente regolamento Bruxelles II-bis⁷, silente in materia.

Il riconoscimento degli accordi stragiudiziali in materia di divorzio secondo la disciplina recata da entrambi i regolamenti è stato però condizionato alla loro qualificazione come decisioni, atti pubblici o accordi. Tale operazione ermeneutica rende opportuno valutare il criterio dell’«esame di merito», individuato dal legislatore e dalla Corte di giustizia per distinguere l’una e l’altra categoria di provvedimenti, con riferimento alla configurazione dei divorzi privati negli ordinamenti nazionali, al coordinamento con gli altri strumenti applicabili alla materia matrimoniale nonché alle possibilità di estenderne l’applicazione anche ad ulteriori ambiti rilevanti per la circolazione degli *status*.

2. La degiurisdizionalizzazione della materia familiare negli ordinamenti nazionali

L’adozione nelle legislazioni degli Stati membri, di forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie, inizialmente promossa nella materia civile e commerciale con la direttiva 2008/52/CE⁸ è stata, negli ultimi decenni, gradualmente estesa anche alla materia familiare. Sempre maggiore è stata, infatti, la consapevolezza tra i legislatori nazionali dei numerosi benefici, per le stesse parti e per eventuali figli minori coinvolti⁹, che giustificano la

D. WIEDEMANN (eds.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, 2024, p. 23 ss.; nella dottrina tedesca e in quella spagnola le più estese monografie di V. GÄRTNER, *Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Außergerichtliche Ehescheidungen im Spannungsfeld von kultureller Diversität und Integration*, Tübingen, 2008 e N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en derecho internacional privado español*, Navarra, 2022, p. 139 ss.

⁴ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

⁵ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *What’s new in Regulation (EU) no. 2019/1111?*, in *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, p. 96.

⁶ CGUE, sentenza 15 novembre 2022, C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht, c. TB*.

⁷ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

⁸ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

⁹ Tra questi la dottrina ha individuato il permettere «alle parti la possibilità di comporre non solo la controversia ma anche il conflitto esistente tra di essi»; il garantire «l’adempimento spontaneo di quanto pattuito» e, pertanto, l’ottenimento di un accordo caratterizzato da una maggiore stabilità nel tempo, sul punto C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L’efficacia cross-border*, cit., p. 27.

composizione in via amichevole delle controversie in un ambito tradizionalmente relegato alle aule giudiziarie.

Così, già dal 2008¹⁰ l'ordinamento portoghese aveva previsto il procedimento di *divórcio por mútuo consentimento* da celebrarsi innanzi alla *conservatória do registo civil* secondo quanto disposto dall'art. 1773 ss. del *Código civil*. L'art. 12 del d.l. n. 132/2014 ha poi introdotto nell'ordinamento italiano la possibilità di presentarsi innanzi all'ufficiale dello stato civile per la separazione, la richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio¹¹. Lo stesso decreto-legge disciplina, all'art. 6, la convenzione di negoziazione assistita da avvocati. Nel 2015, il *Código civil* spagnolo ha ampliato la possibilità per i coniugi di regolare gli effetti del proprio divorzio sottoscrivendo un accordo innanzi al *secretario judicial* o al notaio¹². Una forma di divorzio consensuale che prevede l'intervento degli avvocati di ciascuna parte ed il deposito di un accordo presso un notaio è stata introdotta agli artt. 229-1-229-4 del *Code civil* francese¹³. La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia familiare ha riguardato anche altri ordinamenti, tra cui Danimarca, Grecia, Estonia, Lettonia, Lituania, Romania e Slovenia¹⁴.

Ciascuna procedura di divorzio extragiudiziale presenta nei rispettivi ordinamenti tratti e caratteristiche propri. Basti quindi rilevare che tali divorzi si differenziano principalmente per il tipo autorità coinvolte, per la funzione – costitutiva o meramente dichiarativa – di queste nella formalizzazione dell'accordo e per la loro competenza ad intervenire in questioni ulteriori rispetto allo scioglimento del vincolo matrimoniale¹⁵. Alcune divergenze significative emergono guardando ai presupposti, alle regole processuali applicabili, alla possibilità che l'accordo stesso venga concluso con l'assistenza o meno di un legale, alla facoltà di sottoscriverli in presenza di figli minori¹⁶ nonché, infine, alle condizioni da

¹⁰ L. 31 ottobre 2008, n. 61 “*Altera o regime jurídico do divórcio*”.

¹¹ D.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*”.

¹² L. 2 luglio 2015, n. 15 “*de la Jurisdicción Voluntaria*”. Rispetto a questo istituto era stata proposta domanda di rinvio pregiudiziale, poi cancellata dal ruolo con ordinanza della Corte. Cfr. la Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Kammergericht Berlin* il 10 maggio 2022 PM / *Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung*.

¹³ L. 18 novembre 2016, n. 1547, “*de modernisation de la justice du XXIe siècle*”.

¹⁴ Per una ricognizione comparatistica M. BIANCHI, *et al.*, *Agreements concluded by spouses in the matter of divorce or legal separation: the “dogma” of recognition and enforcement within the European area*, in *Tbemis annual journal*, 2019, p. 112 ss.; V. LAZIĆ, I. PRETELLI, *Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter*, in *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, p. 160 ss.; S. CORNELOUP, *Introduction aux articles 64 à 68*, in S. CORNELOUP, *et al.* (dir.), *Divorce, responsabilité parentale, enlèvement international. Commentaire du règlement 2019/1111 du 25 juin 2019 (Bruxelles II ter)*, Bruxelles, 2023, p. 589 ss.; N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial*, cit., p. 21 ss. (anche con riferimento agli ordinamenti extraeuropei), nonché le informazioni ricavabili dal portale www.e-justice.europa.eu.

¹⁵ N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial*, cit., p. 34.

¹⁶ *Ibidem*.

soddisfare affinché gli accordi raggiunti possano poi essere opponibili¹⁷. La situazione nelle legislazioni nazionali risulta ulteriormente frammentata per il fatto che non tutti gli Stati membri hanno posto in essere interventi normativi finalizzati alla degiurisdizionalizzazione delle controversie in ambito familiare. In tal senso una significativa eccezione è rappresentata dagli ordinamenti austriaco e tedesco dove la materia matrimoniale rimane, ancora oggi, nella competenza esclusiva dell’autorità giudiziaria¹⁸.

2.1. *Segue: i divorzi religiosi e il precedente del caso Sahyouni*

Come noto, le questioni relative al diritto di famiglia, così profondamente radicate al contesto socioculturale di appartenenza, possono essere regolamentate anche da norme religiose (principalmente, ma non esclusivamente, ricavabili dal diritto islamico¹⁹). Tali prescrizioni sono applicate, in diversi ordinamenti extraeuropei, dai tribunali sciaraitici²⁰. In alcuni Stati europei, inoltre, gli stessi tribunali religiosi applicano la *Sharia* tra i fedeli islamici²¹. In questo contesto, l’espressione divorzi privati include anche quei provvedimenti di scioglimento del vincolo matrimoniale pronunciati da autorità non statali secondo norme di diritto religioso²².

Il riconoscimento di questi divorzi ha sollevato problemi di incompatibilità con il limite dell’ordine pubblico²³. La Corte di giustizia, nel caso *Sahyouni*²⁴, ne ha inoltre negato la circolazione nello spazio giudiziario europeo. Seppur nell’ambito di una questione pregiudiziale avente ad oggetto l’interpretazione del regolamento n. 1259/2010²⁵ (noto

¹⁷ Tale aspetto è, invece, messo in luce da M. BIANCHI, *et al.*, *Agreements concluded by spouses*, cit., p. 115.

¹⁸ Cfr. i rispettivi report nazionali sul portale www.e-justice.europa.eu.

¹⁹ Per il diritto ebraico cfr. L. SAPORITO, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, p. 3 ss.

²⁰ Tra questi Siria, Libano, Emirati Arabi, Singapore, Pakistan, Nigeria, Somalia ed Eritrea. La competenza a disporre lo scioglimento del vincolo matrimoniale appartiene anche alle *Kadhi Courts* operanti in alcuni Stati africani, tra cui Kenya, Tanzania Uganda e Gambia; sul punto N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial*, cit., p. 32.

²¹ Tra cui Gran Bretagna e Germania; per ulteriori riferimenti si rimanda a *The Impact of Private Divorces on EU Private International Law*, in M. SCHERPE, E. BARGELLI (eds.), *The Interaction*, cit., p. 72 in nota 27.

²² Ancorché non sempre i divorzi religiosi assumono una connotazione esclusivamente privatistica. In alcuni ordinamenti, come quello siriano, i tribunali religiosi sono equiparati dalla legge del foro ad una corte statale competente nelle controversie di carattere familiare, eventualmente non prevista dal proprio sistema giudiziario, sul punto A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell’Unione europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, p. 14 s.

²³ Cass. civ., sez. I, sentenza del 7 agosto 2020, n. 16804, per quanto riguarda il riconoscimento di una decisione di ripudio emanata all’estero da un tribunale palestinese.

²⁴ CGUE, sentenza 20 dicembre 2017, C-372/16, *Soba Sahyouni c. Raja Mamisch*.

²⁵ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Infatti, il giudice per il procedimento principale aveva applicato tale strumento ai fini dell’individuazione del diritto materiale alla luce del quale effettuare un esame sulla validità del

anche come Roma III), la Corte ha escluso la riconduzione anche nell'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis* di un divorzio fondato su una dichiarazione unilaterale del marito e pronunciato da un tribunale sciaraitico siriano. Secondo la Corte, infatti, tale strumento – la cui portata non deve divergere dal corrispettivo regolamento in materia di diritto applicabile²⁶ – comprende soltanto i provvedimenti «pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo»²⁷.

3. L'inclusione dei divorzi privati nell'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II-*ter*

È in questo contesto normativo e giurisprudenziale, dunque, che il legislatore europeo, prendendo atto del fenomeno della degiurisdizionalizzazione della materia familiare e rendendo più attuale la disciplina dei divorzi transnazionali, ha novellato il regolamento Bruxelles II-*bis* e incluso, in occasione della sua rifusione, la nuova sezione 4 del regolamento Bruxelles II-*ter*. Dedicata, come da rubrica, agli atti pubblici e agli accordi in materia di divorzio, separazione personale e responsabilità genitoriale, essa ne dispone, all'art. 65, il riconoscimento e l'esecuzione negli altri Stati membri «senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento» o che «sia richiesta una dichiarazione di esecutività». Pertanto, in virtù della nuova disciplina, se considerati «decisioni» i divorzi privati circoleranno secondo quanto previsto dall'art. 30 ss.; se considerati, invece, come «atti pubblici» essi saranno soggetti a uno specifico regime, esteso anche a quei documenti qualificabili come «accordi».

Per definire più chiaramente l'ambito applicativo di ciascun regime di circolazione l'interprete dovrà rivolgersi al considerando 14 del nuovo regolamento ai sensi del quale è qualificabile come decisione «qualsiasi accordo approvato dall'autorità giurisdizionale a seguito di un *esame di merito* effettuato conformemente al diritto e alle procedure nazionali»²⁸. Sono invece sottoposti alle apposite disposizioni previste dal regolamento per gli atti pubblici e gli accordi «gli altri accordi che producono effetti giuridici vincolanti nello Stato membro d'origine a seguito dell'intervento formale di un'autorità pubblica o di un'altra autorità a tal fine comunicata alla Commissione da uno Stato membro» nonché «gli accordi che non sono né una decisione né un atto pubblico, ma che sono stati registrati da un'autorità pubblica a tal fine competente». Infine, quanto ai divorzi «meramente privati»²⁹ lo stesso considerando 14 – in linea con quanto già sancito in *Sabyouni* – ne esclude la sottoposizione all'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II-*ter*.

divorzio come previsto dal diritto tedesco per le sentenze in materia matrimoniale provenienti da Stati terzi.

²⁶ CGUE, *Sabyouni*, cit., punto 42.

²⁷ *Ivi*, punto 39.

²⁸ Corsivo aggiunto.

²⁹ Ossia quelli risultanti dal semplice accordo dei coniugi senza la partecipazione di alcuna autorità o da decisioni rese da tribunali religiosi non equiparati alle corti statali.

Si tratta di un intervento che segnando il passaggio dal metodo conflittuale a quello del riconoscimento, soddisfa le prospettate esigenze di certezza e continuità degli *status* familiari³⁰. La circolazione dei divorzi privati, infatti, non è più condizionata ad un giudizio di validità operante, caso per caso, secondo la legge applicabile individuata dalle pertinenti norme di conflitto³¹, ma il recepimento nell’ordinamento del foro del provvedimento straniero avviene automaticamente, salvo la sussistenza di condizioni ostative – come il limite dell’ordine pubblico – da applicarsi restrittivamente³².

3.1. *Segue: ...e del regolamento Bruxelles II-bis*

Diversamente dalla sua rifusione, il regolamento Bruxelles II-*bis* si limita, all’art. 46, a prevedere che il riconoscimento e l’esecuzione degli atti pubblici e degli accordi «aventi efficacia esecutiva» avviene alle «stesse condizioni previste per le decisioni» senza un chiarimento analogo a quello del considerando 14 sopra esaminato. La riconduzione dei divorzi privati all’ambito applicativo di tale regolamento è avvenuta successivamente, con la pronuncia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht c. TB*³³.

Il procedimento principale riguardava un soggetto con doppia cittadinanza tedesca e italiana che nel 2013 aveva contratto matrimonio con un cittadino italiano e che, dopo aver avviato una procedura di divorzio ai sensi dell’art. 12 d.l. n. 132/2014 dinanzi all’ufficiale dello stato civile di Parma, richiedeva l’iscrizione dell’atto dello scioglimento del vincolo matrimoniale nel registro di Berlino. Tale domanda, tuttavia, aveva fatto sorgere una controversia sulla necessità di condizionare l’iscrizione al previo riconoscimento da parte dell’autorità giudiziaria³⁴. La questione rimaneva irrisolta fino al terzo grado di giudizio, sede in cui il *Bundesgerichtshof*, sospeso il procedimento, domandava alla Corte di giustizia se il provvedimento oggetto della richiesta di iscrizione, ricondotto all’ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis* costituisse «una decisione di divorzio» o se esso dovesse considerarsi un atto pubblico o un accordo sottoposto all’art. 46.

³⁰ Sul punto v. O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell’Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 593 ss.

³¹ S. CORNELOUP, *Introduction aux articles 64 à 68*, in S. CORNELOUP, et al. (dir.), *Divorce*, cit., p. 596.

³² I. MARCHIORO, *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharov?*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, p. 4.

³³ CGUE, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht, c. TB*, cit.

³⁴ Ai sensi del § 107 della *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*, infatti, quanto al riconoscimento delle decisioni straniere in materia matrimoniale, si prevede che «le decisioni emanate all’estero con cui un matrimonio è annullato, dichiarato invalido o sciolto, con o senza mantenimento del vincolo matrimoniale, o con le quali viene accertata l’esistenza di un matrimonio tra le parti, o la sua assenza, sono riconosciute soltanto se l’autorità giudiziaria competente del Land ha accertato che ricorrono i presupposti per il riconoscimento. Se ha statuito un giudice o un’autorità di uno Stato del quale entrambi i coniugi possedevano la cittadinanza alla data della decisione, il riconoscimento non dipende da una constatazione dell’autorità giudiziaria competente del Land».

Nel rispondere alla domanda pregiudiziale, ribadita la necessità di un'interpretazione autonoma e uniforme e richiamandosi a quanto già statuito in *Sabyouni*, la Corte di giustizia ha incentrato la questione soffermandosi sul grado di controllo che l'ufficiale di stato civile deve esercitare affinché un atto di divorzio possa essere qualificato come decisione. In particolare, l'elemento «caratteristico» di tale nozione è stato rinvenuto nella circostanza che l'autorità pubblica esamini tanto «le condizioni del divorzio alla luce del diritto nazionale» quanto «l'effettività [e la] validità del consenso dei coniugi a divorziare»³⁵. Tali circostanze integrano, secondo la Corte, il criterio dell'«esame di merito» che il legislatore ha voluto – «in un'ottica di continuità» – inserire nel considerando 14 del regolamento Bruxelles II-ter³⁶. Quanto al caso sottoposto la Corte di giustizia ha quindi rilevato che l'ufficiale dello stato civile italiano riceve «personalmente e per due volte, in un intervallo di almeno trenta giorni, le dichiarazioni di ciascun coniuge», verifica che l'«accordo riguardi unicamente lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio» e non autorizza a pronunciare il divorzio nel caso in cui le condizioni previste dall'art. 12 del d.l. n. 132/2014 non siano soddisfatte³⁷. Proprio per queste caratteristiche i divorzi pronunciati dall'ufficiale di stato civile italiano non sono stati qualificati dalla Corte di giustizia come atti pubblici e accordi ai sensi dell'art. 46, ma sono stati ricondotti nella nozione di decisione ai fini dell'art. 21, par. 1, del regolamento Bruxelles II-bis³⁸.

4. La qualificazione dei divorzi privati

Gli interventi del legislatore europeo e della Corte di giustizia sopra rilevati aprono una discussione sulla qualificazione della nozione di decisione in funzione dell'efficacia transfrontaliera dei divorzi privati³⁹. La rilevanza pratica di tale problema non riguarda il regolamento Bruxelles II-bis in cui come anticipato, la sola disposizione potenzialmente rilevante è quella dell'art. 46 che si limita a dare atto della esatta sovrapposizione tra la procedura per il riconoscimento delle decisioni e quella degli atti pubblici e degli accordi⁴⁰.

Per quanto concerne il regolamento Bruxelles II-ter, lungi dall'essere meramente formale, tale questione è invece strumentale alla selezione delle pertinenti norme sul riconoscimento come emerge in seguito all'esame dello specifico regime di circolazione volutamente introdotto dal legislatore dall'art. 64 ss. Infatti, pur trattandosi di regole che solo in parte si discostano dal regime previsto per la circolazione delle decisioni all'art. 30 ss., sussistono comunque alcune differenze, tra cui quelle relative ai certificati che devono

³⁵ CGUE, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht c. TB*, cit., punto 54.

³⁶ *Ivi*, punti 58 e 60.

³⁷ *Ivi*, rispettivamente punti 64-66.

³⁸ *Ivi*, punto 67.

³⁹ V. LAZIĆ, I. PRETELLI, *Revised recognition*, cit., p. 164; C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border*, cit., p. 33; M. MANTOVANI, *(Again) On the Notion of "Judgment" and "Court"*, in *EU Private International Law*, in *EAPIL blog*, 29 marzo 2023.

⁴⁰ Sul punto C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border*, cit., p. 34 s.

accompagnare gli atti pubblici e gli accordi suscettibili di riconoscimento (gli artt. 66-67). Oltre all’utilizzo di formulari diversi da quelli previsti per le decisioni, l’art. 66 prescrive che l’autorità designata al rilascio del certificato – la cui mancata produzione, si noti, non permette il riconoscimento o l’esecuzione in un altro Stato membro – effettui un controllo (i) sulla sussistenza della competenza, ai sensi del capo II, dello «Stato membro che ha autorizzato l’autorità pubblica o altra autorità a redigere formalmente o registrare l’atto pubblico o a registrare l’accordo», (ii) sul fatto che lo stesso accordo o atto produca «effetti giuridici vincolanti», (iii) sul fatto che, nel caso in cui esso coinvolga la materia della responsabilità genitoriale, l’accordo o atto abbia efficacia esecutiva nello Stato membro di origine e (iv) il suo contenuto sia conforme all’interesse del minore. Lo stesso certificato può, ai sensi dell’art. 67, essere oggetto non soltanto di una «rettifica», come già previsto per le decisioni in caso di errori materiali, ma anche di «revoca» da parte dell’autorità designata al suo rilascio e quindi sottoposto a una forma di controllo successivo sulla effettiva sussistenza delle condizioni poste dall’art. 66⁴¹. Tutto ciò – si noti – non è invece previsto per i certificati relativi alle decisioni il cui rilascio ha luogo, ai sensi degli artt. 36 e 37, senza alcun esame né preventivo né successivo.

Quanto appena rilevato attesta la volontà del legislatore di derogare al regime generale sul riconoscimento delle decisioni, prevedendo però requisiti specifici e ulteriori per il rilascio dei certificati necessari a tale scopo. Più in particolare, l’intento sottostante è quello di permettere, anche nella prospettiva di un possibile coinvolgimento di soggetti minori, l’esercizio di un controllo, già nello stato di origine, sulle garanzie necessarie alla piena funzionalità dei meccanismi di fiducia reciproca⁴² e sul rispetto delle «condizioni minime» per la circolazione, nello spazio giudiziario europeo, dei divorzi privati come atti pubblici o come accordi⁴³.

Proprio alla luce di tali considerazioni, appare con tutta evidenza l’importanza di una quanto più precisa delimitazione tra i divorzi riconducibili alla categoria delle decisioni o a quella degli atti pubblici e degli accordi.

4.1. *Segue: l’applicazione del criterio dell’«esame di merito»*

L’esigenza emersa all’esito delle considerazioni svolte nel paragrafo che precede non può dirsi soddisfatta dal criterio dell’«esame di merito» nella cui definizione il legislatore europeo, prima, e la Corte di giustizia, poi, sembrano non aver dato debito conto alle caratteristiche che connotano i procedimenti di divorzio nelle legislazioni nazionali ed in particolare alle diverse funzioni svolte dalle autorità in ciascuno di essi.

⁴¹ *Ivi*, p. 45.

⁴² S. CORNELOUP, *Article 66 - certificat*, in S. CORNELOUP, *et al.* (dir.), *Divorce*, cit., p. 621 s.

⁴³ C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L’efficacia cross-border*, cit., p. 45.

Nell'ordinamento portoghese, ad esempio, il funzionario competente deve verificare che l'accordo non pregiudichi gli interessi di una delle parti e quelli di eventuali minori coinvolti, disponendo, in caso contrario, il rigetto dell'istanza con rimessione al tribunale⁴⁴. Un' ipotesi simile di esercizio di «poteri (quasi) giudiziari» è prevista anche nel divorzio privato spagnolo ai sensi degli artt. 87 e 90 *Código civil*⁴⁵, ove peraltro il notaio è effettivamente tenuto a vagliare, in via preliminare, l'esistenza del mutuo consenso dei coniugi allo scioglimento del vincolo matrimoniale⁴⁶. Tale impostazione non trova invece riscontro nell'art. 12 del nostro d.l. n. 132/2014.

La Corte di giustizia nell'applicare il criterio dell'esame di merito ha quindi avallato una nozione piuttosto ampia di decisione facendovi rientrare provvedimenti risultanti da una procedura che, contrariamente a quanto dalla stessa rilevato, non prevede un momento in cui l'ufficiale di stato civile italiano valuti approfonditamente la capacità di discernimento e l'assenza di vizi sul consenso o il contenuto dell'accordo⁴⁷.

Ne consegue che divorzi privati definiti nell'ambito di procedure nelle quali i poteri ed il grado di intervento delle autorità coinvolte sono significativamente diversi, sono in ogni caso riconosciuti e circolano come decisioni⁴⁸. Ma una qualificazione in questi termini esclude l'operatività della specifica disciplina prevista dal legislatore europeo per la certificazione e la circolazione dei divorzi privati come atti pubblici o accordi. Di fatto, quindi, tale più rigoroso regime è reso inoperante, posto che forme di controllo sostanzialmente equiparabili a quelle dell'ufficiale di stato civile italiano sono invece riscontrabili in tutti procedimenti extragiudiziali di divorzio che devono comunque essere celebrati innanzi ad una autorità pubblica⁴⁹.

⁴⁴ Cfr. gli artt. 1773, 1776 e 1778 del *Código civil* spagnolo.

⁴⁵ Come rilevato da A. GANDÍA SELLENS, *et al.*, *Jurisdiction*, in I. VIARENGO, F. VILLATA, *Planning the Future of Cross Border Families*, Oxford-New York, 2020, p. 170.

⁴⁶ N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial*, cit., p. 35.

⁴⁷ E. BARGELLI, *Reshaping the Boundaries Between 'Decision' and Party Autonomy. The CJEU on the Extrajudicial Italian Divorce*, in *European Papers*, 2023, p. 46 ss.; S. BERNASCONI, *La circolazione*, cit., p. 340. Come si ricava dall'art. 12, il procedimento si svolge secondo la seguente scansione: trasmissione al sindaco dell'accordo già redatto, convocazione delle parti non prima di trenta giorni, comparizione e conferma delle parti dell'accordo (in mancanza il procedimento si considera rinunciato), formalizzazione dell'accordo; cfr. sul punto F. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1148. In sostanza, pertanto, pur potendosi definire l'ufficiale di stato civile «parte attiva» nel procedimento di cui all'articolo 12 – nel senso che il suo intervento è necessario per dare efficacia all'accordo – il controllo esercitato si limita alla regolarità formale dell'istanza e dei presupposti per il suo accoglimento, sul punto G. CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Il Foro Italiano*, 2015, p. 48 s.

⁴⁸ E. BARGELLI, *Reshaping*, cit., p. 48; C. BUDZIKIEWICZ, *et al.*, *The Marburg Group's Comments on the European Commission's Parenthood Proposal*, Cambridge, 2024, p. 77 s.

⁴⁹ E. BARGELLI, *Reshaping*, cit., p. 48; C. BUDZIKIEWICZ, *et al.*, *The Marburg Group's Comments*, cit., p. 77 s. Si pensi, ad es., alla procedura di divorzio nell'ordinamento francese che si colloca in una posizione intermedia in cui l'autorità esercita un controllo minimo sul merito dell'accordo soffermandosi su specifici elementi relativi agli effetti del divorzio e alle conseguenze del regime patrimoniale prescelto o a quella dell'ordinamento greco in cui il notaio, pur non svolgendo un apprezzamento sul contenuto

Nel quadro descritto, nemmeno la qualificazione della nozione – strettamente correlata a quella di decisione – di autorità giurisdizionale aiuta a renderne più nitidi i confini rispetto alla categoria degli atti pubblici e degli accordi. Infatti, pur essendo rilevante per altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme ed essendo stata oggetto di diversi interventi da parte della Corte di giustizia⁵⁰ non è possibile adottarne un’interpretazione oltre l’ambito di applicazione dei singoli regolamenti in cui essa viene in rilievo⁵¹.

Il problema si pone, in particolare, per le procedure, tra cui quella francese, spagnola, romena, greca e slovena, celebrate innanzi ai notai. Benché infatti il considerando 14 ne prospetti una qualificazione come autorità giurisdizionali, il regolamento Bruxelles II-ter non chiarisce quando essi possano esercitare funzioni giudiziarie. Allo stesso tempo, è sempre il considerando 14 a proporre una qualificazione come autorità pubbliche quando, «nell’esercizio della libera professione», siano chiamati a registrare un accordo⁵². In sostanza, la compresenza nel regolamento Bruxelles II-ter di tali definizioni⁵³ e l’assenza di indici che permettano di identificare meglio a quale titolo agiscono i notai fa sì che la questione della delimitazione tra la categoria delle decisioni e quella degli atti pubblici e degli accordi venga, in ogni caso, completamente rimessa al criterio dell’«esame di merito».

5. Il coordinamento con altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme

La qualificazione dei divorzi privati deve essere valutata anche con riferimento ad altri regolamenti di diritto internazionale privato uniforme. Nell’ambito della materia matrimoniale – che si caratterizza per l’applicazione di una pluralità di disposizioni recate da strumenti di diritto internazionale privato differenti⁵⁴ – si pone infatti il problema del

dell’accordo, effettua un controllo sul rispetto delle condizioni legali, sul punto S. CORNELOUP, *Introduction*, cit., p. 591 s.

⁵⁰ Cfr., CGUE, sentenza 16 luglio 2020, C-80/19, *EE*, e sentenza 23 maggio 2019, C-20/17, *WB*.

⁵¹ È il caso, in particolare, dell’art. 3, par. 2, del regolamento n. 650/2012 in materia di successioni che reca le condizioni affinché autorità diverse dai giudici possano comunque essere qualificate come «giurisdizionali»; cfr. sul punto G. BIAGIONI, *La circolazione delle decisioni e degli atti pubblici nella proposta di regolamento in materia di filiazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 96 alla nota 7.

⁵² Come messo in luce da M. WILDERSPIN, *European Private International Family Law the Brussels IIIb Regulation*, Oxford, 2023, p. 405.

⁵³ *Ibidem*, l’Autore stesso, infatti, afferma che: «we are told that notaries may be ‘courts’ while simultaneously being ‘public authorities’».

⁵⁴ In generale sul problema della frammentarietà del diritto internazionale privato della famiglia: T. KRUGER, *Fragmentation of European private international law: family matters*, in M.M. FOGT, *Private International Law In An Era Of Change*, Northampton, 2024, p. 169 ss.; M. CSÖNDES, *A Fragmented Private International Family Law: Interaction and Intersections of International, European and National systems*, in K. DUDEN, D. WIEDEMANN (eds.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, 2024, p. 265 ss. e R. LEGENDRE, *Recognition and Enforcement in International Family Law: A Legal Patchwork or Systems Made to Measure?*, in *Ibidem*, p. 283 ss. V., inoltre, T. PFEIFFER, M. ESCHER, J. WITTMANN, *The Fragmentation of the Recognition and Enforcement Regimes*, in I. VIARENGO, F. VILLATA, *Planning the Future of Cross Border Families*, cit., p. 305 ss.

coordinamento con i regolamenti aventi ad oggetto questioni diverse dallo scioglimento del vincolo matrimoniale ma che possono comunque essere definite in accordi di divorzio⁵⁵.

Si osserva in proposito che l'esclusione dai regolamenti Bruxelles II-*bis* e II-*ter* delle obbligazioni alimentari implica che il riconoscimento della parte di accordo contenente le determinazioni su tali questioni sia sottoposta al regolamento (CE) n. 4/2009⁵⁶. In proposito, la dottrina ha rilevato che, se formalizzato innanzi all'ufficiale di stato civile l'accordo sugli obblighi alimentari è qualificabile come atto pubblico ai sensi dell'art. 48 del predetto regolamento⁵⁷. Ma la riconduzione alla categoria delle decisioni delle questioni relative al vincolo matrimoniale comporta che la qualificazione del medesimo accordo di divorzio possa divergere a seconda che venga considerato dalla prospettiva del regolamento Bruxelles II-*bis* e/o II-*ter* o da quella del regolamento (CE) n. 4/2009⁵⁸. Considerazioni analoghe potrebbero valere anche per le determinazioni riferibili all'ambito di applicazione del regolamento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi⁵⁹. Pertanto, in virtù di quanto precede, sarebbe stata auspicabile una maggiore attenzione da parte del legislatore europeo e della Corte di giustizia alle incoerenze derivanti dalla frammentazione caratterizzante la disciplina internazionalprivatistica del divorzio⁶⁰.

5.1. *Segue*: Pestensione del criterio dell'«esame di merito» alla proposta di regolamento in materia di filiazione

In una prospettiva sistematica, è poi opportuno chiedersi se il criterio del «controllo di merito» debba essere esteso anche ad ambiti diversi, in virtù del principio

⁵⁵ P. JIMÉNEZ BLANCO, *La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 575 ss.; A. BOICHÉ, *Les relations du règlement Bruxelles II ter avec les autres règlements applicables en matière de divorce et d'autorité parentale*, in S. CORNELOUP, et al. (dir.), *Divorce*, cit., p. 654.

⁵⁶ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Sul punto M. WILDERSPIN, *European Private International*, cit., p. 402.

⁵⁷ E. BARGELLI, *Reshaping*, cit., p. 47.

⁵⁸ *Ivi*, p. 48. L'Autrice ha efficacemente rilevato come «as a consequence of the CJEU's doctrine, the same divorce agreement would result to be a sort of two-faced Janus, being defined as "decision" for the scope of Regulations Brussels IIa and Brussels IIb and "authentic instrument" for the purpose of the Maintenance Regulation».

⁵⁹ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. Sul punto v. M. WILDERSPIN, *European Private International*, cit., p. 402.

⁶⁰ E ciò in quanto una migliore formulazione delle disposizioni contenute nei regolamenti (accanto all'opera ermeneutica della Corte di giustizia) sono considerati dalla dottrina come possibili rimedi alle incoerenze dei regolamenti in materia familiare specie in assenza di una più mirata sistematizzazione o codificazione del diritto internazionale privato europeo. Cfr., sul punto, F.M. WILKE, *Dimensions of coherence in EU conflict-of-law rules*, in *Journal of Private International Law*, 2020, p. 168 s.; M. CSÖNDES, *A Fragmented Private International Family Law*, in K. DUDEN, D. WIEDEMANN (eds.), *Changing Families*, cit., p. 273 e 277; R. LEGENDRE, *Recognition and Enforcement*, in *Ibidem*, p. 294 ss.

dell’interpretazione autonoma e uniforme del diritto internazionale privato europeo. La questione è stata discussa rispetto alla proposta di regolamento sulla filiazione⁶¹, materia strettamente correlata a quella matrimoniale e che qui interessa stante la sua rilevanza per la tematica della circolazione degli *status*⁶².

In proposito, attenta dottrina ha rilevato come il controllo esercitato dagli ufficiali di stato civile nel registrare e rilasciare documenti di attestazione dello *status filiationis*, potrebbe comportare la qualificazione e quindi la circolazione di tali atti come «decisioni giudiziarie di filiazione» ai sensi dell’art. 24 ss. della proposta⁶³. Un simile esito rischia però di creare incertezze e, analogamente a quanto rilevato per i divorzi privati, di attenuare le distinzioni introdotte dal legislatore nella proposta di regolamento quanto al riconoscimento delle decisioni e degli «atti pubblici aventi effetti giuridici vincolanti», all’accettazione degli atti pubblici «privi di effetti giuridici vincolanti» o alla circolazione in virtù del certificato europeo di filiazione⁶⁴.

6. Conclusioni

In conclusione, le argomentazioni esposte nel presente contributo attestano la volontà di rafforzare, anche nel contesto della degiurisdizionalizzazione della materia familiare, la continuità e l’unità degli *status* del cittadino dell’Unione, nello spazio giudiziario europeo⁶⁵. Si tratta di una scelta senz’altro positiva, in linea con le decisioni rese in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, filiazione e modifica dell’identità di genere⁶⁶.

⁶¹ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all’accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione. Per una panoramica, D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: un quadro d’insieme in vista dei possibili sviluppi nella sua adozione*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2023, p. 419 ss.

⁶² G. BIAGIONI, *La circolazione*, cit., p. 96.

⁶³ C. BUDZIKIEWICZ, *et al.*, *The Marburg Group’s Comments*, cit., p. 16.

⁶⁴ *Ivi*, p. 77 s.

⁶⁵ P. JIMÉNEZ BLANCO, *La desjudicialización*, cit., p. 563.

⁶⁶ Cfr., rispettivamente, CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor*; e sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stoliczna obsztina, rayon «Pancharevo»*. In termini sostanzialmente analoghi, ordinanza del 24 giugno 2022, *Rzecznicz Praw Obywatelskich*, C-2/21; sentenza 4 ottobre 2024, C-4/23, *M.-A.A. c. Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă, Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne, Municipiul Cluj-Napoca*. V., da ultimo, le recentissime conclusioni dell’Avvocato generale De La Tour del 3 aprile 2025, C-713/23, *Jakub Cupriak-Trojan, Mateusz Trojan c. Wojewoda Mazowiecki*, punto 61, secondo cui «l’articolo 20 e l’articolo 21, paragrafo 1, TFUE, letti alla luce dell’articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, devono essere interpretati nel senso che: essi non ostano a una normativa dello Stato membro di cui un cittadino dell’Unione ha la cittadinanza, che non consente di trascrivere in un registro dello stato civile il suo atto di matrimonio con una persona dello stesso sesso, legalmente emesso in un altro Stato membro, nell’esercizio della sua libertà di circolazione e di soggiorno, qualora nel primo Stato membro esistano altri mezzi per garantire alle persone dello stesso sesso un riconoscimento del loro matrimonio nei confronti dei terzi. Per contro, essi ostano a una

Appare invece più problematica la scelta di attribuire, anche nell'interpretazione proposta dalla Corte di giustizia, portata dirimente al criterio dell'«esame di merito» ai fini della qualificazione degli accordi extragiudiziali di divorzio. Sotto questo, profilo l'assenza di una regola in base alla quale distinguere con più precisione, anche alla luce delle peculiarità delle legislazioni interne, la categoria delle decisioni da quella degli atti pubblici e degli accordi, mal si concilia con le innovazioni e la diversificazione nel regime di circolazione degli atti introdotta dal regolamento Bruxelles II-ter.

Questa stessa assenza solleva ulteriori perplessità anche nel coordinamento con altri strumenti di diritto internazionale privato poiché enfatizza le incoerenze conseguenti alla già di per sé settoriale e frammentata regolamentazione delle diverse questioni oggetto di disciplina negli accordi di divorzio. Infine, anche l'eventuale applicazione del criterio dell'«esame di merito» alla proposta di regolamento sulla filiazione, conferma l'esigenza di una delimitazione più nitida tra le diverse categorie di provvedimenti a fronte della pluralità di regimi previsti per la circolazione delle decisioni e degli atti pubblici.

normativa o a una prassi di uno Stato membro, di cui un cittadino dell'Unione ha la cittadinanza, che non consente il riconoscimento, con qualsiasi mezzo o documento comprovante un vincolo matrimoniale e il cognome scelto dai coniugi, del suo matrimonio legalmente contratto in un altro Stato membro con una persona dello stesso sesso, nell'esercizio della sua libertà di circolazione e di soggiorno, per il motivo che il primo Stato membro non prevede un tale matrimonio».

Il primato del diritto dell'Unione europea: elogio della precarietà

GIOVANNI ZACCARONI*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La natura «non codificata» del primato del diritto dell'Unione e la sua precarietà – 3. Il primato dell'Unione ed i rinvii rumeni sulle pronunce della propria Corte costituzionale: da *Euro Box* a *Energotebnica* – 4. Il primato e l'applicazione delle sentenze della Corte di giustizia sulla nozione di «paese di origine sicuro» – 5. La Corte costituzionale italiana ritorna sul primato del diritto dell'Unione: il «tono costituzionale» – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: questo contributo cerca di evidenziare come il primato del diritto dell'Unione europea, nella precarietà data dalla sua natura non codificata, viene messo alla prova dal movimento di inversione del processo di globalizzazione in atto, e come si potrebbe evitarlo. Dopo alcune riflessioni sulla natura del primato, si metteranno in evidenza esempi nei quali si possono vedere in atto i segni lasciati sulla costruzione del primato dal tentativo recupero per recuperare il controllo delle frontiere fisiche e giuridiche. Il primo esempio ci mostra, attraverso diversi rinvii, da *Eurobox Promotion* ad *Energotebnica*, il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte di giustizia sul primato. Il secondo esempio ci mostra le conseguenze del primato sulla gestione dell'immigrazione. Il terzo esempio è sulla recente giurisprudenza della Corte costituzionale sul tono costituzionale e sul modo in cui la massima istituzione giurisdizionale nazionale, pur con molta cautela, si pone come intermediario nella disapplicazione del diritto interno. Le molteplici sfide che ha dovuto affrontare il primato rivelano che la precarietà della sua costruzione giurisprudenziale continua ad essere la sua qualità migliore, perché permette alla Corte di giustizia di adattarlo alle diverse circostanze in cui deve essere applicato.

PAROLE CHIAVE: Corte di giustizia – primato – globalizzazione – tono costituzionale – interpretazione – integrazione.

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano-Bicocca, giovanni.zaccaroni@unimib.it. Lo scritto è aggiornato al 1° luglio 2025.

1. Introduzione

Lo scopo di questo contributo, che riprende volutamente il titolo di un saggio di Sabino Cassese sull'ordinamento costituzionale dell'Unione¹, è mostrare come il primato del diritto dell'Unione viene messo alla prova dal movimento di inversione del processo di globalizzazione di matrice sovranista, e tale prova potrebbe essere superata². Il processo di globalizzazione, infatti, nell'ambito giuridico, ha contribuito in maniera notevole a spostare le competenze dal livello locale e nazionale a quello sovranazionale³. MacCormick scriveva, nel 1993, che il principio di sovranità dello Stato, che vuole lo Stato pienamente sovrano di tutto quello che succede al suo interno e all'esterno, sembrava ormai superato dai fatti⁴. E, già allora, individuava due vie d'uscita principali: una, andare verso un ordinamento decentralizzato dove ogni articolazione istituzionale sarebbe stata sovrana all'interno delle proprie competenze e un'altra che andava verso il ritorno dei poteri e delle competenze a livello nazionale⁵.

Dopo vent'anni, nei quali l'Unione europea ha percorso in modi diversi la prima strada, e cioè il maggiore trasferimento di competenze e poteri nei suoi confronti (riuscendoci in gran parte, ma comunque solo in parte)⁶, ci troviamo invece di fronte alla tentazione di perseguire di nuovo la seconda, il ritorno, completo o parziale, verso Stati europei che siano individualmente e pienamente sovrani. La progressiva ma costante messa alla prova del primato è il prodotto di questa tensione, perché questo principio rappresenta uno degli

¹ S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 469 ss. Tale scritto si occupa della precarietà della costruzione del Trattato Costituzione, poi non ratificato in tutti gli Stati membri.

² Il concetto di «movimento di resistenza alla globalizzazione di matrice sovranista» è inevitabilmente approssimativo. Tuttavia, una buona sintesi si può trovare in O. MAZZOLENI, G. IVALDI, *The Relationship between Economic Populist Sovereignism, Globalization and Populist Radical Right Politics: Voter Attitudes in Western Europe and the United States*, in *Government and Opposition*, 2024, p. 845 ss., p. 847-848. Riguardo invece la tendenza dei movimenti populistici al recupero della sovranità v. anche G. HALMAI, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *German Law Journal*, 2019, p. 296 ss. Non ritengo che gli esempi che propongo in questo scritto siano espressione di tale movimento di matrice sovranista, ma credo soltanto che esprimano il tentativo di avvantaggiarsene, seppure indirettamente, per recuperare sovranità.

³ Cfr. G. CONTALDI, *Cosa resta della globalizzazione?* in G. CONTALDI (a cura di) *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, 2021, Roma Tre Press, p. 1 ss. S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2024, p. 531 ss. G. MARTINICO, *Natura, struttura e funzioni del diritto costituzionale europeo*, in *Ragion Pratica*, 2023, p. 140 ss., p. 143. M. GRAZIADEI, *What Does Globalisation Mean for the Comparative Study of Law?*, in *Journal of Comparative Law*, 2021, p. 511 ss. A. AHEARNE, J. PISANI-FERRY, A. SAPIR, ANDRÉ; N. VÉRON, *The EU and the governance of globalisation*, Bruegel Working Paper n. 2, 2006. F. SNYDER, *Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law*, in *European Law Journal*, 1999, p. 334 ss.

⁴ N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993, p. 1 ss.

⁵ *Ivi*, p. 16-17.

⁶ A. TIZZANO, *Il costituzionalismo europeo nell'età dell'incertezza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2023, p. 363 ss.

ostacoli principali sulla via di un possibile ritorno alla piena sovranità giuridica, politica ed economica⁷.

In questo contributo, dunque, dopo alcune riflessioni sulla natura del primato, si metteranno in evidenza tre esempi nei quali si possono vedere in atto i segni lasciati sulla costruzione del primato dal processo di inversione della globalizzazione del diritto e di recupero del controllo delle frontiere fisiche e giuridiche. Il primo esempio ci mostra, da *Euro Box Promotion ad Energotehnica*, il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte di giustizia sul primato. Il secondo esempio ci mostra le conseguenze del primato del diritto dell'Unione e della sua giurisprudenza sulla gestione dell'immigrazione. Il terzo esempio è sulla recente giurisprudenza della Corte costituzionale sul tono costituzionale e permette di verificare in che modo la massima istituzione giurisdizionale nazionale, pur con molta cautela, si stia attrezzando per porsi come intermediario nella disapplicazione del diritto interno tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia.

2. La natura «non codificata» del primato del diritto dell'Unione e la sua precarietà

Il primato del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri non è codificato in maniera esplicita nei Trattati istitutivi, e non è nemmeno menzionato, se non in maniera del tutto occasionale ed indiretta, nel diritto derivato⁸. L'unica eccezione era rappresentata dal Trattato Costituzione che, invece, prevedeva il riconoscimento esplicito del primato all'articolo I-6, dove si diceva che «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»⁹.

A seguito del fallimento della ratifica del Trattato Costituzione, con il Trattato di Lisbona, si è scelta invece una via intermedia¹⁰. Tale via abbandona il processo di codificazione esplicita che sembrava quasi scontato con il Trattato Costituzione, per aggiungere però una Dichiarazione, allegata al testo del Trattato di Lisbona, che ribadisce l'importanza del principio del primato come principio giurisprudenziale: «[...] i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»¹¹. Oltre a questa precisazione, circostanza quantomani rara (e probabilmente unica, per il diritto dell'Unione), la conferenza che ha adottato il Trattato di Lisbona ha allegato un breve parere del servizio

⁷ Cfr. L.S. ROSSI, C. TOVO, *Il principio del primato del diritto dell'Unione Europea*, in N. VEROLA, G. AMATO (a cura di), *Europa tra presente e futuro*, Roma, 2023, p. 97-109.

⁸ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Relazione sullo Stato di diritto 2022 – La situazione dello Stato di diritto nell'unione europea*, COM(500) final, p. 26.

⁹ Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, 16 dicembre 2004.

¹⁰ L.S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, p. 1 ss., p. 8.

¹¹ Dichiarazione relativa al primato (n. 17), Trattato di Lisbona, 13 dicembre 2007.

giuridico del Consiglio, datato 22 giugno 2007, che ribadisce il carattere non codificato e giurisprudenziale del primato (definito come «preminenza»), ma che asserisce però che tale mancanza non pregiudica in alcun modo la sua esistenza, né l'esistenza della relativa giurisprudenza¹².

Tale precisazione potrebbe sembrare soltanto una *excusatio non petita* rispetto alla mancanza di una codificazione, mentre al contrario dota il primato di «substantial legal effects»¹³.

È perciò necessario riflettere sull'origine del primato e delle sue opposizioni per capire fino a che punto le critiche mosse siano fondate.

Costa contro ENEL è la causa che viene considerata come l'inizio dell'approfondimento del primato¹⁴. Da *Costa* in poi, la Corte di giustizia ha ribadito, sin dalla sentenza *Les Verts*¹⁵, il primato e la natura costituzionale dei Trattati (sostenuta anche da autorevole dottrina¹⁶), poi ripresa con ancora maggior convinzione nel parere 1/91¹⁷. Il riconoscimento del primato, però, ha faticato non poco nell'incontrare il sostegno non solo dei governi, ma anche delle Corti costituzionali degli Stati membri¹⁸. Semplificando molto, lo spettro dei

¹² «Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007: Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata [*Costa contro ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/64 [1]] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

¹³ Cfr. J. ZILLER, *The Primacy of European Union Law*, Study commissioned by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs of the European Parliament, 2022, p. 14-15.

¹⁴ CGUE, sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.* Si vedano le interessanti circostanze della causa, descritte nei dettagli in A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 2019, p. 1017 ss.

¹⁵ CGUE, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, punto 23: «A questo proposito si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato».

¹⁶ G. F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 595 ss. S. CASSESE, *La Costituzione Europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1991, p. 487 ss. G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Annuario 1999*, Cedam 2000, p. 297 ss. P. CRAIG, *Constitutions, Constitutionalism, and the European Union*, in *European Law Journal*, 2001, p. 125 ss. G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, 2004. G. CURTI GIALDINO, *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss. J. BAST, A. VON BOGDANDY, *Parte fondamentale e nucleo costituzionale dei trattati europei. Sulla legittimità del nuovo costituzionalismo della CGUE*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2024, p. 793 ss.

¹⁷ CGUE, parere del 14 dicembre 1991, parere 1/91 *sul progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, punto 21: «al Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto».

¹⁸ L.S. ROSSI, C. TOVO, *Il principio del primato del diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 103-107.

gradi di resistenza al primato va dalla collaborazione, pur nella rivendicazione delle proprie e diverse competenze, come nella teoria dei controlimiti della Corte costituzionale italiana¹⁹, alla completa opposizione, che si è da ultimo realizzata nella sentenza *K-31* della Corte costituzionale polacca²⁰.

La Corte di giustizia, come giudice convintamente a supporto del processo di integrazione, continua ad essere la vera promotrice del primato del diritto dell’Unione, e, in questo ruolo, a ricevere molte critiche²¹. Tale supporto, però, non si può dare per scontato, e potrebbe venire a mancare in un futuro nemmeno troppo lontano, fino al paradosso (cosa che al momento sembra soltanto una suggestione) della possibilità che la Corte modifichi la sua giurisprudenza sul primato.

Ci si potrebbe però chiedere se la codificazione del primato sia davvero «necessaria a tutti i costi», e il primato, insieme all’uguaglianza tra gli Stati membri e quella tra i cittadini dell’Unione, non fondi già il diritto dell’Unione in maniera piuttosto incontrovertibile²². Tale questione, poi, sarebbe ancora più rilevante se il primato non fosse soltanto strutturale ma caratterizzasse l’ordinamento dell’Unione come ordinamento di diritto internazionale, seppure *sui generis*²³.

La natura non codificata del primato e la sua costruzione giurisprudenziale costituiscono invece un argomento che sostiene chi ritiene che manchi un vero e proprio mandato democratico alle decisioni della Corte²⁴.

Un inizio di risposta a tali argomenti potrebbe essere che tale legittimazione si basi proprio sulla decisione degli Stati di attribuire alla Corte l’interpretazione esclusiva del diritto dell’Unione, nonché dalla ugualmente importante decisione dei cittadini degli Stati

¹⁹ Su cui v. per esempio A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017.

²⁰ Corte costituzionale polacca, sentenza del 7 ottobre 2021, causa K-21, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, su cui v. G. DI FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021. Tale causa è poi alla base di una procedura di infrazione che è già giunta alla fase giudiziale, nella quale sono state pubblicate le conclusioni dell’Avvocato generale. V. G. DI FEDERICO, *La “crisi esistenziale” dell’ordinamento costituzionale europeo: le conclusioni dell’avvocato generale Spielmann nel caso Commissione c. Repubblica di Polonia*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, p. 1 ss.

²¹ V. per esempio, quelle evidenziate già oltre venti anni fa in G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell’Unione europea*, cit., p. 302-303.

²² V. le considerazioni fatte su uguaglianza (degli Stati) e primato da F. L. GATTA, *La legge (dell’Unione europea) è uguale per tutti: il principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2024, p. 1, in part. p. 35 e ss, nonché sull’importanza del primato per la tutela nei confronti delle violazioni dello Stato di diritto, S. CRESPI, *La protezione dello Stato di diritto nel sistema dell’Unione europea: cosa resta da fare?*, in *Eurojus*, 2024, p. 326, in part. p. 360-361.

²³ V. gli argomenti mossi sulla natura non strutturale del primato non come principio strutturale in P. ELEFTHERIADIS, *The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural*, in *European Papers*, 2023, p. 1255 ss. e in G. DI FEDERICO, *In the Name of Primacy: Opinion C-448/23 and the EU’s Existential Principle of Primacy*, in *Verfassungblog*, 22 aprile 2025, <https://verfassungsblog.de>.

²⁴ Tali argomenti sono refutati nei dettagli da A. VON BOGDANDY, *The emergence of European society through public law: a Hegelian and anti-Schmittian approach*, Oxford, 2024, p. 229-234.

membri di incaricare i loro rappresentanti di negoziare le modifiche ai Trattati²⁵. La richiesta di abbandonare o comunque indebolire il primato sulla base della mancanza di una vera legittimazione democratica è dunque più che altro il risultato del desiderio di invertire il processo di integrazione del diritto dell'Unione, anche alla luce del fatto che l'Unione, nel tempo, potrebbe avere tradito alcune delle attese sproporzionate che gli Stati nutrivano nei suoi confronti²⁶.

Un altro esempio interessante del tentativo di invertire il processo di integrazione è la lettera scritta da 9 governi europei contro la giurisdizione di un'altra corte sovranazionale, quella di Strasburgo²⁷. Anche in questo caso, la richiesta dei governi nazionali sembra quella di tornare ad un tempo in cui non esistevano ordinamenti sovranazionali ma soltanto gli ordinamenti nazionali, e gli Stati erano «pienamente sovrani» al loro interno²⁸. La lettera «aperta», però, non disconosce la partecipazione degli Stati che la promuovono all'ordinamento giuridico internazionale, e dunque non raccomanda un vero e proprio ritorno al passato, bensì tradisce la nostalgia di un tempo (che probabilmente non si è mai verificato) in cui le corti erano meno protagoniste, o comunque in cui le loro sentenze rimanevano nelle aule dei tribunali e non venivano così estesamente conosciute e riconosciute da parte del pubblico. Certo, la questione non è esattamente sovrapponibile a quella che riguarda il primato. Ma evoca comunque un periodo in cui le corti erano un po' meno indipendenti ed in cui i governi nazionali sembravano avere più potere. Poco importa se tale potere si esprimeva in un mondo, che non esiste più, in cui gli Stati europei contavano molto di più singolarmente.

La resistenza alle corti sovranazionali, dunque, diventa necessariamente una resistenza anche al primato del loro diritto, che impedisce agli Stati membri di agire secondo le proprie prerogative. Anche in *Commissione contro Malta* – nota sentenza sulla concessione della residenza permanente prima e della cittadinanza poi di uno Stato membro in cambio di investimenti – la Corte di giustizia ha ribadito come un ambito tradizionalmente associato

²⁵ *Ivi*, p. 233.

²⁶ G. ITZCOVICH, *Sulla decostruzione giuridica dell'Europa. Deficit di legittimità e diritto costituzionale europeo*, in *Ragion Pratica*, 2023, p. 101 ss.

²⁷ Lettera aperta di Italia, Danimarca, e sette governi europei del 22 maggio 2025. In questo caso gli Stati (membri sia dell'Unione europea che del Consiglio d'Europa) sono: Italia, Danimarca, Austria, Polonia, Belgio, Repubblica Ceca, Lituania, Lettonia, Estonia.

²⁸ Si veda a p. 2 della Lettera. «However, as leaders, we also believe that there is a need to look at how the European Court of Human Rights has developed its interpretation of the European Convention on Human Rights. Whether the Court, in some cases, has extended the scope of the Convention too far as compared with the original intentions behind the Convention, thus shifting the balance between the interests which should be protected. We believe that the development in the Court's interpretation has, in some cases, limited our ability to make political decisions in our own democracies. And thereby affected how we as leaders can protect our democratic societies and our populations against the challenges facing us in the world today».

agli Stati tradizionali, quello della concessione della cittadinanza, non è più soltanto nella disponibilità degli Stati membri²⁹.

Dunque, il rifiuto del primato non è soltanto il rifiuto della supremazia del diritto dell’Unione su quello nazionale, bensì il rifiuto, o comunque il disagio, per il ruolo della Corte e l’interpretazione teleologica che ha in gran parte diretto il processo di integrazione dell’Unione³⁰.

Tale rifiuto è il risultato dell’asimmetria tra il diritto codificato ed il diritto giurisprudenziale dell’Unione. Asimmetria che esiste da lungo tempo, ma che, soprattutto nell’ultimo periodo, sembra essere sempre meno sopportabile per i governi degli Stati membri.

Il disagio manifestato dai governi nazionali di fronte alla guida giurisdizionale del processo di integrazione è poi fortemente collegato al processo di inversione della globalizzazione, che, mettendo a nudo la mancanza di strumenti adeguati nel diritto dell’Unione, anche, ma non solo, per mancanza di volontà degli Stati nel conferirli, li costringe a loro volta a dare la colpa all’Unione.

Tuttavia, il ruolo della Corte di giustizia nell’assicurare l’uniformità dell’interpretazione e nella applicazione dei Trattati è codificato all’articolo 19, paragrafo 1, del Trattato sull’Unione europea³¹. Benché tale articolo non dica nulla sull’esclusività o la vincolatività dell’interpretazione, codifica il ruolo della Corte di giustizia e la sua giurisprudenza, e contribuisce alla solidità del primato.

Secondo quanto abbiamo visto, la costruzione giurisprudenziale del primato non sembra distinguersi per solidità. Una tale precarietà, tuttavia, non è necessariamente una debolezza. Come vedremo soprattutto nei prossimi due paragrafi, permette alla Corte di giustizia di interpretare il diritto dell’Unione in modo da favorire i diritti dei suoi cittadini (e di quelli dei paesi terzi) ed il processo di integrazione.

²⁹ CGUE, sentenza del 29 aprile 2024, causa C-181/23, *Commissione contro Malta*, punto 83: «Infatti, né dal testo dei Trattati né dal loro impianto sistematico è possibile dedurre la volontà dei loro autori di prevedere [...] un’eccezione all’obbligo di rispettare il diritto dell’Unione [...]. In tali circostanze, una siffatta eccezione non può essere ammessa, poiché essa sarebbe assimilabile a una limitazione degli effetti derivanti dal primato del diritto dell’Unione, che fa parte delle caratteristiche essenziali di quest’ultimo e, quindi, del quadro costituzionale dell’Unione».

³⁰ Mi sembra che una buona sintesi dell’interpretazione teleologica della CGUE si possa trovare nelle Conclusioni dell’Avvocato generale Mancini del 4 dicembre 1985, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, p. 1350, citate da J. KOKOTT, *La Corte di Giustizia dell’Unione europea come motore dell’integrazione*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2024, p. 427 ss., p. 450 e giurisprudenza ivi ulteriormente citata in nota. In tali conclusioni, l’Avvocato generale sostiene che: «L’obbligo di osservare il diritto (...) prevale sulle angustie della legge scritta. Ogniqualvolta la protezione dei giustiziabili lo esiga, la Corte è pronta a correggere o a completare le norme che limitano la sua competenza in nome del principio che consacra la sua missione».

³¹ Articolo 19, paragrafo 1, TUE: «La Corte di giustizia dell’Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione».

3. Il primato dell'Unione ed i rinvii rumeni sulle pronunce della propria Corte costituzionale: da *Euro Box* a *Energotehnica*

Negli ultimi anni la Corte di giustizia è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla questione del primato. Ci sono, per esempio, alcune sentenze che hanno approfondito in particolare il fatto, a prima vista non scontato, che il giudice nazionale possa o meno disapplicare una pronuncia del giudice costituzionale interno, qualora tale pronuncia si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione, senza subire per ciò stesso nessun tipo di pregiudizio.

Le cause da cui ha avuto origine tale giurisprudenza, a partire da *Euro Box Promotion*³², sono rinvii pregiudiziali provenienti dalla Romania, dove la giurisprudenza della Corte costituzionale è vincolante ai sensi della Costituzione rumena e dove è espressamente prevista una forma di responsabilità disciplinare del giudice interno che non dà attuazione alle pronunce della Corte costituzionale nazionale³³. Diversi giudici nazionali rumeni, infatti, si sono ritrovati a chiedere alla Corte di giustizia cosa fare di fronte a delle sentenze della propria Corte costituzionale (definita come organo 'politico-giurisdizionale' estraneo all'ordinamento giudiziario)³⁴ che, qualora applicate, potevano violare il primato del diritto dell'Unione.

La sentenza *Euro Box Promotion* è particolarmente interessante perché rappresenta uno dei non molti esempi in cui la Corte di giustizia fa il punto sulla propria giurisprudenza sul primato³⁵. Nelle more di tale preziosa ricognizione, la Corte menziona, probabilmente per la prima volta³⁶, il fatto che l'attuazione del primato e la conseguente disapplicazione della normativa o della giurisprudenza confliggente non è soltanto legata all'efficacia del diritto dell'Unione, ma anche all'uguaglianza degli Stati membri di fronte ai Trattati³⁷. Permettere a uno Stato membro di eludere l'applicazione del diritto dell'Unione in tutti i casi, anche quando tale possibilità è prevista da una disposizione di rango costituzionale, non è compatibile con il diritto dell'Unione³⁸. A questo si aggiunge che, qualora il giudice nazionale abbia fatto richiesta di rinvio pregiudiziale ed a seguito della risposta ricevuta

³² CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion*, punto 244.

³³ Articolo 147 della Costituzione rumena e legge n. 303 del 2004 sullo statuto della magistratura.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., punti da 244 a 252.

³⁶ V. P. FILIPEK, M. TABOROWSKI, *From Romania with Love, The CJEU confirms criteria of independence for constitutional courts*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2022, sviluppato poi ulteriormente in P. FILIPEK, M. TABOROWSKI, *Decoding the Euro Box Promotion case: Independence of constitutional courts, equality of States, and the clash in judicial standards in view of the principle of primacy*, in *Common Market Law Review*, 2024, p. 831. V. però le critiche all'invocazione estemporanea dell'articolo 4(2) TUE, tra cui F. WEBER, *The Identity of Union Law in Primacy: Piercing Through Euro Box Promotion and Others*, in *European Papers*, 2022, p. 749, p. 765-766.

³⁷ CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., punto 248.

³⁸ CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., punto 251.

ritenga di dovere disapplicare la disciplina nazionale confliggente, la giurisprudenza della Corte costituzionale nazionale non vi si possa opporre³⁹.

Ci sono dunque ragioni per ritenere che la Corte di giustizia, con *Euro Box Promotion*, abbia voluto aprire una nuova strada nella giurisprudenza sul primato, fondandolo sul principio di uguaglianza tra gli Stati membri, e rassicurando i giudici nazionali sulla possibilità di disapplicare la disciplina contrastante anche quando possa avere rango costituzionale⁴⁰. Nel farlo, però, potrebbe avere provocato una frattura con gli ordinamenti costituzionali nazionali, che (come del resto la Corte di giustizia) si ritengono gli unici in grado di disporre la disapplicazione del proprio diritto e della propria giurisprudenza. Forse anche per questo la Corte ha precisato, nel giro di qualche mese, i principi di diritto contenuti in *Euro Box Promotion* nella sentenza *RS*⁴¹.

In *RS*, infatti, la Corte riprende in maniera piuttosto estesa l’argomento in *Euro Box Promotion*, concentrandosi sull’importanza che ha il diritto dell’Unione dotato di efficacia diretta: «il rispetto di tale obbligo di applicare integralmente qualsiasi disposizione del diritto dell’Unione dotata di efficacia diretta deve essere considerato indispensabile per garantire la piena applicazione del diritto dell’Unione in tutti gli Stati membri, come richiesta dall’articolo 19, paragrafo 1, TUE»⁴². Poi la Corte ribadisce di nuovo che l’importanza di non fare eccezioni per nessuno Stato membro è legata alla necessità di garantire il rispetto dell’uguaglianza degli Stati membri, richiamando però questa volta anche il principio di leale cooperazione⁴³.

Dopo *RS*, questa lunga telenovela giudiziale continua con un’ordinanza, nella causa *FX*, dove la Corte ha ribadito i principi di diritto già contenuti in *Euro Box Promotion* ed in *Energotehnica*⁴⁴. Sintetizzando un passaggio già ripreso nelle precedenti sentenze «il principio del primato [...] osta ad una norma o prassi nazionale ai sensi della quale i giudici ordinari nazionali sono vincolati dalle sentenze della Corte costituzionale nazionale e non possono, per questo motivo e salvo commettere un illecito disciplinare, disapplicare, di propria iniziativa, la giurisprudenza risultante da tali sentenze»⁴⁵.

Da ultimo – naturalmente con riguardo all’argomento di questo scritto, poiché la giurisprudenza sul primato è in evoluzione – il 24 settembre 2024 la Corte di giustizia dell’Unione europea si è nuovamente pronunciata su un aspetto molto particolare del primato, di nuovo su richiesta di una corte rumena⁴⁶. Questa volta, però, la Corte di giustizia

³⁹ CGUE, *Euro Box Promotion*, cit. punto 260.

⁴⁰ P. FILIPEK, M. TABOROWSKI, *Decoding the Euro Box Promotion case: Independence of constitutional courts, equality of States*, cit. p. 854.

⁴¹ CGUE, sentenza del 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*.

⁴² CGUE, *RS*, cit. punto 54.

⁴³ CGUE, *RS*, cit. punto 55.

⁴⁴ CGUE, ordinanza del 7 novembre 2022, cause riunite C-859/19, C-926/19 e C-929/19, *FX*.

⁴⁵ CGUE, *FX*, cit. punto 138.

⁴⁶ CGUE, sentenza del 26 settembre 2024, causa C-792/22, *Procedimento penale a carico di MG [Energotehnica]*.

ha affermato che una corte nazionale può disattendere, qualora sia contraria al diritto dell'Unione, anche la sentenza di un giudice amministrativo, che si basa sull'interpretazione di una Corte costituzionale nazionale (punto già sollevato, oltre che in *Euro Box Promotion*, nella precedente RS)⁴⁷, passata in giudicato e che definisce un fatto come infortunio sul lavoro al fine della determinazione del risultato di un giudizio penale.

È noto che il diritto penale sostanziale, ed il particolare quello di parte generale, sia soggetto ad un'armonizzazione minima e che dunque in questo settore sia più difficile per il diritto dell'Unione esprimere la sua influenza⁴⁸. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto di dovere dare in ogni caso una risposta al quesito posto dal giudice nazionale. Tale quesito chiedeva infatti se il principio della protezione dei lavoratori e il principio della responsabilità del datore di lavoro, sanciti dall'articolo 1, paragrafi 1 e 2, e dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 89/391⁴⁹, in combinato disposto con l'articolo 31 della Carta, si oppongano a una normativa nazionale che impedisca la qualificazione di un evento come infortunio sul lavoro⁵⁰.

Un primo elemento interessante è quello della ricevibilità della questione pregiudiziale. In effetti, la Corte avrebbe potuto scegliere di non rispondere alla domanda del giudice nazionale perché il diritto dell'Unione non è applicabile al procedimento principale⁵¹.

Questo perché, come evidenziato dal governo rumeno, la questione nel procedimento principale riguarda un procedimento sulla responsabilità penale di un lavoratore, e non già di un datore di lavoro, in quanto quest'ultimo ha esclusivamente la qualificazione di parte civilmente responsabile nel procedimento penale⁵². La Corte, invece, facendo leva sui poteri che le sono attribuiti dal proprio Statuto e dal Regolamento di procedura, decide di sfruttare l'opportunità e di dare una risposta al giudice nazionale⁵³. Per fare ciò la Corte sfrutta, da un lato, la presunzione di rilevanza della questione pregiudiziale, mentre, dall'altro, la più complessa questione del coinvolgimento del datore di lavoro e della conseguente applicazione della direttiva 89/351⁵⁴. La Corte, infatti, ritiene che la qualifica dell'evento come infortunio sul lavoro abbia poi una ricaduta sulla possibilità di risarcire il danno

⁴⁷ CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., punto 262, RS, cit., punto 76.

⁴⁸ Cfr. F. ROSSI, *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, p. 108 ss., p. 112 e 113.

⁴⁹ Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

⁵⁰ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 33.

⁵¹ Sulle condizioni di ricevibilità del rinvio pregiudiziale v. C. IANNONE, *Le ordinanze di irricevibilità dei rinvii pregiudiziali dei giudici italiani*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 249 ss.

⁵² CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 35.

⁵³ *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, punto 9.

⁵⁴ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 37.

sostenuto dagli aventi causa della vittima, che sarebbe dunque cagionato dal datore di lavoro⁵⁵.

Il fatto che il quesito posto dalla corte nazionale ricada all’interno dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione crea poi le condizioni per l’applicazione della Carta. Questo dà l’opportunità alla Corte di utilizzare uno dei suoi poteri legati alla ricevibilità del rinvio pregiudiziale, e cioè la possibilità di riformulare il quesito al fine di poter dare una risposta utile alla soluzione della causa⁵⁶.

Il quesito viene riformulato, in questo caso, al fine di analizzare la compatibilità della disciplina nazionale (come interpretata dalla Corte costituzionale) non con l’articolo 31, bensì con l’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE⁵⁷. La scelta della Corte ha, probabilmente, il motivo di evitare di invocare un articolo che è parte del titolo IV della Carta, sui diritti sociali, che, benché soggetti a costante evoluzione, nel contesto di un rinvio pregiudiziale come quello di cui si tratta avrebbero corso il rischio di venire limitati⁵⁸. Diverso è, invece, il caso dell’articolo 47 che contiene il diritto «ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale», più volte invocato davanti alla Corte di giustizia ed ai giudici nazionali, da ultimo nella causa *K.L. v X*⁵⁹.

L’articolo 47, infatti, è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale⁶⁰. Dunque, la Corte afferma che l’articolo 47 della Carta può essere invocato in quanto tale anche in una controversia di natura penale, ed avere ricadute anche sulla responsabilità civile, quale quella che può insorgere in capo al datore di lavoro qualora il fatto venga inquadrato come incidente sul lavoro⁶¹.

Tuttavia, la Corte non dice che il diritto dell’Unione obbliga a qualificare un episodio come incidente sul lavoro, ma soltanto che la direttiva 89/391/CEE e l’articolo 47 della Carta impongono che «il diritto di essere ascoltate delle parti [...] sarebbe leso se per loro

⁵⁵ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 38.

⁵⁶ U. ŠADL, A. WALLERMAN, ‘The referring court asks, in essence’: Is reformulation of preliminary questions by the Court of Justice a decision writing fixture or a decision-making approach?, in *European Law Journal*, 2019, p. 416 ss.

⁵⁷ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 43.

⁵⁸ Sul tema e sui limiti dei diritti sociali v. V. SALESE, *Exploring the Protection of Fundamental Social Rights in the EU: Some Patterns of Interaction between the Charter and the Legislation in the ECJ’s Case law*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2024, p. 349 ss.

⁵⁹ CGUE, sentenza del 20 febbraio 2024, causa C-715/20, *K.L. v X sp. z o.o.* Cfr. L. CECCHETTI, *Something new under the Sun: The direct effect of directives plus Article 47 Charter in horizontal situations in the K.L. judgment*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, p. 1 ss. F. VAN REEMPTS, *The Court of Justice of the EU and the Philosopher’s Stone: the Independent Horizontal Direct Effect of Article 47 of the Charter in K.L. v X*, in *European Constitutional Law Review*, 2024, p. 482 ss.

⁶⁰ CGUE, sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 78.

⁶¹ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 55.

risultasse impossibile prendere posizione in merito»⁶². La soluzione finale al primo quesito, dunque, è lasciata all'apprezzamento della corte nazionale⁶³.

A questo punto la Corte, una volta affermato che l'articolo 47 garantisce il diritto di essere sentite delle parti, deve rispondere alla domanda se i giudici nazionali possano disapplicare d'ufficio una giurisprudenza della Corte costituzionale nazionale contraria al diritto dell'Unione, anche qualora il mancato rispetto della giurisprudenza possa fare insorgere un illecito disciplinare⁶⁴.

Nel rispondere al quesito della corte nazionale, la Corte di giustizia ricorda che il primato non viene invocato per ribadire una gerarchia *tout court* tra fonti, bensì per affermare che, nel caso in cui vi sia un conflitto tra la disciplina dell'Unione e quella interna, quest'ultima deve essere disapplicata, qualunque sia la corte nazionale coinvolta⁶⁵. La disapplicazione di una giurisprudenza nazionale contraria al diritto dell'Unione, benché consolidata, è infatti insita nell'obbligo di interpretazione del diritto nazionale secondo il diritto dell'Unione⁶⁶.

La questione è tuttavia controversa e, come a volte avviene in casi simili, l'avvocato generale, nelle sue conclusioni, argomenta in favore di un'altra soluzione. La soluzione proposta dall'avvocato generale, infatti, non faceva leva sul primato dell'Unione bensì sul principio di effettività, per ammettere che comunque il processo amministrativo deve prevedere che siano sentiti gli aventi causa⁶⁷.

Tuttavia, la Corte di giustizia, facendo riferimento ancora una volta all'importante precedente in *RS*, decide di utilizzare lo strumento del primato e di ribadire l'illegittimità della sanzione disciplinare per dissuadere il giudice nazionale dal disapplicare la disciplina interna⁶⁸.

Si potrebbe poi anche argomentare che, nella causa in questione, la Corte di giustizia abbia forzato la mano, e che non fosse ravvisabile un legame particolarmente forte tra la causa davanti al giudice nazionale ed il diritto dell'Unione. Tuttavia, sappiamo che tale decisione, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia, è rimessa principalmente all'apprezzamento del giudice nazionale, che avrebbe potuto liberamente decidere di non riferire la questione, senza per ciò stesso subirne le conseguenze⁶⁹. Dunque, la Corte di

⁶² *Ibid.*

⁶³ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 58.

⁶⁴ Come già affermato in CGUE, *Euro Box Promotion*, cit. e in *RS*, cit.

⁶⁵ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 62.

⁶⁶ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 63.

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale A. Rantos dell'11 aprile 2024, causa C-792/22, *Procedimento penale a carico di MG* [*Energotehnica*], punto 43.

⁶⁸ CGUE, *Energotehnica*, cit., punto 65.

⁶⁹ V. da ultimo CGUE, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, punto 35: «Spetta parimenti al solo giudice nazionale [...] valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, tanto la necessità quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte».

giustizia adotta una soluzione forse poco deferente, ma comunque coerente con la sua giurisprudenza e con la dottrina del primato.

Dopo avere esaminato questa linea di giurisprudenza, pare evidente lo sforzo costante della Corte di giustizia nel riaffermare l'importanza del primato come fondamento dell'ordinamento dell'Unione, e la responsabilità condivisa con i giudici nazionali per la sua attuazione. Tuttavia, la riaffermazione del primato e del ruolo dei giudici nazionali si scontra con la convinzione dei giudici costituzionali nazionali di essere titolari dell'esclusiva del giudizio di compatibilità della legge nazionale (e dell'Unione) con le carte costituzionali nazionali. Il giudice nazionale, dunque, si trova davanti alla scelta di disattendere la giurisprudenza della propria Corte costituzionale, oppure quella della Corte di giustizia.

Tale convinzione, che, come vedremo nel paragrafo 5, è espressa anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, è probabilmente la ragione che più di altre ha sostenuto la giurisprudenza della Corte di giustizia nell'affiancare al primato la condivisione della sua responsabilità con le corti nazionali. Tale condivisione, poi, non è limitata solo al primato, ma attraverso di esso conduce, con le opportune differenze nazionali, alla formazione di una potenziale piattaforma di valori comuni⁷⁰.

4. Il primato e l'applicazione delle sentenze della Corte di giustizia sulla nozione di «paese di origine sicuro»

Il primato del diritto dell'Unione, come elemento del processo di globalizzazione del diritto, non provoca conseguenze soltanto nel rapporto tra corti, ma anche tra istituzioni nazionali e istituzioni dell'Unione.

Il rapporto tra l'attuale governo italiano e le istituzioni dell'Unione europea è piuttosto ambiguo: solido quando si tratta di offrire sostegno ad una maggioranza parlamentare per approvare e fornire sostegno ad una Commissione europea a chiara trazione «popolare»⁷¹, più fragile, invece, su aspetti controversi, tra i quali senza dubbio la gestione dell'immigrazione⁷². La gestione dei flussi migratori è entrata in conflitto più volte con le limitate competenze che l'Unione esprime nell'ambito, anche se, a partire dalla fine del primo e l'inizio del secondo mandato della Commissione von der Leyen, il baricentro delle politiche migratorie sembra essersi spostato su posizioni più conservatrici⁷³.

⁷⁰ B. NASCIBENE, *Riflessioni sui valori comuni ai Paesi membri dell'Unione e sul contributo della Corte di giustizia, Relazione presentata al Convegno di studi in onore di Ennio Triggiani "L'Unione europea come comunità di valori"*, 2024, www.osorin.it.

⁷¹ V. P. GUASTAMACCHIA, *Compie tre anni la relazione speciale tra Meloni e von der Leyen*, in *Il Foglio*, 2 gennaio 2025, www.ilfoglio.it.

⁷² G. ECHEVERRÍA, C. FINOTELLI, *Much ado about nothing? Giorgia Meloni's government and immigration*, in *Contemporary Italian Politics*, 2024, p. 233 ss.

⁷³ Come esempio di questo rinnovato sodalizio v. il Comunicato Stampa del Dipartimento per gli Affari Europei, *Ministro Foti: "Efficacia dell'approccio del governo Meloni sui migranti"*, 15 gennaio 2025, dove si sottolinea che «Continueremo a lavorare con l'Unione Europea – conclude il Ministro Foti – per

L'elemento caratterizzante la politica migratoria dell'attuale governo italiano è l'esternalizzazione della gestione di parte dei flussi migratori⁷⁴, soprattutto attraverso la conclusione di un accordo con il governo albanese per lo stabilimento di un centro per la gestione delle richieste di asilo indirizzate all'Italia su territorio albanese⁷⁵.

Tuttavia, a partire dall'inizio di novembre 2024, quando il governo italiano ha cominciato a trasferire i primi richiedenti asilo dal territorio italiano alla struttura per la gestione ed il trattenimento delle persone che hanno avanzato richiesta di protezione internazionale localizzata in territorio albanese, molte opposizioni ai provvedimenti che ordinavano il trasferimento dei richiedenti asilo sono state accolte da diversi giudici italiani⁷⁶. Sono molti, infatti, i giudici interni che hanno sospeso i trasferimenti dei richiedenti asilo giudicandoli in potenziale contrasto con il diritto dell'Unione (in particolare con il diritto primario nonché con la versione attuale della direttiva sul riconoscimento dello status di rifugiato⁷⁷) ed hanno sollevato questioni pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia⁷⁸. Tali rinvii saranno decisi presumibilmente entro la fine del 2025, sulla base della loro qualifica come procedimento pregiudiziale accelerato o urgente⁷⁹. In particolare, la Corte di giustizia ha stabilito di trattare i rinvii ricevuti dal Tribunale di Roma con procedura accelerata⁸⁰.

Ad ulteriore supporto dei dubbi espressi dai giudici nazionali, la Corte di giustizia ha recentemente confermato che il diritto dell'Unione «non consente agli Stati membri di designare come paese di origine sicuro un paese terzo nel quale talune parti del suo territorio

garantire una gestione dei flussi migratori che sia rispettosa dei diritti umani, della sicurezza e della stabilità internazionale».

⁷⁴ S. MONTALDO, *Not in my backyard! Outsourcing EU asylum procedures to third countries: A challenge for the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2025, p. 327 ss.

⁷⁵ Sul punto v. M. M. BARTIROMO, *Il Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: un'indagine sul diritto applicabile nelle aree concesse dall'Albania e sullo status dei migranti ivi trasferiti*, in *Freedom Security and Justice*, 2024, p. 100 ss. E. CELORIA, A. DE LEO, *Il protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2024, p. 1 ss. M. RAMAT, *Back to square one: The Italy-Albania Protocol and the test of (un)safe third countries of origin*, in *Famimove Blog*, 13 novembre 2024, www.famimove.unimib.it, F. TAMMONE, *Brevi considerazioni a margine del Protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di migrazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, p. 239 ss.

⁷⁶ Si vedano poi i dubbi espressi dal Massimario della Suprema Corte di Cassazione nella relazione del 17 giugno 2025, n. 60. Il Massimario è un ufficio studi, e non rappresenta la posizione della Corte.

⁷⁷ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

⁷⁸ M. FERRI, *Le ricadute nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia sui Paesi sicuri: la via della disapplicazione*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, p. 1 ss.

⁷⁹ P. IANNUCELLI, *"Paesi d'origine sicuri": la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, p. 1 ss. Sul punto v. anche gli interessanti dati sui rinvii italiani riportati da J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022: uno studio sulla prassi e sulle prospettive del dialogo tra giudici italiani e giudici dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 135 ss., p. 159-161.

⁸⁰ CGUE, Ordinanza del Presidente della Corte del 29 novembre 2024.

non soddisfano le condizioni sostanziali di una siffatta designazione, enunciate all’allegato I di detta direttiva [Direttiva 2013/32/UE]»⁸¹.

Nella stessa sentenza, la Corte ha poi ribadito che, anche qualora gli Stati membri decidano di designare un paese terzo come paese di origine sicuro, tale designazione deve fare parte dell’esame completo da parte del giudice chiamato a decidere sulla legittimità della decisione che respinge la richiesta di protezione internazionale⁸².

Dunque, a differenza di quanto sembra sinora ritenere il governo italiano, il rigetto della domanda proveniente da un cittadino di un paese terzo considerato come «paese di origine sicuro» può essere eventualmente rivista dal giudice interno sulla base degli elementi a sua disposizione. L’impossibilità di presumere che le richieste di asilo provengano sempre da paesi sicuri ha messo dunque in crisi il meccanismo alla base del trasferimento dei richiedenti asilo secondo l’accordo tra il governo italiano e quello albanese, che al momento sembra essere congelato. Per aggiungere ulteriore autorevolezza alla sua designazione, il governo italiano ha inserito una lista di paesi terzi definiti come sicuri in un decreto-legge poi successivamente convertito, nella speranza di potere così «costringere» il giudice interno ad applicarla come legge dello Stato⁸³.

A tutto questo si aggiunge la decisione da parte della Commissione europea di proporre l’aggiornamento di parte della riforma del Patto su Asilo ed Immigrazione, andando incontro al governo italiano ed agli altri governi dell’Unione che guardano con interesse alla possibilità di automatizzare ed esternalizzare la gestione di parte dei flussi migratori⁸⁴. La Commissione ha infatti proposto di considerare, salvo particolari eccezioni, tutti gli Stati candidati ad entrare nell’Unione come «paesi di origine sicuri», nonché di istituire una lista di «paesi di origine sicuri» a livello dell’Unione che entri in vigore con il nuovo regolamento sulle procedure di protezione internazionale⁸⁵.

Un potenziale ostacolo però potrebbe arrivare dalle risposte della Corte di giustizia ai numerosi rinvii pregiudiziali provenienti dai tribunali italiani e già citati sopra, che sono trattati, anche grazie alla procedura accelerata, in maniera piuttosto spedita⁸⁶. L’udienza che

⁸¹ CGUE, sentenza del 4 ottobre 2024, causa C-406/22, CV, punto 77.

⁸² CGUE, sentenza del 4 ottobre 2024, causa C-406/22, CV, punto 98.

⁸³ L. 9 dicembre 2024, n. 187, recante «disposizioni urgenti in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri, di tutela e assistenza alle vittime di caporalato, di gestione dei flussi migratori e di protezione internazionale, nonché dei relativi procedimenti giurisdizionali».

⁸⁴ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2024/1348 as regards the establishment of a list of safe countries of origin at Union level, COM/2025/186 final (16 aprile 2025) [versione ufficiale disponibile solo in lingua inglese].

⁸⁵ Tale lista, indicata all’Annex II della proposta, include al momento: Bangladesh, Colombia, Egitto, India, Kosovo, Marocco, Tunisia.

⁸⁶ Il tempo medio di risoluzione di un rinvio pregiudiziale sottoposto a procedura accelerata ex art. 105 del Regolamento di Procedura della Corte è di circa 9 mesi. V. G. GRECO, *Urgenza o accelerazione?*, in *Eurojus*, 2024, p. 1 ss. Sulla procedura d’urgenza v. C. HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d’urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 625 ss.

deve assicurare il contraddittorio tra le parti nel procedimento principale ha infatti già avuto luogo⁸⁷.

La proposta di revisione della Commissione europea al Regolamento (UE) 2024/1348⁸⁸ è stata poi pubblicata più o meno negli stessi giorni delle (ben più garantiste) conclusioni dell'Avvocato generale De la Tour a uno dei rinvii più interessanti tra i tanti proposti alla Corte, quello nelle cause riunite *Aiace e Campelli*⁸⁹.

Le conclusioni dell'Avvocato generale, a prima vista, sembrano dare ragione al governo italiano, che, anticipando in parte il modello assunto con la riforma del Patto su asilo ed immigrazione (ed in particolare con il Regolamento (UE) 2024/1348, applicabile a partire dal 2026), ha incluso un elenco di paesi terzi sicuri in una fonte legislativa primaria. L'Avvocato generale, infatti, afferma che è conforme al diritto dell'Unione una prassi secondo la quale gli Stati membri includono in un atto legislativo un certo numero di Stati definiti come «paesi di origine sicuri» ma poi però aggiunge che gli elementi che hanno condotto a tale designazione devono essere messi a disposizione del giudice deve esaminare il ricorso contro la decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale⁹⁰. Dunque, ancora una volta, il meccanismo che prevede l'analisi pressoché automatica e l'esternalizzazione delle domande di protezione internazionale potrebbe essere messo in crisi dal fatto che una parte consistente di tali domande possa essere oggetto di revisione giurisdizionale⁹¹.

Tutto questo, peraltro, assumendo che le considerazioni fatte dalla Corte nelle cause pendenti ed in quelle recentemente risolte siano ugualmente valide per l'interpretazione del testo dei nove regolamenti (oltre ad una direttiva) che compongono il Patto sull'asilo e l'immigrazione, che entrerà in vigore a partire dall'aprile del 2026, cosa che non si può, al momento, dare per scontata.

Tuttavia, e come ultimo elemento di questa difficile interazione tra livello nazionale e dell'Unione, visto che tale problema trova la sua origine nel diritto dell'Unione e nella sua

⁸⁷ Si veda l'interessante resoconto fatto da S. MORLOTTI, *Mattoncini di Lego in Corte di giustizia: la designazione dei Paesi di origine sicuri. Udienda di Grande Chambre del 25 febbraio 2025, cause riunite C-758/24 Alace e C-759/24 Campelli*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, p. 1 ss.

⁸⁸ Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

⁸⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale De la Tour del 10 aprile 2025, cause riunite C-758/24 e C-759/24, *LC e CP contro Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale di Roma – sezione procedure alla frontiera II*, su cui v. E. COLOMBO, *L'arte del compromesso: brevi riflessioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale De La Tour sulle cause Alace e Campelli*, in *Eurojus*, 2025, p. 1 ss.

⁹⁰ CGUE, Conclusioni dell'Avvocato generale De la Tour, cit. punto 64.

⁹¹ Si vedano infatti le osservazioni fatte da E. COLOMBO, *L'arte del compromesso: brevi riflessioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale De La Tour sulle cause Alace e Campelli*, cit., p. 5 – 6, dove l'Autrice sottolinea che le conclusioni dell'Avvocato generale, se seguite dalla Corte di giustizia, potrebbero attribuire al giudice una consistente autonomia nel reperimento delle fonti per determinare la legittimità della designazione del paese di origine sicuro.

interpretazione da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia, che avrebbe imposto, tramite il primato, la disapplicazione del diritto interno confliggente e visto che, come risaputo, il primato si fonda sulla giurisprudenza della Corte, alcuni politici italiani che afferiscono all’attuale maggioranza hanno ritenuto di intavolare una proposta di modifica alla Costituzione italiana per modificarne gli articoli 11 e 117⁹². Tale proposta, che ha tutte le caratteristiche della provocazione politica, e che non è nemmeno la prima del suo genere⁹³, ci ricorda comunque che le basi del primato (certo non esclusivamente ma comunque principalmente giurisprudenziali) sono fragili, e che necessitano di essere riconosciute senza alcuna ambiguità all’interno dell’ordinamento dell’Unione e degli ordinamenti nazionali, pena la loro costante messa in dubbio.

5. La Corte costituzionale italiana ritorna sul primato del diritto dell’Unione: il «tono costituzionale»

La questione del primato e del suo accoglimento da parte delle Corti costituzionali è già stata affrontata ampiamente in giurisprudenza⁹⁴ ed è ben presente nel dibattito tra gli studiosi⁹⁵. Vi sono riflessioni, per esempio, che mettono al centro la questione del primato come regola di coesione, e come principio condiviso⁹⁶ che si regge sulla solidarietà nella responsabilità tra corti nazionali ed europee ancora prima che sul processo legislativo o persino di revisione dei Trattati⁹⁷.

Una prova importante della condivisione dell’importanza del primato si può trovare, nella giurisprudenza, in alcune sentenze ed ordinanze della Corte costituzionale pubblicate

⁹² Proposta emendativa 7.02. in I Commissione (Affari Costituzionali) in sede referente, riferita al C. 1917: «Dopo l'articolo 7, aggiungere il seguente: Art. 7-bis. 1. All'articolo 117, primo comma, della Costituzione, le parole: «, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.» sono soppresse. 2. All'articolo 11 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «In ogni fase e tipo di giudizio, di ogni ordine e grado, la Costituzione non costituisce, in ogni sua previsione, fonte subordinata ai Trattati e agli altri atti dell'Unione europea».

⁹³ Si veda, per esempio, Proposta di modifica n. 26.33 al DDL n. 1429 (XVII legislatura): «Sostituire il comma 1 con il seguente: «1. All'articolo 117, primo comma, della Costituzione, le parole: ", nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali." sono soppresse».

⁹⁴ V. per esempio le sentenze citate in L.S. ROSSI, C. TOVO, *Il principio del primato del diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 103-107.

⁹⁵ V. J. ZILLER, *Dialogo, confronto, o contrapposizione tra Corti?* in G. CONTALDI, R. CISOTTA (a cura di) *Courts, Values and European Identity*, in *Eurojus* – fascicolo speciale, 2022, p. 43 ss. In senso critico, invece, G. VOSA, *Questioning 'primacy': A proposal for a systematic understanding of 'identitarian arguments' in national constitutional case-law*, in *Annuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2023, p. 11 ss.

⁹⁶ L.S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione"*, cit., p. 19.

⁹⁷ CGUE, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski II*, punto 52: «il diritto dell’Unione si caratterizza per la circostanza di derivare da una fonte autonoma, costituita dai trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l’effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche essenziali del diritto dell’Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l’Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri».

in particolare tra la fine del 2024 e l'inizio del 2025. Tali sentenze, insieme alla questione della condivisione della responsabilità del primato, sollevano quella della sovrapposizione tra il primato del diritto dell'Unione ed il contenuto del diritto costituzionale nazionale.

Proprio per ridurre il rischio che i giudici nazionali ricorrano allo strumento del rinvio pregiudiziale quando il contenuto del diritto dell'Unione si sovrappone a quello costituzionale (il c.d. «tono costituzionale») la Corte costituzionale ha suggerito di anticipare al rinvio pregiudiziale il ricorso di legittimità costituzionale⁹⁸. Infatti, l'articolo 267 del TFUE letto alla luce dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE e del primato del diritto dell'Unione prevede che, in caso di dubbio sull'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, il giudice nazionale possa, ed a volte debba, rivolgersi alla Corte di giustizia e che, in caso contrario debba quasi sempre disapplicare la disposizione nazionale confliggente⁹⁹. Il diritto costituzionale nazionale richiede invece che lo stesso giudice nazionale si rivolga alla Corte costituzionale qualora l'interpretazione del diritto dell'Unione abbia un «tono costituzionale». Il giudice nazionale, dunque, trovandosi ad un bivio, può scegliere l'uno o l'altro strumento.

Le sentenze che vogliamo qui schematicamente richiamare sono già state commentate da diverse ed autorevoli voci, che ne hanno sottolineato luci ed ombre¹⁰⁰. Sono parte di una linea giurisprudenziale che si è affermata in particolare negli ultimi due anni¹⁰¹, e che, probabilmente, mira a mantenere, in un'ottica non conflittuale e rispettosa del primato¹⁰², la centralità della questione di legittimità costituzionale a fronte del «traboccare» degli

⁹⁸ F. FERRARO, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, in *Eurojus*, 2024, p. 160 ss.

⁹⁹ Con le eccezioni richiamate nella causa *Poplawski II*, cit., punto 68, e CGUE, sentenza del 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark*, punto 48.

¹⁰⁰ V. L.S. ROSSI, *Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea: è davvero una questione di "tono"?* in *Federalismi.it*, 2025, p. i ss. C. AMALFITANO, *"Tono costituzionale": formalmente conciliante, sostanzialmente preoccupante. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza costituzionale n. 31/2025*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, p. 1 ss. F. FERRARO, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, cit. S. BARBIERI, *Cambiano i tempi, cambia il dialogo: l'ordinanza n. 21 del 2025 della Corte costituzionale*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, p. 1ss. C. FAVILLI, *La possibile convivenza tra disapplicazione e questione di legittimità costituzionale dopo la sentenza n. 15 del 2024 del giudice delle leggi*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, p. 26 ss. R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in *Quaderni AISDUE*, 2025, p. 1 ss. A. RUGGERI, *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta Online*, 2024, p. 1347 ss. B. SBORO, *Sindacato accentratore e doppia pregiudiziale di «impatto sistemico» dal «tono costituzionale». Note a margine di Corte cost., sent. n. 181/2024*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, p. 1 ss.

¹⁰¹ È utile poi sottolineare che il giudice redattore di queste pronunce presso la Corte costituzionale ha rivestito anche il ruolo di avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹⁰² Tale approccio era forse più sfumato con la c.d. doppia pregiudizialità, che sembrava suggerire che il giudice nazionale dovesse sempre dare la priorità alla questione di legittimità costituzionale per via incidentale.

strumenti dell’Unione europea e della conseguente e potenziale «emarginazione» della Corte costituzionale¹⁰³.

Le sentenze in questione infatti indicano al giudice nazionale che tutte quelle questioni che riguardano l’interpretazione del diritto dell’Unione che hanno un «tono costituzionale» devono, in forza dell’art. 117, paragrafo 1, della Costituzione, essere riferite anche alla Corte costituzionale, in modo tale da permetterle di risolvere in anticipo il potenziale conflitto tra l’interpretazione del diritto dell’Unione data dalla Corte di giustizia e quella del diritto interno data dalla Corte costituzionale¹⁰⁴.

Il concetto di «tono costituzionale», la cui genesi non è chiara¹⁰⁵, sembra nascere nel contesto dell’ammissibilità dei conflitti di attribuzione tra gli organi dello Stato, dove viene talvolta utilizzato dalla Corte costituzionale¹⁰⁶.

Tale concetto viene poi ribadito e sviluppato ulteriormente nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale che ha portato alla sentenza n. 181 del 2024, dove la Corte costituzionale ha ribadito che «Perché questa Corte scrutini nel merito le censure di violazione di una normativa di diritto dell’Unione direttamente applicabile, è necessario che la questione posta dal rimettente presenti un “tono costituzionale”, per il nesso con interessi o principi di rilievo costituzionale»¹⁰⁷.

Nella stessa sentenza, la Corte costituzionale ha ricordato l’importanza fondamentale del primato e del sistema di controllo di «costituzionalità» diffuso, basato sul rinvio pregiudiziale, e la sua complementarità al controllo accentrato di costituzionalità che caratterizza l’ordinamento italiano¹⁰⁸. Tale sentenza ricorda che il primato del diritto dell’Unione su quello nazionale è «uno dei capisaldi dell’integrazione europea, riconosciuto fin dalle prime pronunce della Corte di giustizia e poi dalla giurisprudenza di questa Corte»¹⁰⁹. La Corte costituzionale ha anche ribadito che non vi è antitesi e neppure un ordine di priorità fra rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale, e che

¹⁰³ Su cui v. per tutti A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 1 ss., in part. p. 5-6.

¹⁰⁴ Sul punto R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti*, cit., ha notato come sia progressivamente meno presente il riferimento all’art. 11 della Costituzione, considerato come lo storico ancoraggio del diritto dell’Unione a quello nazionale. Tale considerazione potrebbe forse tradire un cambiamento di rotta in senso «monista» della Corte costituzionale?

¹⁰⁵ Si vedano però le considerazioni fatte in P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell’Unione europea (e l’autonomia dei giudici)*, in *Eurojus*, 2024, p. 174 ss., in part. p. 177, dove gli A. riconoscono la paternità del concetto ad uno scritto di Carlo Mezzanotte (C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 110 ss.).

¹⁰⁶ V. per esempio, Corte cost., sentenza del 18 giugno 2019, n. 173, punto 3.1.3.2 del *Considerato in diritto*, sentenza del 10 maggio 2023, n. 126, punto 1 del *Considerato in diritto*, sentenza del 23 novembre 2023, n. 15/2024, punto 7.3.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁷ Corte cost., sentenza del 30 ottobre 2024, n. 181, punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ivi*, punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

spetta sempre al giudice nazionale, sulla base delle esigenze della causa, decidere se intraprendere la strada del rinvio pregiudiziale o quella della questione di legittimità costituzionale¹¹⁰.

Questa sentenza della Corte costituzionale, dunque – da un lato – potrebbe dissipare alcune ambiguità che erano il risultato della lettura della precedente linea giurisprudenziale sulla c.d. doppia pregiudizialità, nella quale sembrava apparire una sorta di gerarchia tra la questione di legittimità costituzionale e quella pregiudiziale¹¹¹, ma nello stesso tempo consolidare il potere del giudice costituzionale di fornire un’interpretazione del diritto dell’Unione dotato di effetto diretto che abbia «tono costituzionale»¹¹².

La portata di questa novità non è certamente secondaria. Dunque, anche per questa ragione, la Corte costituzionale ha ritenuto di dovere precisare per ben tre volte, nei primi mesi del 2025, il significato di questa nuova giurisprudenza sul «tono costituzionale».

La prima è la sentenza n. 1 del 2025, dove la Corte costituzionale continua, sulla scia della 181 del 2024, a ribadire che il giudice nazionale che si trovi di fronte ad una disposizione di diritto dell’Unione dotata di efficacia diretta, anziché disapplicarla immediatamente, o investire della questione la Corte di giustizia, può rivolgersi alla Corte costituzionale per violazione dell’art. 117, paragrafo 1, della Costituzione¹¹³. Tale ulteriore sottolineatura potrebbe dunque creare pregiudizio all’effetto diretto della disposizione richiamata, che è forse l’elemento più visibile del primato, sospendendolo fino alla risoluzione dell’una o dell’altra via¹¹⁴. Nel caso di specie, che riguardava una discriminazione tra cittadini italiani e residenti di lungo periodo nell’accesso alle prestazioni sociali essenziali

¹¹⁰ *Ivi*, punti 6.2 e 6.4 del *Considerato in diritto*.

¹¹¹ Corte cost. sentenza del 7 novembre 2017, n. 269. Tale sentenza (anzi, l’*obiter* in essa contenuto al punto 5.2 del *Considerato in diritto*), però, non sosteneva che il giudice interno dovesse per forza dare la priorità al giudizio di legittimità costituzionale, ma solo che, in caso di dubbio, nulla vietava al giudice interno di farlo. V. G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, II ed., Torino, 2024, p. 341 ss. F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 729 ss.

¹¹² Sul punto e sulle potenziali sovrapposizioni e relative problematicità, v. L.S. ROSSI, *Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l’ordinamento dell’Unione europea: è davvero una questione di “tono”?*, cit. p. xxvi-xxvii, F. FERRARO, *La Consulta si affida al “tono costituzionale” per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell’Unione provviste di effetto diretto*, cit. p. 167-168, C. AMALFITANO, *Tono costituzionale”: formalmente conciliante, sostanzialmente preoccupante. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza costituzionale n. 31/2025*, cit. p. 4-5. V. invece, in senso più ottimista, P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell’Unione europea (e l’autonomia dei giudici)*, cit. p. 183.

¹¹³ Corte cost., sentenza del 26 novembre 2024, n. 1/2025, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁴ *Ivi*, punto 3.4 del *Considerato in diritto*: «L’interlocuzione con questa Corte si dimostra poi particolarmente proficua, in ragione delle divergenze sull’efficacia diretta della normativa europea, che sono emerse nei diversi gradi di giudizio (sentenza n. 181 del 2024, punto 6.5. del *Considerato in diritto*)». Tale considerazione sembra sollevare dubbi sulla portata dell’effetto diretto, sottolineando come la sua applicazione a seguito di una pronuncia di illegittimità costituzionale possa dargli maggiore autorevolezza (a spese, però, della sua efficacia, che sarebbe sospesa fino alla pronuncia della Corte).

(garantita dalla direttiva 2003/109/CE), la Corte costituzionale sceglie di risolvere la questione invocando l’eguaglianza tutelata dall’articolo 3 della Costituzione ma nel fare questo asserisce che «Ne discende la violazione della parità di trattamento che l’art. 11, paragrafo 1, della direttiva 2003/109/CE prescrive»¹¹⁵. Dunque, sembra proprio che la Corte costituzionale stia interpretando il diritto dell’Unione (anche se soltanto come conseguenza dell’interpretazione del diritto costituzionale nazionale), assolvendo alla funzione che Trattati assegnano in via esclusiva alla Corte di giustizia.

Si deve poi segnalare, da ultimo, che la Corte costituzionale, con l’ordinanza n. 21 del 2025, ha riferito alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale di «tono costituzionale» sulla compatibilità della legge nazionale richiamata con un regolamento¹¹⁶. Attraverso questo rinvio la Corte costituzionale, pur riconoscendo il diritto del giudice interno di fare rinvio alla Corte di giustizia, sembra indirettamente invitarlo ad un’accurata riflessione, e nello stesso tempo farsi mediatrice e custode del rinvio su tutte le materie interne che possano avere un «tono costituzionale» rischiando dunque di depotenziare, quantomeno parzialmente, tale strumento¹¹⁷.

L’ultimo atto (per il momento, ed in attesa di una risposta della Corte di giustizia) della giurisprudenza sul «tono costituzionale» è la sentenza n. 31 del 2025¹¹⁸. In tale sentenza, in cui si fa ampio ricorso, tra l’altro, alla precedente 269 del 2017, la Corte costituzionale si trova a rispondere ad un quesito sulla legittimità costituzionale della disciplina in materia di reddito di cittadinanza con gli articoli «3, 11 e 117, primo comma, Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 21 e 34 CDFUE, 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE e 7, paragrafo 2, del regolamento n. 2011/492/UE»¹¹⁹. È interessante notare che l’Avvocatura generale dello Stato, nel proprio intervento in udienza, ha sostenuto che la questione avrebbe dovuto essere considerata irricevibile perché, riguardando soprattutto il diritto dell’Unione, sarebbe stato il giudice della causa principale a dover sollevare questione pregiudiziale¹²⁰.

La Corte costituzionale, invece, accetta di risolvere la questione dichiarando la disposizione richiamata dal giudice *a quo* incompatibile con gli articoli della Costituzione richiamati e per ciò stesso anche con il diritto dell’Unione¹²¹. Tale simultanea decisione, che per la Corte è in linea con le sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia in materia, avrebbe anche il pregio di evitare, con l’efficacia *erga omnes*, pericolose discriminazioni a rovescio nei

¹¹⁵ *Ivi*, punto 9.6 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁶ Corte cost., ordinanza del 10 febbraio 2025, n. 21.

¹¹⁷ Mi pare giunga a simile conclusioni, seppure in maniera più sfumata, pure S. BARBIERI, *Cambiano i tempi, cambia il dialogo: l’ordinanza n. 21 del 2025 della Corte costituzionale*, cit., p. 9.

¹¹⁸ Corte cost., sentenza del 12 febbraio 2025, n. 31.

¹¹⁹ *Ivi*, punto 1 del *Considerato in diritto*.

¹²⁰ *Ivi*, punto 4 del *Considerato in diritto*. Tale punto era già stato sollevato nell’ordinanza n. 21/2025. V. S. BARBIERI, *Cambiano i tempi, cambia il dialogo: l’ordinanza n. 21 del 2025 della Corte costituzionale*, cit. p. 7.

¹²¹ *Ivi*, punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

confronti dei soggetti che, in un caso simile, non avrebbero potuto sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia¹²². Questa ulteriore sottolineatura suggerisce la volontà della Corte costituzionale di proporsi come mediatrice delle questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione che abbiano rilevanza costituzionale, mettendo però potenzialmente in crisi, certamente in maniera non volontaria, la natura decentralizzata del meccanismo del rinvio pregiudiziale.

La giurisprudenza sul «tono costituzionale», dunque, anche se riconosce il primato e sembra metterlo al riparo da un'eventuale, per quanto improbabile, regressione da parte del legislatore nazionale, garantisce alla Corte costituzionale un ruolo di mediatrice tra il giudice nazionale e la Corte di giustizia, nutrendo un'ambiguità concettuale ed interpretativa che potrebbe ispirare future sentenze provenienti da altri Stati membri.

6. Conclusioni

Le vicende finora esposte del primato, e della sua precarietà, hanno più che altro le caratteristiche di una tempesta perfetta nel «bicchiere» del diritto dell'Unione, o al massimo nella più ampia «vasca da bagno» delle relazioni tra il diritto dell'Unione e gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

Cosa succederebbe se la tempesta perfetta nella «vasca da bagno» tracimasse e, in uno Stato membro, una modifica legislativa, magari di rango costituzionale, magari sostenuta da un referendum popolare (laddove previsto o permesso), lo mettesse in dubbio? Certo, si possono invocare i tradizionali rimedi delle procedure di infrazione ed a tutela dello Stato di diritto, ma i tempi e le garanzie che richiedono sono molto più lunghi di quelli di una, ormai velocissima, decisione politica.

Fintanto che rimarranno politicamente appetibili le istanze che propongono di invertire il processo di globalizzazione (economico, politico e finalmente giuridico) e di trasferimento della sovranità (il c.d. *take back control*) che – quando MacCormick scriveva¹²³ – sembrava quasi irrevocabile, il potere giurisdizionale continuerà ad essere l'unico soggetto istituzionale a potere custodire saldamente il primato, ed ultimamente il processo di integrazione.

La Corte di giustizia ha l'onore e l'onere di custodire il primato, e tale responsabilità le deriva dal destino di custode dell'interpretazione dei Trattati e di motore dell'integrazione europea¹²⁴. Questa responsabilità non è esclusiva, ma tutte le corti degli Stati membri sono corresponsabili per l'applicazione del primato e del diritto dell'Unione¹²⁵. I giudici nazionali,

¹²² *Ivi*, punto 8.4 del *Considerato in diritto*.

¹²³ N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, cit.

¹²⁴ V. J. KOKOTT, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea come motore dell'integrazione*, cit. p. 452. G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, cit.

¹²⁵ CGUE, *Euro Box Promotion*, cit. punti 217 e 254.

continuando ad avvalersi del rinvio pregiudiziale, possono contribuire all’applicazione uniforme e all’effettività del diritto dell’Unione, garantita dal ruolo svolto dalla Corte di giustizia.

Tale ruolo, però, sta venendo gradualmente eroso dalla ampia esposizione, anche mediatica, cui sono costrette le corti, che è legata al ruolo *quasi* politico (nel senso più alto del termine) che devono svolgere in mancanza di un quadro giuridico adeguato alle sfide che pongono i nostri tempi¹²⁶. La Corte di giustizia, dunque, come del resto avviene paradossalmente con molte corti costituzionali nazionali, deve fare da supplente all’impossibilità, o alla mancanza di volontà, dell’organo politico¹²⁷.

Dal che si traggono tre conclusioni possibili. La prima è che gli Stati accettino il ruolo che svolge la giurisprudenza della Corte di giustizia, aiutata in questa veste dai giudici nazionali come giudici dell’Unione¹²⁸. La seconda è che accettino di riaprire il dibattito sulla modifica dei Trattati. La terza è quella di tornare indietro e di ridefinire il ruolo delle istituzioni sovranazionali. Ma, come bene si sa, anche tale conclusione richiederebbe una negoziazione, e dunque l’apertura di una conferenza internazionale tanto quanto una riforma dei Trattati. Dunque, sarebbe meglio iniziare, presto o tardi, una discussione sulle prospettive di riforma, siano esse positive (come si spera) o negative¹²⁹. Le prospettive di riforma, se positive, non dovrebbero implicare la dissoluzione degli Stati membri in un superstato federale, e neanche la rinuncia ad ulteriori pezzi di autonomia e di sovranità (che in questo momento storico è comunque molto complicata da esercitare, sia a livello nazionale che europeo), bensì la loro riorganizzazione in modo da prediligere la velocità di decisione e la capacità dell’Unione di apparire dall’esterno come un soggetto unico. Ed il riconoscimento del primato sarebbe una condizione importante per contribuire alla solidità dell’Unione.

Una simile discussione, se correttamente orientata, permetterebbe anche all’Unione, seppure al prezzo carissimo del rischio di non esistere più come sino ad ora, di sconfiggere definitivamente l’argomento, in larga parte pretestuoso, della mancanza della legittimazione democratica, perché qualunque modifica, positiva o negativa, richiederebbe certamente un

¹²⁶ Mi pare che tale ruolo sia evocato in maniera convincente da Kokott quando, nelle conclusioni del suo articolo menziona «l’importante ruolo che le Corti supreme svolgono nel plasmare la società» (J. KOKOTT, *La Corte di Giustizia dell’Unione europea come motore dell’integrazione*, cit. p. 453). In senso più critico, v. M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa dell’ordine giudiziario*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2023, p. 255 ss., in part. p. 282.

¹²⁷ V., per esempio, il dibattito sul fine vita in Italia, dove la Corte costituzionale richiede l’intervento del legislatore almeno dal 2019: v. Corte cost. sentenza n. 22 novembre 2019, n. 249. Tale intervento è giunto solo recentemente, con un progetto di legge presentato ad inizio luglio 2025.

¹²⁸ Cfr. A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 9 ss., p. 20.

¹²⁹ Anche se, come autorevolmente affermato, l’originalità dell’esperienza comunitaria sta proprio nel paradosso dell’esigenza di un passo avanti, senza però che vi sia la volontà politica per farlo, perché tale passo esigerebbe un cambio nella natura dell’Unione. V. A. TIZZANO, *Il costituzionalismo europeo nell’età dell’incertezza*, cit. p. 367.

numero cospicuo di referendum confermativi negli Stati membri, come già successo in passato.

Aprire un dibattito sulla riforma dell'Unione (dibattito peraltro già iniziato con le proposte presentate a seguito della Conferenza sul futuro dell'Europa) permetterebbe anche di valorizzare l'opinione pubblica e la società civile europea, che va costruendosi sotto ai nostri occhi, che è certamente più consapevole e forse anche più pronta ad affrontare le sfide che pone la realtà¹³⁰.

Finalmente, l'incertezza ed i condizionali che avvolgono le conclusioni di questo scritto (di esclusiva responsabilità dell'autore) riflettono in fondo la precarietà, a questo punto forse solo presunta, del primato, che è fattore costitutivo e cifra della costruzione dell'Unione, e consiste proprio nell'attendere, pur senza aspettarselo come risposta ovvia, che si verifichino le condizioni di una *ever closer Union*, adattandosi di volta in volta alle circostanze.

¹³⁰ Sul ruolo delle corti europee nella formazione di una società europea v. A. VON BOGDANDY, *The emergence of European society through public law: a Hegelian and anti-Schmittian approach*, cit., p. 194.

SEZIONE VII

Approcci innovativi al diritto internazionale

Un racconto del diritto internazionale nella musica pop

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: *A Side*: 1. Una premessa metodologica. – 2. Il diritto internazionale nella musica pop: alcuni esempi dall'afrobeat, dall'hip-hop, dal rock. – *B Side*: 3. Il diritto internazionale nel contesto heavy metal: una breve introduzione. – 4. Il diritto internazionale nell'heavy metal: alcuni casi dal Global North. – 5. (*Segue*): alcuni casi dal Global South. – 6. Una (piccola) conclusione.

ABSTRACT: Il presente contributo, parte di una più ampia ricerca sull'interazione tra fenomeno giuridico e cultura popolare (*pop culture*), si pone l'obiettivo di indagare come il diritto internazionale venga percepito e raccontato nel panorama musicale. A questo scopo, si articola in due parti: la prima parte (*A Side*) analizza come il diritto internazionale viene rappresentato nei generi pop non-metal. La seconda parte (*B Side*), invece, costituisce un approfondimento sull'heavy metal e su altri generi musicali che trattano esplicitamente questioni regolate dal diritto internazionale. Sulla base dell'ascolto e della catalogazione di un ampio numero di brani, l'analisi individua due *trends* principali: per un verso, la musica heavy metal, rispetto alla musica pop mainstream, si impegna più frequentemente nel racconto di temi legati al diritto internazionale; per altro verso, le band del Global South esprimono una visione critica del diritto internazionale, spesso presente anche nei cc.dd. approcci TWAIL al diritto internazionale (*Third World Approaches to International Law*).

KEYWORDS: diritto internazionale – approcci critici – *pop culture* – musica – Global South – TWAIL

A Side: afrobeat, hip-hop, rock

1. Una premessa metodologica.

Questa riflessione fa parte di una ricerca più ampia che sto conducendo sulle modalità con cui la cultura popolare (*pop culture*) narra il fenomeno giuridico, e il diritto internazionale in particolare. Il modo in cui un fenomeno viene raccontato nelle canzoni, nei fumetti, nelle

* Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it.

serie televisive, nel cinema commerciale, coincide con quello in cui esso è visto dalla stragrande maggioranza delle persone, cioè come esso *entra e rimane* nell'immaginario collettivo. Il fenomeno giuridico, nei suoi molteplici aspetti, non ne è certo escluso: il modo in cui il diritto e i suoi operatori – Stati e loro organi, organizzazioni internazionali, ma anche professori universitari, studenti di giurisprudenza, avvocati, magistrati, forze di polizia – sono riflessi e illuminati dall'immaginario collettivo della *pop culture* coincide, infatti, con il modo in cui essi vengono percepiti dai non addetti ai lavori. E gli addetti ai lavori, dal canto loro, farebbero bene a esserne consapevoli, anche per motivi didattici.

Quanto a me, ho iniziato esaminando i modi in cui il diritto internazionale è narrato nei fumetti¹.

Poi mi sono in qualche modo reso conto che alcuni di questi modi presentano delle peculiarità anche per quanto riguarda alcuni generi musicali *estremi*, che conosco come ascoltatore e appassionato: sono quindi passato a indagare il modo in cui il diritto internazionale viene utilizzato nella musica *heavy metal*.

Pertanto, nella *A Side* di questo lavoro proverò ad evidenziare alcuni elementi del rapporto tra sottogeneri non-metal della musica pop² e diritto internazionale, elementi che saranno poi utili per tracciare alcune peculiarità degli approcci *heavy metal*, per poi passare, nella *B Side*, a studiare il caso specifico dell'*heavy metal* con riferimento a gruppi che, per tematiche e modalità espressive, risultano di particolare interesse perché trattano esplicitamente aspetti della vita degli Stati e degli individui regolati dal diritto internazionale.

Va detto pure che nell'ambito dell'analisi scientifica e accademica della musica *heavy metal*, i cc.dd. *heavy metal studies*³, è quasi del tutto assente uno studio dei profili giuridici⁴, dal momento che i medesimi adottano generalmente approcci sociologici, psicologici, culturali, etnomusicologici o più strettamente musicologici. Con questo contributo cercherò quindi di offrire alcuni primi elementi per iniziare a colmare questa lacuna, soprattutto dal punto del diritto internazionale, e ovviamente in modo assolutamente parziale⁵.

¹ G. MARTINICO, G.M. RUOTOLO (a cura di), *The Law in Graphic Narratives. Legal Perspectives on Comics, Manga and Anime*, Berlino, 2024.

² Non si tratta di una definizione affatto semplice da dare; per un'analisi, e ulteriori rimandi, v. F. FABBRI, *What is popular music? And what isn't? An assessment, after 30 years of popular music studies*, in *Musiikki*, n. 2/2010, p. 72 ss.

³ Si vedano, tra gli altri, J. WALLACH, H.M. BERGER, P.D. GREENE (a cura di), *Metal Rules the Globe. Heavy Metal Music around the World*, Durham, 2011 o A. BROWN, K. SPRACKLEN, K. KHAN-HARRIS, N. SCOTT (a cura di), *Global Metal Music and Culture. Current Directions in Metal Studies*, New York-London, 2016.

⁴ Per un'eccezione v. C. HIEBAUM, *Law and Its Cultural Representations (with a Focus on Heavy Metal Studies)*, in P. PICHLER (a cura di), *The Law of the Metal Scene. An interdisciplinary discussion*, Stuttgart, 2024.

⁵ Ci chiede quali possano essere le «ragionevoli motivazioni» per fare ciò (P. TURRINI, *It Pops Up Everywhere: il diritto internazionale da ogni lato*, in questo Volume), il quale, dopo aver sollevato una serie di obiezioni al ragionamento che conduciamo e, invocando la differenza di approccio tra il Sistema 1 e il Sistema 2 di pensiero di Daniel Kahneman, poi propone un'alternativa che mi pare

Va pure chiarito che un lavoro come quello che sto provando a condurre richiede l'ascolto di una enorme mole di materiale, che deve essere catalogato: l'approccio che ho seguito è stato quello di ascoltare il maggior numero possibile di brani, per raggiungere numeri che fossero idonei a provare a tracciare, qualora ve ne fosse, qualche trend. È impossibile in questo contesto, quindi, descrivere *tutto* il materiale che ho raccolto e classificato: mi limiterò a utilizzare i brani che mi sono sembrati particolarmente rappresentativi di *alcuni* approcci che band provenienti da *specifici* contesti geografico-culturali hanno adottato su questioni legate al diritto internazionale. Spero di poter fornire in futuro un resoconto completo del materiale che sto catalogando.

Infine, chiarisco che ho deciso di limitare i miei riferimenti agli artisti che hanno avuto un minimo riscontro di pubblico, per evitare di dovermi addentrare in contesto troppo vasto e sfaccettato come quello *underground*.

2. Il diritto internazionale nella musica pop: alcuni esempi dall'afrobeat, dall'hip-hop, dal rock.

A causa della sempre maggiore irrilevanza dei confini statali – e quindi dell'incapacità del diritto interno di regolare le relative fattispecie – il diritto internazionale (sia pubblico che privato) è chiamato a disciplinare casi transnazionali di rilevanza musicale sotto innumerevoli profili.

Inoltre, come vedremo, il suo contenuto può essere descritto e a volte persino influenzato dalla musica.

In sintesi, potremmo parlare di diritto internazionale *della* musica e di diritto internazionale *nella* musica.

Per quanto riguarda il primo, di cui qui non mi occuperò, mi limito a ricordare che il diritto internazionale regola molti aspetti della musica. Per citarne solo alcuni, si pensi alla libertà di espressione che consente la creazione, al plagio, ai diritti degli autori, ai diritti degli sfruttatori e degli utilizzatori, soprattutto nel contesto delle cosiddette nuove tecnologie, alle questioni antitrust legate al rapporto tra operatori commerciali, a quelle legate alla musica dal vivo, in termini di circolazione e sicurezza.

Anche le organizzazioni internazionali hanno riconosciuto il ruolo fondamentale della musica pop anche nella prospettiva culturale: nel 2011 l'UNESCO ha proclamato il 30 aprile Giornata internazionale del jazz⁶, sottolineandone la funzione di promozione di scambio interculturale e comprensione tra culture allo scopo di reciproca tolleranza; ha iscritto nella lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità, nel

altrettanto istintiva ed emozionale quanto la mia (ciò che per me è sempre stato consapevole e dichiarato): quella di studiare *alcuni* aspetti internazionalmente rilevanti affrontati nella musica.

⁶ Conferenza generale UNESCO, 36esima sessione, *Proclamation of International Jazz Day*, in *Records of the General Conference (36th session, Paris, 25 October - 10 November 2011, v. 1: Resolutions)*, 36 C/65, pp. 48-49,

2018, la musica reggae⁷ della Giamaica per «its contribution to the international discourse on issues of injustice, resistance, love and humanity» e, nel 2021, la rumba congolese⁸ per la sua capacità «to transmit the social and cultural values of the region and to promote intergenerational and social cohesion and solidarity».

Per quanto riguarda il diritto internazionale *nella* musica, bisogna ribadire che il modo in cui un fenomeno viene descritto attraverso un medium popolare (“pop”), può dirci molto sul modo in cui lo stesso viene letto dai fruitori di quello specifico medium; inoltre, l’uso dei media pop può aiutare a descrivere alcuni fenomeni regolati dal diritto internazionale e a renderli comprensibili anche a chi non ha specifiche conoscenze, contribuendo così alla diffusione di concetti giuridici sia da una prospettiva didattica che da una più ampiamente divulgativa (la famigerata ‘terza missione’).

Inoltre, poiché la musica tocca profondamente l’essere umano, essa può rappresentare uno stimolo a riflettere sui temi di cui tratta e, quindi, accrescere la consapevolezza dell’ascoltatore nei loro confronti.

È (solo) in questo senso che in questo scritto ho fatto generalmente seguire all’esempio musicale una brevissima descrizione delle questioni di diritto internazionale che vi sono trattate.

E di esempi del genere ce ne sono a centinaia, in tutti i generi, specialmente in quelli che usano la forma canzone, o almeno hanno testi. Qui mi limiterò ad alcuni esempi non metal, con un approccio casistico, prima di passare al contesto *heavy metal*, nella B Side.

Un primo esempio è offerto da Fela Kuti (1938-1997), famoso e prolifico musicista nigeriano che, tra le altre cose, è stato il padre dell’afrobeat, un genere che fonde varie espressioni della musica tradizionale africana e afroamericana come funk, R&B e highlife, ed è diventato noto anche per il suo attivismo politico per i diritti umani e le lotte politiche contro il governo nigeriano.

In *Beasts of no nation* (1989), ha fortemente criticato il diritto di veto nel Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, definendolo «animal sense»:

Dem call the place United Nations
 East West Block versus West Block East
 No be there dem dey oh United Nations
 Disunited United Nations
 One veto vote is equal to 92...or more, or more
 What kind sense be dat
 ‘Na animal sense

⁷ UNESCO, *Decision of the Intergovernmental Committee: 13.COM 10.B.18*, 13^a sessione del Comitato Intergovernativo per la Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale (Port Louis, 26 novembre-1^o dicembre 2018), 29 novembre 2018.

⁸ UNESCO, *Decision of the Intergovernmental Committee: 16.COM 8.B.8*, durante la 16^a sessione del Comitato Intergovernativo per la Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale (Parigi, 13-18 dicembre 2021), 14 novembre 2021.

E, come è ben noto, composizione e tecniche di voto del Consiglio di sicurezza, in particolare l'art. 27 della Carta delle Nazioni Unite⁹, sono un tema ancora molto dibattuto tra i Membri dell'ONU e nella letteratura scientifica, anche in prospettiva di riforme.

Il figlio più giovane di Fela, Seun Kuti (1983-), come attivista politico ha promosso un movimento «for African people all over the world to rediscover themselves. To remember that the only thing that unites black people globally, the only thing we all have in common, is that we are from Africa»¹⁰. Come musicista, nel 2014, nella sua canzone *IMF*, critica le istituzioni di Bretton Woods per la loro responsabilità nei confronti dei Paesi in via di sviluppo e dell'intero Sud del mondo:

You bring pain
You bring tears
You bring suffering
To my people
International Mother Fucker eh You bring pain
So much lying from the IMF
So much stealing from the IMF
So much killing from the IMF
Manipulation from the IMF
Intimidation from the IMF
Dem and their World Bank brothers

Anche nel diritto delle organizzazioni internazionali poteri, competenze e attività del Fondo Monetario Internazionale¹¹ e della Banca Mondiale¹² sono criticati da parte della dottrina per discrezionalità e modalità di esercizio: «interactions with States in the Global South claim that the Fund remains quite captured by the politics of the Washington Consensus and thus continues to play favorites while promoting or enforcing policies centered on fiscal consolidation on others»¹³.

In *Here comes the judge*, il musicista reggae giamaicano Peter Tosh (1944-1987) immagina poi un processo in cui gli Stati coloniali e imperiali e i loro rappresentanti (Cristoforo Colombo, Francis Drake, Bartolomeo De Los Casos, Vasco De Gama, Alessandro Magno,

⁹ UN Charter, Article 27: «1. Each member of the Security Council shall have one vote. 2. Decisions of the Security Council on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members. 3. Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting».

¹⁰ The Guardian-Life, 7 *Nigerian Singers Advocating For Socio-Political Change Through Music*, 30 settembre 2020, disponibile all'indirizzo <https://guardian.ng/life/5-nigerian-singers-advocating-for-socio-political-change-through-their-music/>.

¹¹ G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo Monetario Internazionale*, Padova, 2012.

¹² S. CAFARO, *Democratizing the Bretton Woods Institutions. Problems and Tentative Solutions*, New Rules for Global Finance Coalition, 2013.

¹³ C. KENNEDY-HERNANDEZ, *An IMF for the Global South*, in B. MOMANI, M. HIBBEN (a cura di), *Oxford Handbook of the International Monetary Fund*, Oxford, 2024, p. 658.

John Hannon, James Grant, David Livingston, John Constantine, Henry Morgan, Marco Polo) vengono processati per le loro attività:

Silence in the court
The court is in session
You're all brought here on
Count one: robbing and raping Africa
Count two: stealing black people out of Africa
Count three: brainwashing black people
Count four: holding black people in captivity for more than 300 years
Count five: killing over 50 million black people without a cause
Count six: teaching black people to hate themselves

Come è noto, il diritto all'autodeterminazione, originariamente previsto esclusivamente da norme pattizie, è oggi una regola imperativa del diritto internazionale generale e uno dei cardini dell'ordinamento internazionale contemporaneo. Anche se tale diritto non può essere certamente concepito come il prodotto di una sola e autosufficiente norma, esso è certamente nato nel contesto della decolonizzazione. Nelle parole di Antonio Cassese, l'autodeterminazione era infatti «perceived and relied upon as a legal right to decolonization»¹⁴.

Nel brano *Living like a refugee*, i Refugee All-Stars of Sierra Leone, una band formata da un gruppo di rifugiati fuggiti in Guinea durante la guerra civile in Sierra Leone (1991-2002), attingono alle loro esperienze di vita per narrare le esperienze dei loro simili:

You left your country to seek refuge
In another man's land
You will be confronted by strange dialects
And you will be fed with unusual diets
You've got to sleep in a tarpaulin house
Which is so hot
You've got to sleep on a tarpaulin mat
Which is so cold
Living like a refugee is not easy

Il diritto internazionale generale, come noto, non prevede un diritto soggettivo all'immigrazione, non obbliga cioè gli Stati a consentire l'ingresso di tutti gli stranieri sul proprio territorio, rimettendo la disciplina di tale materia alla competenza dell'ordinamento interno e, in assenza di particolari esigenze di protezione (si pensi, ad esempio, all'obbligo di tutela della vita umana in mare), richiede agli Stati di consentire l'attraversamento delle frontiere ai soli propri cittadini. Queste norme, che si limitano a prevedere il diritto dell'individuo di lasciare qualsiasi Paese ma di entrarvi solo in presenza di quel particolare

¹⁴ A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995.

link costituito dalla cittadinanza, riconoscono quindi solo il diritto di emigrazione e di rimpatrio, ma non un diritto di immigrazione, inteso come diritto di entrare in *qualsiasi* Paese straniero allo scopo di stabilirvisi. Un'eccezione è rappresentata dal caso dell'asilo, che può essere definito, in termini molto generali, come la protezione temporanea o permanente concessa da uno Stato allo straniero che ne faccia richiesta; tale protezione può essere accordata sia accogliendo lo straniero in una delle rappresentanze diplomatiche all'estero (c.d. asilo diplomatico), sia consentendogli di entrare nel territorio nazionale (c.d. asilo territoriale).

Ma se, per quanto riguarda le condizioni di concessione del diritto d'asilo, gli Stati appaiono sostanzialmente liberi da obblighi internazionali, è con riguardo alla categoria dei rifugiati che tali obblighi vengono in rilievo: in questa materia assume, come noto, primaria importanza la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato, il cui art. 1, par. 2 lo riconosce a coloro che abbiano un fondato timore di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche, si trovino fuori del Paese di cui hanno la cittadinanza e non possono o non vogliono avvalersi della protezione di tale Paese¹⁵.

Lo stesso drammatico contesto ha ispirato sia il titolo che il testo della canzone del 2005 *Diamonds from Sierra Leone* del rapper statunitense Kanye West (1977-), che si concentra su una delle circostanze chiave di quella guerra:

They pray for the death of our dynasty like 'Amen'
Right here stands a man
With the power to make a diamond with his bare hands
Diamonds are forever (forever, forever)
Throw your diamonds in the sky if you feel the vibe

L'ordinamento internazionale contempla una definizione dei cosiddetti 'blood diamonds': secondo le Nazioni Unite sono tali tutti i diamanti estratti in regioni sotto il controllo di fazioni contrarie al governo legittimo di uno Stato, venduti per finanziare operazioni militari contro quel governo e per fornire armi e rifornimenti ai ribelli, alcuni dei quali possono intraprendere campagne estremamente violente con notevoli sofferenze delle popolazioni civili. Questa definizione è stata redatta negli anni '90, un periodo caratterizzato da gravi conflitti civili in varie parti dell'Africa occidentale e centrale, dove gruppi ribelli operavano appunto in regioni ricche di diamanti. Tre conflitti in particolare, in Angola, nella Repubblica Democratica del Congo e in Sierra Leone, hanno attirato l'attenzione della Comunità internazionale sugli effetti dannosi dei diamanti, sebbene problemi simili esistessero in altri Paesi e, nel 2022, le Nazioni Unite promuovono il *Kimberley Process*

¹⁵ Per una distinzione tra asilo e rifugio mi permetto di rinviare a G.M. RUOTOLO, *Diritto di asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, p. 1818 ss.

Certification Scheme (KPCS)¹⁶, per prevenire il commercio di diamanti insanguinati e per garantire che i diamanti venduti sul mercato internazionale non siano tali. Questa iniziativa, una di quelle catalogate da parte della dottrina come espressione del c.d. *informal international lawmaking*¹⁷, prevede la collaborazione tra Stati, industria dei diamanti e società civile per creare un sistema che impedisca ai diamanti insanguinati di entrare nel mercato globale. Va detto che l'efficacia del KPCS è stata messa in discussione da alcuni studi che evidenziano come esso non avrebbe affrontato adeguatamente le complessità del commercio di diamanti e le questioni relative alle violazioni dei diritti umani. Inoltre, da una prospettiva giuridica, è stato pure evidenziato come la definizione delle Nazioni Unite si concentri solo sui diamanti che finanziano le insurrezioni contro un governo, ignorando o sottovalutando situazioni in cui, come ad es. in Zimbabwe, i funzionari di governi pure legittimi usano però la loro autorità sulle operazioni di estrazione di diamanti per arricchirsi, mantenere il potere o avvantaggiare i loro sodali, spesso a spese dei minatori e di altri lavoratori. Tuttavia, nel 2024 l'Assemblea generale ha adottato una risoluzione su *The role of diamonds in fuelling conflict: breaking the link between the illicit transaction of rough diamonds and armed conflict as a contribution to the prevention and resolution of conflicts*¹⁸, in cui si riconosce che il KPCS contribuisce comunque all'attuazione efficace delle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza¹⁹ che impongono sanzioni sul commercio di diamanti insanguinati.

Pure Tony Allen (1940-2020), batterista afrobeat nigeriano che ha suonato a lungo con Fela Kuti canta della precarietà delle migrazioni verso l'Europa in *Boat Journey* (2014):

Running away from misery
 And you can find yourself in a double misery
 You don't decide to leave your misery behind
 From the past it was shown in your country
 Now you jump into the boat
 To cross the ocean with all your family
 Looking, looking for better situation across the ocean
 But you never arrive
 Don't take the boat journey, my brothers!
 Don't take the boat journey, my sisters!

In Italia, il gruppo alternative rock Consorzio suonatori indipendenti (CSI) cita l'ONU e la NATO in *Cupe vampe*, brano che narra della distruzione di Sarajevo e della sua biblioteca:

¹⁶ Al riguardo, maggiori informazioni sono disponibili sul sito ufficiale del Kimberley Process: www.kimberleyprocess.com.

¹⁷ J. PAUWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (a cura di), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012.

¹⁸ Assemblea generale, *The role of diamonds in fuelling conflict: breaking the link between the illicit transaction of rough diamonds and armed conflict as a contribution to prevention and settlement of conflicts*, UN Doc. A/78/L.54 del 15 marzo 2024.

¹⁹ Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, *Security Council resolution 1385 (2001) [on extension of measures against the illicit trade of diamonds in Sierra Leone]*, UN Doc. S/RES/1385(2001).

Cupe vampe, livide stanze
Occhio cecchino etnico assassino
Alto il sole, sete e sudore
Piena la luna, nessuna fortuna
Ci fotte la guerra che armi non ha
Ci fotte la pace che ammazza qua e là
Ci fottono i preti, i pope, i mullah
L'ONU, la NATO, la civiltà
Bella la vita dentro un catino
Bersaglio mobile di ogni cecchino
Bella la vita a Sarajevo città
Questa è la favola della viltà

Come è noto, la città di Sarajevo, oggi capitale della Bosnia ed Erzegovina, ha subito il più lungo assedio di una capitale nella storia della guerra moderna, un assedio durato 1.425 giorni (dall'aprile 1992 al febbraio 1996), durante la guerra in Bosnia, che faceva parte delle guerre jugoslave avvenute tra il 1991 e il 2001, dopo lo scioglimento della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia (RFJ). Il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha dichiarato che si trattava di un conflitto internazionale, in particolare tra l'esercito bosniaco e l'esercito della Repubblica serba di Bosnia ed Erzegovina, che mirava ad anettere l'intera Bosnia ed Erzegovina.

B side: heavy metal

3. Il diritto internazionale nel contesto heavy metal: una breve introduzione.

Le rappresentazioni culturali del diritto, e del diritto internazionale in particolare, sono innumerevoli e variegate. Vanno da quelle scritte, pensate e fruite dai professionisti, come manuali, lavori scientifici, sentenze, a quelle che raccontano del diritto internazionale nei più diversi contesti culturali, come musica, fumetti, cinema²⁰, letteratura²¹, fumetti e così via.

Ciò che cercherò di fare ora è capire se l'*heavy metal*, come genere musicale complessivamente inteso, prevede una rappresentazione del diritto internazionale in qualche modo 'orientata', cioè se ricostruisce quel fenomeno giuridico (o, più precisamente, alcuni dei suoi elementi *fattuali*) con l'intento di metterne in luce solo *alcuni* aspetti, positivi o negativi che siano.

Questa, lo so, non è certo una peculiarità della rappresentazione del fenomeno in

²⁰ Su quest'ultimo, anche per alcune considerazioni metodologiche più generali e anche molto critiche, v. L. GRADONI, Cineforum non conveniens. *Quale diritto internazionale cercare nel cinema e quale no*, in *Quaderni di SidiBlog*, 2021, p. 463 ss.

²¹ Va detto che i romanzi scritti da Philippe Sands sono del tutto particolari, poiché il loro Autore, prima di essere uno scrittore, è un internazionalista, che in essi narra storie familiari profondamente legate ad eventi storici in cui il diritto internazionale gioca un ruolo centrale.

ambito musicale, poiché approcci simili vengono utilizzati nei contesti più diversi: si pensi al caso della politica, con narrazioni parziali volte a promuovere il cambiamento di un certo contesto di potere o il suo mantenimento, come nel caso dei sovranismi²².

Proverò quindi a capire se e soprattutto come un determinato approccio musicale possa influenzare il modo in cui certe questioni regolate dal diritto internazionale – e quindi indirettamente *il diritto internazionale stesso* – sono ‘narrate’ nel contesto della musica estrema.

Ovviamente, il contesto sociale, culturale ed economico in cui un fenomeno nasce, cresce e si sviluppa ne influenzano in modo significativo le caratteristiche di fondo: qui basti ricordare che *l’heavy metal* nasce nel mondo occidentale, in particolare in quello anglosassone, e si caratterizza per la volontà di reagire all’autorità costituita²³, di esprimere il disagio di determinate classi sociali, in particolare quelle appartenenti alla classe operaia bianca, o di enfatizzare il potere, anche a fini parodistici o critici²⁴.

Però, quando il genere si diffonde su tutto il pianeta e quindi diventa ‘globale’ (e questo accade a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso), e soprattutto quando arriva in aree socialmente e culturalmente molto diverse da quelle di origine, come l’Europa dell’Est, l’Africa, l’Asia o il Sud America, assume caratteristiche *altre*, che, sfruttandone l’atteggiamento di protesta, gli fanno assumere una funzione sociale alquanto diversa da quella dei contesti di origine.

Queste caratteristiche influenzeranno, come vedremo, il modo in cui vengono raccontati fatti giuridicamente rilevanti, e in particolare quelli di rilevanza internazionale.

Inoltre, il maggiore o minore successo di un genere musicale in un determinato ambito geopolitico è molto significativo: l’enorme popolarità dell’*heavy metal* – che è invece sempre rimasto un genere di nicchia in Occidente – in Paesi in via di sviluppo come India, Polonia, Bielorussia, Estonia e Lituania e in tutte le ex-repubbliche sovietiche, ma anche in molti Paesi del Medio Oriente (dove è peraltro spesso vietato), indica un desiderio di cambiamento sociale, di occidentalizzazione o una risposta/reazione alla globalizzazione (quest’ultimo, come vedremo, è un tema ricorrente di certo *heavy metal* brasiliano).

Devo ribadire che il mio approccio sarà casistico e trasversale ai ‘sottogeneri’ del metal, poiché i limiti di questo lavoro non mi consentono di effettuare una suddivisione specifica basata su questi ultimi, notoriamente innumerevoli.

²² Cfr. G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2021; G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Roma, 2023, nonché G.M. RUOTOLO, *Hail to the king! Sovranismo giudiziario e Corte di giustizia dell’Unione europea: alcune considerazioni a margine del caso Weiss*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D’ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di Covid-19*, Bari, 2021, p. 121 ss.

²³ Si ascoltino i britannici Judas Priest, *Breaking the law*, 1980: https://www.youtube.com/watch?v=L397IWLwrUU&ab_channel=JudasPriestVEVO.

²⁴ Si ascoltino i newyorkesi Anthrax, *I am the law*, 1986, brano ispirato al personaggio dei fumetti del Giudice Dredd: https://www.youtube.com/watch?v=8uFF44sUj0Q&ab_channel=WackenTV.

4. Il diritto internazionale nell'heavy metal: alcuni casi dal Global North.

Ogni strumento sociale che miri a mantenere l'ordine e valorizzare lo *status quo*, come l'ordinamento internazionale, si caratterizza per una tendenza a reprimere il disordine: ciò diviene particolarmente evidente, nel caso del diritto internazionale, con il divieto generalizzato della minaccia e dell'uso della forza.

La musica *heavy metal* porta invece proprio il disordine in primo piano, rinvigorendolo e celebrandolo attraverso il suo suono. Contrariamente alle canzoni non-metal di cui ho parlato nella *A Side*, le quali in genere rifiutano la violenza associata alla guerra, molte band *heavy metal*, anche a causa delle caratteristiche musicali del genere, compongono infatti tracce che descrivono vividamente azioni militari: queste spesso ritraggono soldati impegnati in combattimenti, i quali mostrano coraggio e resilienza mentre operano dietro le linee nemiche o partecipano a contrattacchi, assedi militari, bombardamenti e manovre²⁵. Ora, mentre le rappresentazioni della guerra da parte di alcune band *heavy metal*, appunto, appaiono come tentativi di rappresentare e anche celebrare il caos e la distruzione senza esprimere al riguardo scetticismo o muovere critiche, altre adottano un approccio differente.

Gli Iron Maiden, band britannica tra i fondatori della c.d. *new wave of british heavy metal*, aprono sempre i loro concerti riproducendo la registrazione del discorso di Churchill del 4 giugno 1940:

We shall go on to the end, we shall fight in France, we shall fight on the seas and oceans, we shall fight with growing confidence and growing strength in the air, we shall defend our Island, whatever the cost may be, we shall fight on the beaches, we shall fight on the landing grounds, we shall fight in the fields and in the streets, we shall fight in the hills; we shall never surrender!

per poi eseguire diversi brani che affrontano temi legati al diritto internazionale, in particolare nel contesto dei conflitti armati e dei diritti umani, spesso esplorati attraverso narrazioni storiche.

Aces High (1984), ad esempio, narra le esperienze dei piloti della RAF durante la Seconda guerra mondiale, sottolineando il costo psicologico e fisico della guerra e concentrandosi sul combattimento aereo, consapevole delle implicazioni giuridiche dei bombardamenti aerei e della necessità di protezione dei non combattenti.

There goes the siren that warns of the air raid
Then comes the sound of the guns sending flak
Out for the scramble, we've got to get airborne
Got to get up for the coming attack
Jump in the cockpit and start up the engines
Remove all the wheelblocks, there's no time to waste

²⁵ R. HILL, K. SPRACKLEN (a cura di), *Heavy Fundamentals: Music, Metal and Politics*, Oxford, 2010.

Gathering speed as we head down the runway
Got to get airborne before it's too late

The Trooper (1983), ancora, trae ispirazione dalla Battaglia di Balaklava, un'azione militare intrapresa il 25 ottobre 1854 dalla cavalleria leggera britannica contro le forze russe durante la guerra di Crimea, che causò numerose vittime tra la cavalleria, e che fu celebrata anche nel poema di Alfred Tennyson *The Charge of the Light Brigade* (1854)²⁶, pubblicato appena sei settimane dopo l'evento.

La canzone solleva interrogativi sulla condotta delle forze armate e sul rispetto dei principi di distinzione e di proporzionalità in guerra, che sono poi divenuti centrali grazie alle Convenzioni di Ginevra.

You'll take my life, but I'll take yours too
You'll fire your musket, but I'll run you through
So when you're waiting for the next attack
You'd better stand, there's no turning back

The bugle sounds, the charge begins
But on this battlefield, no one wins
The smell of acrid smoke and horses' breath
As I plunge on into certain death.

Run to the Hills (1982) affronta poi il tema dell'occupazione del Nord America e delle sue conseguenze sui nativi americani, con un approccio critico alla colonizzazione e alle violazioni dei diritti umani che l'hanno accompagnata.

White man came across the sea
He brought us pain and misery
He killed our tribes, he killed our creed
He took our game for his own need
We fought him hard, we fought him well
Out on the plains we gave him hell
But many came, too much for Cree
Oh, will we ever be set free?

Il diritto internazionale, come noto, si occupa dei diritti delle popolazioni indigene in documenti come la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni²⁷; la narrazione di *Run to the Hills* ci aiuta a ricordare gli obblighi che gli Stati hanno oggi nei confronti delle comunità indigene, in particolare in termini di autodeterminazione e

²⁶ Il testo poetico di Alfred Tennyson è disponibile sul sito: www.poetryfoundation.org/poems/45319/the-charge-of-the-light-brigade.

²⁷ Assemblea generale, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, A/RES/61/295 del 2 ottobre 2007.

preservazione culturale.

Ancora più legata al diritto internazionale, in particolare al contesto dei conflitti armati e al diritto internazionale umanitario, è la musica della band svedese Sabaton, che tratta esclusivamente di temi storici e militari, al punto da aver aperto un canale YouTube²⁸, che narra proprio il contesto storico di ogni loro canzone. Ebbene, le canzoni dei Sabaton, che riflettono sulle esperienze dei soldati e sulle complessità giuridiche della guerra, possono fungere da lente attraverso cui esaminare le implicazioni del diritto internazionale umanitario (DIU). Gli esempi potrebbero essere molti.

Per citarne uno, *Christmas Truce* (2021) è un toccante omaggio alla nota ‘tregua di Natale’, una serie di cessate il fuoco non ufficiali che si verificarono nei giorni intorno al Natale del 1914 in varie zone del fronte occidentale della Prima guerra mondiale. Già la settimana prima di Natale, alcuni soldati delle truppe tedesche e britanniche di stanza su lati opposti del fronte iniziarono, andando contro la volontà dei rispettivi comandi e quindi degli Stati, a scambiarsi saluti e canti natalizi e attraversare le linee per portare regali ai soldati di stanza dall'altra parte. La Vigilia di Natale e il giorno di Natale stesso, poi, un gran numero di soldati delle unità tedesche e britanniche (e, in misura minore, francesi) lasciarono spontaneamente le trincee per incontrarsi nella terra di nessuno per fraternizzare, scambiarsi cibo e doni, oltre a celebrare cerimonie religiose e funebri comuni per i caduti, e improvvisare addirittura partite di calcio.

Silence

Oh, I remember the silence
On a cold winter day
After many months on the battlefield
And we were used to the violence
Then all the cannons went silent
And the snow fell
Voices sang to me from no man's land

And today we're all brothers
Tonight we're all friends
A moment of peace in a war that never ends
Today we're all brothers
We drink and unite
Now Christmas has arrived and the snow turns the ground white
Hear carols from the trenches, we sing O holy night
Our guns laid to rest among snowflakes
A Christmas in the trenches, a Christmas on the front far from home.

Come noto, il DIU è l'insieme di norme di diritto internazionale che mirano a limitare gli effetti dei conflitti armati; esso protegge principalmente le persone che non partecipano

²⁸ Si riporta qui di seguito il link del canale Youtube: <https://www.youtube.com/SabatonHistory>.

o non partecipano più alle ostilità e limita i mezzi e i metodi di guerra. Una sua parte importante è contenuta nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 che sono state sviluppate e integrate da due ulteriori accordi: i Protocolli aggiuntivi del 1977 relativi alla protezione delle vittime dei conflitti armati. Molte disposizioni del diritto internazionale umanitario sono ora accettate come diritto internazionale generale.

Anche la canzone *Angel of Death* (1986) degli Slayer, band di Los Angeles tra i fondatori del *thrash-metal*, contiene una provocatoria descrizione di questioni profondamente collegate al diritto internazionale umanitario e non solo, poiché narra con dovizia di dettagli le atrocità commesse dai nazisti durante la seconda guerra mondiale, con attenzione particolare agli esperimenti disumani condotti sui prigionieri da Josef Mengele ad Auschwitz, illustrandone vividamente i crimini di guerra e contro l'umanità:

Auschwitz, the meaning of pain
The way that I want you to die
Slow death, immense decay
Showers that cleanse you of your life

Forced in like cattle, you run
Stripped of your life's worth
Human mice, for the Angel of Death
Four hundred thousand more to die

Pumped with fluid, inside your brain
Pressure in your skull begins pushing through your eyes
Burning flesh, drips away
Test of heat burns your skin, your mind starts to boil
Frigid cold, cracks your limbs

I crimini contro l'umanità e i crimini di guerra sono oggi entrambi contemplati nello Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI), che definisce chiaramente entrambe le categorie agli art. 7 e 8. La differenza principale tra i due risiede nella loro natura e nelle circostanze in cui vengono commessi: mentre i primi, che non sono necessariamente legati a un conflitto armato, sono costituiti da attacchi estesi o sistematici contro una popolazione civile con la consapevolezza dell'attacco, e possono includere atti come l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione, la prigionia o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale, la tortura, lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata o qualunque altra forma di violenza sessuale di analoga gravità, la persecuzione contro un gruppo o una collettività, la sparizione forzata di persone, l'apartheid, i secondi sono rappresentati da infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, che si sostanziano in omicidio volontario, tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti

biologici, il cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute, la vasta distruzione e appropriazione di beni non giustificata da necessità militari e compiuta illegalmente ed arbitrariamente, il costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica, il privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo, la deportazione, il trasferimento o la detenzione illegali, la presa di ostaggi. Nella categoria rientrano poi anche le violazioni di altri obblighi, di diritto internazionale generale.

I Metallica, probabilmente la band *heavy metal* più famosa al mondo, nella loro *One* (1988, ispirata ad un romanzo del 1938, *Johnny Got His Gun* di Dalton Trumbo), raccontano la storia di un soldato della Prima guerra mondiale che, ferito da una mina, perde gli arti e i sensi, rimanendo intrappolato nel suo corpo. Non solo i testi, ma anche la musica racconta il dramma di questo soldato, passando da una cupa riflessione sulla sua condizione a un potente crescendo che, mostrando non solo le ferite fisiche subite ma anche le cicatrici psicologiche che le accompagnano, trasmette all'ascoltatore l'intensità della angoscia del militare, sottolineando la brutalità della guerra, senza alcuna glorificazione del combattimento.

Darkness imprisoning me
All that I see
Absolute horror
I cannot live
I cannot die
Trapped in myself
Body my holding cell
Landmine has taken my sight
Taken my speech
Taken my hearing
Taken my arms
Taken my legs
Taken my soul
Left me with life in hell

Il diritto internazionale proibisce l'uso delle mine antiuomo attraverso la Convenzione sulla proibizione dell'uso, dello stoccaggio, della produzione e del trasferimento delle mine antiuomo e sulla loro distruzione²⁹, firmata a Ottawa nel 1997. La Convenzione, ad oggi ratificata da 156 Stati, impone una serie di obblighi volti a limitare le gravi conseguenze umanitarie e ambientali delle mine antiuomo, che continuano a causare vittime civili anche anni dopo la fine dei conflitti. Le mine antiuomo producono, infatti, un impatto

²⁹ *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*, firmata ad Ottawa il 18 Settembre 1997.

indiscriminato, colpendo non solo i soldati ma anche i civili, in particolare donne e bambini, e ostacolano la ricostruzione delle società colpite dalla guerra. Tuttavia, non tutti i Paesi hanno aderito al trattato: ad esempio, gli Stati Uniti, pur avendo adottato politiche per limitare l'uso delle mine antiuomo, non hanno ratificato la Convenzione, mantenendo una posizione ambivalente riguardo all'uso delle mine in contesti specifici.

Anche *Holy Wars... The Punishment Due* (1990) dei Megadeth rappresenta un commento sulle complessità della guerra, qui nel contesto dei conflitti religiosi e, già nel titolo, racchiude l'ambivalenza della guerra santa e le conseguenze che derivano da tali conflitti. La canzone riflette le dimensioni storiche e psicologiche della guerra, in particolare il modo in cui la religione può essere manipolata per giustificare un atto di aggressione³⁰. Come noto, il concetto di guerra santa è stato storicamente letto come una sanzione divina, come una forma di punizione o protezione. La narrazione contenuta nella canzone può essere utilizzata per illustrare le conseguenze devastanti che le ideologie religiose possono avere, riecheggiando i sentimenti sulle implicazioni umanitarie della guerra, dove la giustificazione degli interventi militari spesso porta ad abusi.

Brother will kill brother, spilling blood across the land
 Killing for religion, something I don't understand
 Fools like me who cross the sea and come to foreign lands
 Ask the sheep for their beliefs, 'Do you kill on God's command?'
 A country that's divided, surely will not stand
 My past erased, no more disgrace, no foolish naïve stand
 The end is near, it's crystal clear, part of the master plan
 Don't look now to Israel, it might be your homeland
 Holy wars

La canzone solleva anche la questione del rapporto tra libertà religiosa e sicurezza internazionale. Va detto che la prassi recente del Consiglio di sicurezza, almeno nel contesto del terrorismo internazionale, sembra leggere sempre più di frequente la religione, o almeno alcune sue visioni radicali – anche se non apertamente, e anzi spesso con una serie di clausole relative alla non attribuzione del terrorismo a nessuna religione o cultura, che, bisogna dirlo, suonano spesso come *excusationes non petitae* – come un elemento di rischio per la sicurezza internazionale, e quindi di minaccia alla pace³¹.

Mentre la libera espressione delle convinzioni rientra senza dubbio nel contesto della libertà religiosa internazionalmente tutelata, il fanatismo religioso, soprattutto nelle sue

³⁰ La definizione del crimine di aggressione è contenuta nella risoluzione dell'Assemblea generale Definition of Aggression, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974; il relativo crimine è punito dall'art. 5 dello Statuto della Corte penale internazionale, firmato a Roma il 17 luglio 1998.

³¹ Per un'analisi mi permetto di rinviare a G.M. RUOTOLO, *Now you've got something to die for. Fondamentalismo religioso e sicurezza nella prassi del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Alcune considerazioni*, in *Quaderni de La Comunità internazionale*, n. 20, *L'azione dell'ONU per la promozione e la protezione dei diritti umani nel 75° anniversario dell'Organizzazione*, Napoli, 2021, p. 207 ss.

forme più radicali, potrebbe infatti non essere compatibile nemmeno con un'interpretazione ampia dei diritti fondamentali tutelati dal diritto internazionale: se, da un lato, la prassi più recente del Consiglio di sicurezza non legittima in alcun modo il legame tra terrorismo e religioni, dall'altro, ciò non pare valere per alcune forme estreme di espressione religiosa, che implicano la totale soppressione dei diritti altrui, in particolare del diritto alla vita. Va chiarito ciò non è applicabile *sic et simpliciter* a una religione che limiti i diritti fondamentali così come sono concepiti nel contesto occidentale (si pensi, ad esempio, al rapporto di alcune religioni con la libertà delle donne), ma solo quando le forme di espressione, organizzazione e imposizione di un dato sentimento religioso abbiano un impatto negativo sul nocciolo duro dei diritti fondamentali, e in particolare sul diritto alla vita. In tali casi, è probabile che ci si trovi di fronte ad un esercizio abusivo della libertà religiosa, che, come è noto, si verifica quando un diritto viene esercitato dal suo titolare in modo manifestamente incompatibile o contrario allo scopo per cui è stato concepito e riconosciuto.

Passando al *black metal*, un sottogenere emerso in Norvegia nei primi anni '90 e tristemente famoso per i sanguinosi eventi che si sono verificati nel c.d. 'inner circle'³², esso è caratterizzato da ritmi veloci, uno stile vocale stridente, chitarre fortemente distorte suonate con la tecnica del c.d. *tremolo picking*, registrazioni *lo-fi*, strutture di canzoni non convenzionali, temi trasgressivi, sentimenti anti-establishment e un rapporto profondo con la natura e l'ambiente.

I fondamenti estetici e ideologici di questo genere possono essere giustapposti al diritto internazionale ambientale, e al più ampio impatto delle espressioni culturali sulla coscienza ambientale: uno dei dischi più influenti del genere è intitolato *A blaze in the northern sky* (Darkthrone, 1991), un'altra band norvegese porta il nome di Carpathian Forest, sulle copertine degli album black metal sono spesso raffigurati paesaggi idealizzati, con fotografie granulose scattate di notte che mostrano alberi e neve, come in *Under a Funeral Moon* dei Darkthrone (1993) o foto naturalistiche, come quella per l'album *Frost* degli Enslaved (1994), che mostra un fiordo avvolto nella nebbia.

L'approccio ultraconservatore del genere alla natura, rappresentato nei testi e nella sua iconografia, riflette un profondo legame con l'ambiente che è anche al centro delle attenzioni del diritto internazionale dell'ambiente, che adotta un approccio precauzionale volto a bilanciare gli interessi economici con la sostenibilità ecologica. Il genere può quindi servire come piattaforma per aumentare la consapevolezza sulle questioni ecologiche e la sua attenzione tematica sulla natura e la ribellione fornisce una lente unica attraverso cui esaminare la relazione tra espressioni culturali e diritto internazionale ambientale.

Ciò riflette anche una tendenza più ampia nel diritto internazionale ambientale, in cui

³² Sul tema, M.J. MOYNIHAN, D. SØDERLIND, *Lords of Chaos: The Bloody Rise of the Satanic Metal Underground*, Feral House, 1998.

le narrazioni culturali, ivi comprese quelle musicali, possono influenzare la percezione pubblica e l'elaborazione delle politiche sulle questioni ambientali.

Nel caso degli Orphaned Land, band israeliana, poi il delicatissimo e oggi particolarmente drammatico tema della convivenza israelo-palestinese viene affrontato, prima ancora che nei testi, anche e forse soprattutto nella musica: la band propone infatti un *death metal* con forti influenze orientali e folk sia arabe sia israeliane (elementi musicali *mizrahi* e maghrebini, arabi, turchi e altri mediorientali e nordafricani, con particolare influenza della musica ebraica yemenita e, nei loro primi anni, di quella marocchina, oltre che della musica sefardita e di altre sonorità mediterranee. Hanno inserito anche versioni 'metalizzate' di vari *piyyutim* in tutti i loro album).

Nel videoclip di *Like Orpheus* la band racconta la convivenza israelo-palestinese attraverso la comune passione dei giovani di entrambi gli Stati per l'heavy metal:

And this life is the pain of being born
Man, child and woman all are one
I sing before you all

5. (*Segue*): alcuni casi dal Global South.

Come ho già detto, la musica *heavy metal* si è ormai evoluta in un fenomeno globale, con scene distinte che emergono in varie regioni, tra cui il Sud del mondo, dove l'approccio riflette i contesti culturali, sociali e politici locali, che differiscono significativamente da quelli delle zone di origine del genere, gli Stati occidentali.

Come vedremo da alcuni esempi, nel Global South l'*heavy metal* è infatti spesso servito come strumento di resistenza a regimi politici oppressivi e ingiustizie sociali: in Paesi come la Turchia, ad esempio, è stato un veicolo per esprimere dissenso contro l'autoritarismo e si è intrecciato con la ricerca di identità portata dalle sfide della democratizzazione, contribuendo all'articolazione di punti di vista culturali che hanno sfidato le narrazioni religiose e nazionaliste prevalenti.

È appena il caso di ribadire, poi, come l'espressione musicale sia condizionata dall'effettività dei diritti fondamentali: in questo senso la storia degli Acrassicauda, la prima band metal irachena, è paradigmatica. Formatasi a Baghdad nel 2001, la band emerge come un significativo fenomeno culturale sullo sfondo della guerra e dei disordini sociali ed è protagonista del documentario *Heavy Metal in Baghdad*³³ che ne ha raccontato lotte e aspirazioni e ha evidenziato la posizione unica dei musicisti metal iracheni all'interno della più ampia comunità *heavy metal*. Le esperienze della band riflettono infatti un più ampio ruolo della musica nelle zone di conflitto, in particolare quella medio-orientale, con riguardo alla quale è forse il caso di ricordare come, i talebani, durante il loro primo periodo al potere in Afghanistan (1996-2001) avessero proibito strumenti come il pianoforte, il flauto e il

³³ Il documentario è disponibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=hdE-JIOPHHc>.

liuto, e l'ISIS, in Siria e Libia, abbia analogamente cercato di eradicare strumenti come il sassofono, la batteria e la tastiera, considerati 'non islamici'.

Anche la band brasiliana Sepultura ha spesso affrontato temi di competenza del diritto internazionale, in particolare nel contesto della decolonizzazione, dei diritti dei popoli indigeni, dei diritti umani, delle preoccupazioni ambientali.

Ad esempio, il loro album *Roots* (1996) esplora le lotte dei popoli indigeni del Brasile e l'impatto del colonialismo.

Kaiomas (1993), poi, è un brano strumentale ispirato da una tribù indiana brasiliana che viveva nella foresta pluviale e, che stando alle note di copertina dell'album, «committed mass suicide as a protest against the Brazilian government... who took away their land and beliefs»³⁴. In realtà la tribù, in una lettera inviata al Governo brasiliano per protestare contro l'adozione di un'ordinanza giurisdizionale che le imponeva di abbandonare le terre sulle quali era da sempre stanziata, dichiarava solo di esser pronta ad accettare la propria estinzione³⁵.

L'impegno dei Sepultura verso le questioni ambientali è evidente anche in altri brani, come *Territory* (1993), che critica lo sfruttamento delle risorse naturali, il fenomeno dell'accaparramento del territorio e le conseguenze di tali azioni sulle comunità locali.

Unknown man
Speaks to the world
Sucking in your trust
A trap in every word
War for territory
War for territory

Il diritto internazionale affronta il fenomeno del *land grabbing* attraverso vari strumenti e meccanismi³⁶ volti a regolamentare l'acquisizione di terreni, proteggere i diritti umani e promuovere lo sviluppo sostenibile. Il fenomeno, spesso caratterizzato da acquisizioni di terreni su larga scala da parte di entità straniere o élite locali, ha sollevato infatti preoccupazioni in merito alle violazioni dei diritti umani e alla sostenibilità ambientale: l'accaparramento di terre spesso porta anche a pratiche agricole non sostenibili, con conseguente degrado ambientale e perdita di biodiversità.

Il diritto internazionale riconosce quindi la terra come una risorsa critica, che deve essere gestita in modo responsabile. Le Nazioni Unite hanno istituito meccanismi per monitorare e affrontare le violazioni dei diritti umani associate alle acquisizioni di terreni su

³⁴ Il brano si può ascoltare al link: https://www.youtube.com/watch?v=VuuriCjCcbE&ab_channel=Sepultura-Topic.

³⁵ La storia è anche narrata in un film del 2020, "My blood is red", disponibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=a0XEknbsOIE>.

³⁶ M. NINO, *Land grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, Napoli, 2018.

larga scala e i *treaty bodies* documentato numerosi casi di violazioni dei diritti umani associate all'accaparramento di terreni, evidenziando la necessità di strumenti di protezione delle popolazioni vulnerabili.

Tuttavia, le differenze di regolamentazione interna delle transazioni fondiarie possono facilitare o ostacolare l'accaparramento di terre. In molti Paesi in via di sviluppo, ad esempio, la scarsa tutela prevista per i piccoli proprietari terrieri, unita alla corruzione degli organi dello Stato, crea un ambiente favorevole all'accaparramento e allo sfruttamento.

Il tema del rapporto tra popolazione e territorio viene affrontato anche da un altro gruppo thrash metal brasiliano, i Tamuya Thrash Tribe, che addirittura intitolano uno dei loro brani con un principio di diritto internazionale come l'*Uti Possidetis* (2016).

Leave these lands
 They still refuse
 They want to die
 With stupid pride
 This war for territory
 Will have to end
 The kings agreed
 To exchange our lands
 We've been living here
 For so many years
 While they drink their wines
 In golden glasses

But this is where we want to be
 This is the land of the Guarany's
 They should know this land was given to us
 And freely we shall give to our heirs
 Leave these lands
 We still refuse
 If we have to die
 We'll die with pride

Come noto, il principio dell'*uti possidetis*, che nasce nel contesto della decolonizzazione per la definizione dei confini statali, originariamente in America Latina, stabilisce che i gli Stati di nuova indipendenza ereditano i confini territoriali già fissati dalla madrepatria. Il principio, che mira a evitare conflitti e ad assicurare stabilità nelle relazioni tra nuovi Stati, è stato anche fortemente criticato per aver perpetuato confini artificiali, che non riflettono le realtà sociali e culturali dei popoli.

In *Biotech is Godzilla* (1993) i Sepultura affrontano ancora questioni ambientali facendo riferimento al Vertice di Rio del 1992:

Rio Summit, '92

Street people kidnapped, hid from view
‘To save the Earth’, our rulers met
Some had other secret plans

Strip-mine the Amazon
Of cells of life itself
Gold rush for genes is on
Natives get nothing

Come noto, il Summit di Rio, la Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo, si è tenuto a Rio de Janeiro (Brasile) nel giugno 1992 e ha rappresentato una delle tappe fondamentali del processo di cooperazione ambientale internazionale. Ha coinvolto 172 governi, 108 capi di Stato e numerose organizzazioni non governative, e ha prodotto la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo³⁷, con la quale sono stati stabiliti alcuni principi chiave del diritto internazionale ambientale. Secondo la Dichiarazione, l'unico modo per raggiungere una crescita economica a lungo termine è garantire che essa sia indissolubilmente legata alla tutela ambientale. In particolare, il Principio 7 sottolinea come gli Stati abbiano responsabilità «comuni ma differenziate» nel processo di cooperazione verso la tutela e il ripristino degli ecosistemi, e il Principio 15 richiede l'uso di un approccio precauzionale nella tutela dell'ambiente.

L'Africa, come per ogni altro contesto, è troppo grande e frammentata per essere affrontata in maniera unitaria, anche quando si parla di heavy *metal*; quindi mi limiterò qui a qualche esempio: c'è da dire che proprio i brasiliani Sepultura sono una delle influenze più notevoli nella scena *heavy metal* africana, sotto la quale si è evoluta la scena locale.

La scena metal nigeriana ha visto l'ascesa di band come Blood Covenant e The Toads, che incorporano lingue e temi locali nella loro musica, affrontando temi come la corruzione, la disuguaglianza sociale e l'impatto del colonialismo.

Meritano qualche parola in più gli Arka'n Asrafokor, band del Togo che ha ottenuto riconoscimenti per la sua miscela unica di musica tradizionale togolese e *metal*. Il nome della band, che si traduce in “Il suono del popolo”, riflette il suo impegno nell'affrontare problemi sociali e di identità culturale attraverso la musica; anche il contenuto dei loro testi spesso ruota attorno a temi come la giustizia sociale, le lotte politiche e soprattutto l'importanza del patrimonio culturale tradizionale, come in *Tears of the dead*.

Passando velocemente al continente asiatico, e lasciando da parte Cina e Giappone, troviamo The Hu, un gruppo folk metal mongolo formatosi nel 2016 a Ulan Bator, che ha recentemente raggiunto fama mondiale e che fonde sonorità metal con quelle tradizionali mongole, di cui utilizza anche gli strumenti e la lingua: nei suoi brani (si ascolti ad esempio la loro *Yuve Yuve Yu*, “Il canto dell'eterno”, del 2019) il gruppo esprime con forza l'orgoglio

³⁷ Assemblea Generale, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992*, UN Doc. A/CONF.151/26 del 12 agosto 1992.

delle proprie origini e la necessità di non subire passivamente l'influenza occidentale quindi focalizzando l'attenzione dell'ascoltatore sulla necessità di tutelare il patrimonio culturale delle popolazioni indigene.

6. Una (piccola) conclusione.

L'indagine che sto conducendo mi pare suggerire come la musica heavy metal dimostri una frequentazione molto più assidua con le questioni di diritto internazionale rispetto alla musica pop 'generalista', probabilmente a causa delle caratteristiche musicali del genere e del suo approccio cosmopolita.

Inoltre, credo che si possa evidenziare una differenza di approccio tra gli artisti del metallo di origine occidentale e gli altri.

I primi, infatti, sembrano adottare approcci in linea con interpretazioni 'tradizionali' del diritto internazionale, visto come un insieme di regole sostanzialmente cristallizzate che dovrebbero essere rispettate e applicate, piuttosto che modificate³⁸.

Le band provenienti dai Paesi del Global South, invece, propongono una narrazione di reazione alle strutture di potere esistenti nel diritto internazionale, viste come volte a perpetuare le disuguaglianze storiche e contemporanee tra il Nord e il Sud del mondo. Per loro, quindi, il diritto internazionale non è un sistema *neutrale* di regole per la coesistenza tra Stati sovrani, in quanto storicamente plasmato da dinamiche coloniali che persistono ancora oggi.

Questa interpretazione mi pare più simile alle prospettive avanzate dalla dottrina contemporanea nota come *Third World approaches to international law (TWAIL)*³⁹.

Questa scuola di pensiero critica, pur non essendo del tutto omogenea, costituisce, come noto, un movimento sia intellettuale che politico che interpreta il diritto internazionale come un meccanismo che perpetua lo sfruttamento del Terzo Mondo mantenendo la sua subordinazione alle potenze occidentali: gli studiosi affiliati al TWAIL, spesso indicati come TWAILers, mirano ad affrontare e riformare ciò che percepiscono come una dimensione oppressiva del diritto internazionale, rivisitandone i fondamenti coloniali.

È stato pure notato, però, che il movimento TWAIL stesso è stato significativamente influenzato da studiosi provenienti da Europa e Nord America, e che una parte sostanziale della dottrina con questo approccio origina e viene diffusa all'interno del Nord globale. In questo credo che si possa individuare una somiglianza con le correnti *heavy metal* provenienti dal Sud del mondo, che, come abbiamo visto, utilizzando un genere nato nel Nord del mondo, anglosassone, ma che poi si è diffuso nel Sud, recependone le istanze.

³⁸ D.F. VAGTS, *Hegemonic International Law*, in *The American Journal of International Law*, 2001, p. 843 ss.

³⁹ Si veda, per esempio, la rivista *TWAIL Review*, a cui si rinvia: <https://twailr.com/about/>.

QUADERNI DI SIDIBLOG 2024

Tutte le canzoni che ho citato possono essere ascoltate scansionando questo codice QR, che vi porterà alla playlist “Doing International Law with Earbuds”, che ho appositamente approntato



It pops up everywhere: note stonate sul tema 'diritto internazionale e musica'

PAOLO TURRINI*

SOMMARIO: 1. Intro (Instrumental). – 2. Temptation III: Akrasia. – 3. In Battle There Is No Law! – 4. Time to Break Free. – 5. O Ruler of Infinity. – 6. Skogen verkade vara ändlös. – 7. Trivial Pursuit. – 8. Man in the Mirror.

ABSTRACT: Esistendo ormai da moltissimi anni, gli studi afferenti al filone che va sotto il nome di 'diritto e musica' vantano una certa tradizione (della loro reputazione, però, non saprei proprio dire). Se li si guarda dall'esterno, può sembrare che si tratti di un semplice passatempo da fine giornata, per giuristi in cerca d'evasione dopo aver speso lunghe ore in serie analisi giuridiche mentalmente defatiganti. E, in effetti, ciò rischia di corrispondere al vero, se tali studi sono condotti in maniera impropria. In questo articolo mi rivolgo ai colleghi internazionalisti – in particolare, quelli tentati dal combinare il diritto internazionale con la musica pop – per avvertirli del fatto che, se si cominciano a scrutare i testi delle canzoni per intravedervi connessioni con la nostra materia, in breve si verrà travolti da esse. Purtroppo, il più delle volte saranno nessi flebili, latori di conclusioni di scarso interesse o metodologicamente fragili. Se l'obiettivo è semplicemente quello di divertirsi, nulla osta. Se invece si pretende di dare un qualche contributo alla dottrina internazionalistica, sarà bene fissare dei paletti – che è quel che provo a fare qui in chiave umoristica.

PAROLE CHIAVE: musica pop – *heavy metal* – metodologia delle scienze sociali – domande di ricerca – ingannevole pervasività del diritto internazionale – *divertissement*

1. Intro (*Instrumental*)

Se è vero che, com'è stato rilevato, nella letteratura scientifica «è quasi del tutto assente uno studio dei profili giuridici» della musica *heavy metal*, che pure è indagata sotto altri aspetti («sociologici, psicologici, culturali, etno-musicologici o più strettamente musicologici»)¹, lo

* Professore associato di diritto internazionale, Università di Trento, paolo.turrini@unitn.it.

¹ Ambedue le citazioni sono in G.M. RUOTOLO, *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. A Side: afrobeat, hip-hop, rock*, in *SIDIBlog*, 2 dicembre 2024. Assieme alla seconda parte (ID., *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. B Side: heavy metal*, in *SIDIBlog*, 3 dicembre 2024), il contributo è pubblicato, in inglese ma in forma in larga parte identica, anche come ID., *Doing International Law with Earbuds: Some Issues in Heavy Metal Music*, in G. MARTINICO, G.M. RUOTOLO (a cura di), *Graphic Law*

studioso del diritto deve chiedersi se ciò non abbia una ragionevole motivazione. Può apparire un'affermazione azzardata, dal momento che gli studi di *'law and music'*² hanno ormai una solida tradizione pluridecennale. E non nego che, nel sostenerlo, io stia dando sfogo a una certa pulsione provocatoria (non sono del resto un metallaro?)³. Tuttavia, sono convinto che valga la pena di condurre questo tipo di studi solo se ci permettono di capire qualcosa di nuovo e interessante sul diritto – qualcosa su cui non avevamo riflettuto e che riusciamo a percepire grazie allo sguardo straniante del non addetto ai lavori – e/o sul modo in cui il diritto viene percepito da chi giurista non è. Un obiettivo difficile il cui perseguimento, a mio avviso, è destinato a essere spesso frustrato.

Ciò premesso, lo scopo che qui mi prefiggo è modesto. Lungi dal voler discettare di come si pratichi correttamente il connubio 'diritto e musica', mi limiterò a mettere in guardia da quelli che considero processi mentali forieri d'insuccesso, che anticipo fin da subito: l'eccitazione per il rinvenimento di termini giuridici, d'uso più o meno comune, nei testi delle canzoni, dato che l'autore di tali testi potrebbe collegare al significante un significato del tutto diverso da quello che abbiamo in mente noi giuristi, o al contrario un significato così piano da renderlo... in-significante ai nostri scopi; la sussunzione di determinate espressioni musicali nell'ambito del diritto per via di un nesso meramente tematico, trattando tale musica oggetti in qualche modo disciplinati dal diritto; l'extrapolazione, dalle occorrenze 'giuridiche' in musica, di conclusioni metodologicamente fragili, dal momento che in basi di dati sufficientemente ampie sarà possibile trovare qualsiasi cosa – compreso quel che non è rappresentativo o esplicativo di nulla. Non è, questa, una severa lista di proscrizione. È più che altro un invito a interrogarsi in maniera scientificamente seria sul fine della ricerca che si sta conducendo.

A proposito di serietà: qui ne uso ben poca. Quel che segue è scritto in maniera volutamente leggera e semiseria. L'articolo va letto in chiave umoristica. Gli inserti normativi e giurisprudenziali sono perlopiù ironici: cioè, hanno una funzione antifrastica. In un'ottica metatestuale, l'articolo censura certi azzardati abbinamenti tra musica e diritto,

and Dravn Justice, London-New York, 2025, p. 67 ss. Il presente articolo riprende, rimaneggiandola e ampliandola giusto un poco, la mia risposta al collega apparsa sempre su SIDIBlog. Di tale risposta, come dico poco oltre nell'introduzione, ho voluto conservare il tono divertito e scanzonato, per spiegare come, a mio avviso, con questi intrattenimenti *'one is hardly doing international law'*.

² Ma qualcuno preferisce parlare di *'music and law'*, dal momento che l'altra espressione si riferirebbe all'applicazione pratica del diritto (per es., della proprietà intellettuale) a vicende legate al mondo musicale. Si veda B. GROSSFELD, J.A. HILLER, *Music and Law*, in *The International Lawyer*, 2008, p. 1147 ss. (l'articolo è una cavalcata tra vari modi di coniugare diritto e musica, dalla quale si esce affascinati ma anche – per quel che mi riguarda – estenuati e un po' nauseati).

³ Per questo motivo i riferimenti musicali qui contenuti saranno, in misura preponderante, alla scena dell'*heavy metal*. Mi piace anche la musica classica, però, e adoro l'opera, ciò che spiega qualche episodica fuga in quel mondo. Essendo ogni tentativo di perimetrare la musica pop – su cui il presente contributo s'incentra, come rivela il gioco di parole del titolo – opinabile, penso che ciò non costituisca un problema. Anche perché, mi pare, l'importanza o meno di rimanere nell'ambito del 'popolare' dipende soprattutto dalla domanda di ricerca che guida un dato studio di *'law and music'*.

ma al tempo stesso li fa propri per meglio chiarire ed esemplificare quel che non andrebbe fatto. È anche un modo per dimostrare quanto sia facile allacciare connessioni (spesso insensate) tra la musica e il diritto, e come, se ci impegniamo un poco, possiamo far sì che il diritto internazionale ‘*pops up everywhere*’. Senza per questo portarci ‘*anywhere*’.

2. *Temptation III: Akrasia*⁴

Per deformazione professionale, il giurista vede diritto dappertutto. Ma il diritto non è dappertutto. Il fatto che viviamo in un mondo governato – tra l’altro – da norme giuridiche non rende queste ultime interessanti per tutti e in ogni circostanza. La musica se ne occupa a stento ed è difficile che lo faccia in modo illuminante per uno studioso del diritto. Incontrare oggetti noti in situazioni atipiche ha un effetto straniante, un po’ come udire parlare l’italiano in uno sperduto villaggio nipponico o sentire pronunciare il proprio nome ascoltando il telegiornale. Ma la sorpresa non giustifica necessariamente un approfondimento. In una canzone sul disarmo (intitolata *Armageddon X 7*) i leggendari Napalm Death citano i «peace treaties». Dunque, quel che facciamo è importante! Anzi no, a giudicare dal tenore del brano⁵. O importa solo credere che i nostri idoli ci abbiano in nota?

Dobbiamo perciò resistere alla tentazione, per noi internazionalisti naturale, di entusiasmarci per ogni inaspettato riferimento a concetti che ci sono familiari. Il più delle volte da essi non sarà possibile trarre alcun valido insegnamento, alcuna proficua suggestione. Un po’ come da ripetuti ascolti di *Territory* (Sepultura)⁶, *We Are the People* (Rebellion)⁷, *Sovereigns* (Enthroned)⁸ e *Last Stand for Independence* (Testament)⁹ non si potrà addivenire a un superiore livello di comprensione del concetto di statualità¹⁰.

Questo non vuol dire che noi si debba essere indifferenti allo *ius in musica* (inclusa quella più estrema: *diabolus in musica*¹¹). Bisogna però chiarire bene lo scopo dell’indagine e delimitarne con cura l’oggetto. E tentare di resistere agli automatismi del mestiere, abbandonando se il caso strade già note al giurista. Questi, per esempio, è solito criticare

⁴ Brano degli Abigor, contenuto in *Leytmotif Luzifer (The 7 Temptations of Man)* (Avantgarde Music, 2014). L’acrasia è la mancanza di quella forza di volontà che dovrebbe portare ad agire secondo il buon senso e a preferire ciò che è giusto, buono, ragionevole.

⁵ «Those summits and peace treaties are just worthless words»: il brano è incluso in *Fear, Emptiness, Despair* (Earache Records, 1994).

⁶ Da *Chaos A.D.* (Roadrunner Records, 1993).

⁷ Dall’album che prende il nome da quello stesso brano (Massacre Records, 2021). Nella canzone si menziona la Dichiarazione Schuman!

⁸ Questo è un intero album (Agonia Records, 2014), non una canzone.

⁹ Da *Dark Roots of Earth* (Nuclear Blast Records, 2012).

¹⁰ L’ovvio riferimento è ai requisiti della statualità *ex* Convenzione di Montevideo. Poiché tali fattori devono essere compresenti, quella musica andrà ascoltata simultaneamente...

¹¹ Gioco di parole che ammicca all’album *Diabolus in Musica* (American Recordings, 1998) degli Slayer. L’espressione (*diabolus in musica*), in ogni caso, ha origini assai più risalenti e indica ciò che nella teoria musicale è conosciuto come tritono.

Uti possidetis «per aver perpetuato confini artificiali, che non riflettono le realtà sociali e culturali dei popoli», ma non pare essere questo il fine (retorico) che ne fanno i Tamuya Thrash Tribe¹². Il problema che denunciano non è che il popolo dei Guarani si trova ripartito su più Stati, frammentato da squadrate frontiere coloniali, bensì che è stato dispossessato delle proprie terre. Coerentemente, essi sembrano dirci che il soggetto di ‘*possidetis*’ non può essere lo Stato, perché solamente la comunità che insiste su un territorio lo possiede: ma solo temporaneamente, non potendo alienarlo e dovendo donarlo alla generazione successiva *uti possidet* («this land was given to us and freely we shall give to our heirs»). Difficile rimanere insensibili a simili rimostranze! Tranne per i componenti degli Arghoslent, che infatti hanno intitolato *Terra Nullius* una propria canzone: per loro gli aborigeni australiani denotavano «absence of law, sovereignty, and cultivation», ciò che rendeva le «declarations of war a wasted custom» e i «treaties inconceivable»¹³. Assurdità razziste che il diritto internazionale condanna¹⁴, sebbene l’internazionalista in cerca d’ispirazione per riflessioni su ‘*law and music*’ possa passare oltre. Di certo, non basta un prezioso latinismo¹⁵ a giustificare il nostro interessamento...

3. *In Battle There Is No Law*¹⁶

Se la menzione di concetti giuridici non è garanzia di rilevanza per lo studioso di ‘diritto e musica’, l’esistenza di un nesso puramente tematico lo è ancor meno. Si prenda il caso della guerra, classico ambito d’applicazione del diritto internazionale e altrettanto classico *tòpos* della musica *heavy metal*, che ha fatto dell’aggressività un tratto identitario (benché, va notato, temi e scenari bellici possono ben comparire anche in altri generi musicali, a cominciare dalla musica classica¹⁷). Iron Maiden e Sabaton¹⁸ cantano laceranti storie di conflitti armati

¹² Il virgolettato è da G.M. RUOTOLO, *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. B Side*, cit., che cita il brano *Uti Possidetis* che compare nell’album *The Last of the Guarani* (nessuna etichetta discografica, 2016) dei Tamuya Thrash Tribe.

¹³ Dall’album *Resuscitation of the Revanchists* (Weltenfeind, 2023).

¹⁴ «*Alarmed at music lyrics (...) that advocate racial hatred and incite discrimination, hostility or violence*» (undicesimo considerando preambolare della risoluzione dell’Assemblea generale dell’ONU intitolata *Combating glorification of Nazism, neo-Nazism and other practices that contribute to fuelling contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance* (UN Doc. A/RES/76/149 del 16 dicembre 2021). Nel *metal* estremo c’è spazio anche per il nazionalsocialismo, cui per fortuna aderisce una corrente assai minoritaria (pur se talvolta musicalmente pregevole).

¹⁵ E forse nemmeno troppo raro. Gli Spectral Wound hanno intitolato *Terra Nullius* il loro album d’esordio (nessuna etichetta discografica, 2015), mentre gli storici Exodus hanno intitolato *Persona Non Grata* il loro più recente (finora) album in studio (Nuclear Blast Records, 2021).

¹⁶ Album dei Bolt Thrower (Vinyl Solution, 1988).

¹⁷ Per es., tra tante opere liriche, *Norma* (periodo romano: v. *infra* n. 24), *La battaglia di Legnano* (medioevo: la lotta tra Impero e Comuni, più avanti, sarà vista da Bartolo da Sassoferrato come uno scontro tra soggetti sovrani) e *Don Carlo* (prima modernità: la guerra mossa da Filippo II è quella che si concluderà con la venerata Pace di Vestfalia).

¹⁸ Gli esempi menzionati in G.M. RUOTOLO, *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. B Side*, cit. Le *band* che si focalizzano su specifiche guerre o battaglie (e non su pulsioni belliciste in generale)

e perciò ‘parlano’ a noi internazionalisti? Ma allora anche le nonne che ci hanno narrato gli orrori della guerra meritano una citazione nel Grande libro del diritto internazionale. Tutto, indistintamente, discorre di diritto internazionale: dai panzer dei Marduk e i Manowar (entrambi ricompresi nel perimetro dell’Articolo 2 del Trattato sul commercio delle armi)¹⁹ ai libri che lo storico più pop del momento, Alessandro Barbero, ha dedicato alle grandi battaglie del passato. E che dire di tassisti e baristi che blaterano di politica internazionale (non però i barbieri, che sono ‘*hair metal*’ e s’occupano d’altro²⁰)? I resoconti mitizzati che lo zio fanfarone fa delle sue incursioni pescherecce nelle Valli di Comacchio ci invitano a riflettere sulle zone umide protette dalla Convenzione di Ramsar?²¹ La Signora in giallo in trasferta a Scotland Yard fornisce spunti sulla cooperazione giudiziaria internazionale?²² Se così è, allora il diritto del mare è coperto dagli Ahab e dagli Alestorm per la musica, da *Love Boat* per la tv, da *One Piece* per i fumetti, e dai racconti del cugino arruolato in marina per la vita vera²³. E così via.

Ci dev’essere una retta via tra il drizzare le orecchie ogni volta che captiamo un concetto giuridico – ciò che, data la vastità del panorama musicale, prima o poi capiterà: anche in relazione alle guerre, perfino nell’ambito della già citata musica classica²⁴ – e l’accontentarsi

sono peraltro più numerose. Tra quelle che hanno ottenuto maggior successo negli ultimi anni troviamo Kanonenfeber, 1914 e Minenwerfer, i cui testi hanno a che fare con la Prima guerra mondiale. Tutti e tre i gruppi, e anche i Sabaton, hanno dedicato un pezzo alla terrificante battaglia di Verdun.

¹⁹ Il primo riferimento è a *Panzer Division Marduk* (Osmose Productions, 1999); i Manowar sono invece un celebre gruppo *heavy metal* statunitense che prende il nome dalle navi da guerra dette appunto *man-o-war*, che hanno salpato i mari fino all’Ottocento. Il trattato ricomprende infatti i «Battle tanks» e le «Warships» (Articolo 2(1), lettere (a) ed (f)).

²⁰ Cioè di *Girls, Girls, Girls* – dall’omonimo album dei Mötley Crüe (Elektra Records, 1987). Sto naturalmente scherzando, non mi permetterei di sminuire le conversazioni dei barbieri. L’unica cosa che si può dire di certo è che non ascolterebbero *A hora e a vez do cabelo nascer* («tempo di far crescere i capelli»), come cantano i Sepultura. Da *The Roots of Sepultura* (Roadrunner Records, 1996).

²¹ Nel delta del Po sono presenti molte zone umide tutelate dalla convenzione, comprese Valle Bertuzzi e le Valli residue del comprensorio di Comacchio (siti Ramsar nn. 224 e 225).

²² La cara signora Fletcher va a Londra almeno una volta (quinto episodio della seconda stagione). L’aveva preceduta il Tenente Colombo (quarto episodio della seconda stagione).

²³ La *Love Boat* non ha bisogno di presentazioni. Gli Alestorm, che suonano *pirate metal*, «seized all the bounty and scuppered the ship» (ciò che è sufficiente a integrare i due requisiti previsti dall’Articolo 101 dell’UNCLOS, la presenza di due navi e l’*animus furandi*): v. *Pirate Song*, da *Black Sails at Midnight* (Napalm Records, 2009). *One Piece* è un fumetto anch’esso sui pirati. Gli Ahab cantano l’oceano ma con accenti più drammatici.

²⁴ Due esempi tratti da libretti firmati da Matteo Noris. Nel *Marco Attilio Regolo* assistiamo a un’ufficiale dichiarazione di guerra di Roma a Cartagine: «Amilcare: “Vuol guerra, o pace il tuo Senato? (...) Tanto d’orgoglio ha la tua Patria, e tanto / confida nel vigor dell’armi sue?” / Attilio: “Chiamalo orgoglio, o pur valore, a sdegno / dell’emula Città si reca i patti; / vuol guerra, e mio consiglio / fu il gran decreto”» (atto primo, scena decima). Nel *Tito Manlio* si ripropone invece il sempiterno conflitto tra onore e legge (l’ordine del Senato romano era quello di non attaccar il nemico): «Tito: “Vattene, vesti l’armi e de’ nemici / gli ordini osserva, il sito e le falangi. / Ma non pugnare, e fuggi i cimenti, gli incontri; / ché questa, a cavalier ch’il brando regge, / del Senato e del console è la legge. / Se il cor guerriero / t’invita all’armi, / pensa alla legge e al tuo dover”» (atto primo, scena seconda; si veda

che le canzoni parlino, in maniera a-giuridica, di temi che in astratto sono oggetto del diritto internazionale. Quest'ultimo è probabilmente il caso della musica a tema bellico qui citata, che sembra esemplificare la massima ciceroniana (parafrasata) per cui *silet enim lex inter arma*. Del diritto non v'è traccia, è muto. Certamente, come ci insegna la Corte internazionale di giustizia, «silence may also speak»²⁵, soprattutto se chi tace *loqui debuisset ac potuisset*²⁶. Ma è difficile immaginare che tale condizione sia verificata per quel che qui rileva: perché mai dovremmo aspettarci che i musicisti parlino di diritto internazionale, della cui esistenza magari nemmeno sono a conoscenza?²⁷ Anche questa è una conclusione, è vero, ma non c'è bisogno di addentrarsi nella musica per sospettarlo. È una considerazione che può essere generalizzata, orizzontalmente, a una buona fetta della popolazione. Che chi non lavora nell'ambito del diritto internazionale non ne parli, non deve né sorprenderci né, di massima, solleticare la nostra curiosità.

4. *Time to Break Free*²⁸

Se ci fossero cento canzoni sull'Amazzonia²⁹, il fatto che questa è protetta dal diritto internazionale non renderebbe tale produzione interessante per il giurista. Ma se ci fossero cento canzoni che trattano di diritto *ex professo*, forse sarebbe il caso di mettersi in ascolto. Il rifiuto delle regole e l'indisciplina come valore sono tratti caratterizzanti della musica rock. Il più delle volte si manifestano negli atteggiamenti provocatori – più di rado, nelle azioni illegali – dei suoi esponenti. Ma non è infrequente che tale prospettiva venga

anche la chiusura dell'atto). Certo, qui siamo più nei pressi del diritto feziale, ma come insegna Richard Zouch nel suo scritto del 1650, *juris et iudicii feccialis sive juris inter gentes*.

²⁵ CIG, sentenza del 23 maggio 2008, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, par. 121.

²⁶ Il brocardo completo recita: *qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset*.

²⁷ Certa musica, come quella dei Rage Against the Machine e dei Drowning Pool, fu usata a Guantanamo a scopo di tortura. I primi se ne dissero indignati, manifestando la propria contrarietà alla tortura in quanto violazione dei diritti dell'uomo (ed è proprio per la loro musica «intensément énergique et engagée» che sono citati addirittura in un corso dell'Accademia di diritto internazionale dell'Aia: v. O. CORTEN, *La rébellion et le droit international: le principe de neutralité en tension*, in *RCADI*, 2015, p. 230). I secondi, al contrario, ne furono orgogliosi (*Music As Torture: War Is Loud*, Spin, 30 novembre 2006, www.spin.com). Non erano, questi ultimi, consapevoli dell'esistenza di norme internazionali che proibiscono la tortura, o le ritenevano invece un intralcio alla lotta contro il terrorismo? Peraltro, la stessa canzone dei Drowning Pool usata contro i detenuti a Guantanamo – che nemmeno tratta di guerra, benché abbia un titolo ambiguo – è menzionata nel film *Fahrenheit 9/11* (2004) di Michael Moore: si arguisce che l'alto numero di morti civili nella guerra in Iraq sia dovuto all'inesperienza dei soldati, che per darsi coraggio ascoltano musica galvanizzante. A prima vista, sembra un tema di ricerca meno frivolo di quello di cui parlo in questo articolo.

²⁸ Brano dei Gamma Ray incluso nel classico *Land of the Free* (Noise Records, 1995).

²⁹ Come quella dei Gojira citata in G.M. RUOTOLO, *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. B Side*, cit.: *Amazzonia*, da *Fortitude* (Roadrunner Records, 2021). La stessa *band* ha scritto una canzone intitolata *Satan is a Lawyer* – da *Terra Incognita* (Gabriel, 2001) – che, mi sembra, può essere ricondotta al ricco filone degli studi di 'diritto e musica' (e non solo) che intendono decodificare il modo in cui il professionista del diritto è rappresentato nei *mass media*.

esplicitata verbalmente nei testi delle canzoni. Tuttavia, come ho notato anche a proposito del ricorrere di temi bellici (non estranei all'argomento di questo paragrafo, essendo il conflitto sociale il minimo comun denominatore), il fenomeno è riscontrabile – magari con accenti e sguardi diversi – in più generi musicali. Anche solo limitandosi ai titoli delle canzoni, e dunque tralasciando quelle in cui l'argomento non è dichiarato fin dalla 'copertina', l'opposizione tra l'uomo e la legge è oggetto di *I Fought the Law* dei The Crickets³⁰, *Against the Law* di Billy Bragg con gli Wilco³¹ e *Break the Law* dei World Entertainment War³². La lista, suppongo, potrebbe proseguire lungamente.

Ma a prescindere dal genere musicale considerato, non ci si può esimere dal domandarsi che punto di vista assuma chi canta il mancato rispetto delle norme di condotta. Ritornando all'*heavy metal*, se i Judas Priest celebrano la violazione della legge statale (in *Breaking the Law*³³), altri cantano il 'semplice' anticonformismo, senza un aperto riferimento al diritto positivo (è il caso di *Rulebreaker* dei Primal Fear³⁴). Non è, peraltro, nemmeno detto che 'cantare di' significhi 'inneggiare a'. L'intento polemico che prende di mira l'autorità costituita non ha come solo motore il desiderio di scontrarsi con la legge, per abbatterla o aggirarla. Una canzone può infatti denunciare l'ingiustizia della legge, che condanna un innocente³⁵, o la sua implacabilità e severità verso gli uomini, colpevoli oppure no³⁶, o ancora i pregiudizi dei suoi esecutori, le forze dell'ordine³⁷. In definitiva, e in linea con quanto già detto, non ci si può accontentare di andare in cerca di parole chiave, quali 'law' e 'rule', come se ogni menzione valesse un'altra.

³⁰ Da *In Style With The Crickets* (Coral Records, 1960). La canzone è stata in seguito ri-incisa da un gran numero di artisti, come ricordato da R. FERRANTE, *Legge, giustizia e rock 'n' roll*, in *LawArt*, 2023, p. 401 ss., breve saggio sul rapporto tra musica e giustizia penale.

³¹ Da *Mermaid Avenue Vol. II* (Elektra Records, 2000). I testi di tutte le canzoni portano la firma di Woody Guthrie (sul quale v. *ibidem*).

³² Da *World Entertainment War* (Popular Metaphysics/MCA, 1991).

³³ Da *British Steel* (CBS, 1980). Una *compilation* (Columbia Records, 2001) intitolata come la canzone vede in copertina delle manette, e gli internazionalisti sanno fin troppo bene che ciò 'incastra' lo Stato: questi è responsabile se gli agenti di polizia «aient usé (...) de moyens propres à leur qualité officielle» (*Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States* (1929), UNRIAA, 5, p. 530).

³⁴ Canzone che dà anche il titolo all'album (Frontiers Records, 2016). Curiosità spicciola: Ralf Scheepers, il cantante dei Primal Fear, si propone per rimpiazzare Rob Halford come voce dei Judas Priest (sì, quelli di *Breaking the Law*). Inoltre, ha cantato per i Gamma Ray, lasciando però la *band* appena prima dell'album menzionato in nota 28. Ma con quest'ultimo gruppo ha inciso un brano intitolato *Mr. Outlaw*, contenuto in *Heaven Can Wait* (Noise Records, 1990). Se molti metallari hanno il chiodo, alcuni di loro hanno... il chiodo fisso (della violazione delle regole).

³⁵ Come nella *Mr. Outlaw* citata nella nota precedente, che narra di uno scambio di persona.

³⁶ Come in *Hallowed Be Thy Name* degli Iron Maiden, da *The Number of the Beast* (EMI, 1982): non è dato sapere con certezza se l'individuo di cui si canta sia stato condannato a morte ingiustamente («Can it be that there's some sort of error»).

³⁷ Come in *Strong Arm of the Law*, dall'omonimo album dei Saxon (Carrere, 1980).

5. *O Ruler of Infinity*³⁸

L'attenzione alla 'rule' (regola), infatti, non porta molto lontano se si tralascia il 'ruler' (righello). In altre parole, un'unità di misura, un metro di giudizio che possa dar senso alle parole di una canzone. Una domanda di ricerca. Faccio qualche esempio. Come suggerito nel paragrafo precedente, ci si potrebbe soffermare sul differente approccio che vari gruppi musicali adottano nel trattare lo stesso tema. Così, si potrebbero comparare la Doro di *Freiheit (Human Rights)*, che esalta pugnacemente i diritti umani³⁹, con i Kalmah di *Heroes to Us*, che al contrario li criticano come *instrumentum regni*⁴⁰. Oppure, ci si può interrogare su quanto sia frequente e significativo che un gruppo musicale abituato a trattare argomenti non giuridici faccia un'occasionale incursione nel 'dominio del diritto'⁴¹: come gli Unleashed, che in una carriera costellata da inni a Odino e Thor e protesa verso il Ragnarok, in un paio di canzoni si 'secolarizzano' e citano l'Unione Europea⁴² e le Nazioni Unite⁴³. Si noti che lo stesso quesito lo si può sollevare in una prospettiva allargata, e cioè, là dove la presunta dissonanza è interna non alla discografia di un dato gruppo bensì a un certo genere musicale: il *grindcore*, i cui testi spesso traggono ispirazione dai manuali di anatomia patologica o peggio, si può pure scagliare contro i capitalisti «controlling the rules of unequal trade», come fanno i Sublime *Cadaveric Decomposition*⁴⁴. Ancora, si potrebbe ragionare non sulle discrepanze ma sulle identità, compresa l'analogia tra punti di vista espressi da giuristi e musicisti: per esempio, l'idea che «all treaties failed thru time», fatta propria dai Malevolent Creation⁴⁵, è sostanzialmente la stessa su cui Albert Einstein e

³⁸ L'invocazione è in *Malignant Coronation*, dall'album *Desert Northern Hell (Season of Mist, 2013)* degli Tsjuder.

³⁹ Dall'album *Raise Your Fist (Nuclear Blast Records, 2012)*: «Bin für Freiheit / Gerechtigkeit / Kämpf für Freiheit / And human rights».

⁴⁰ Dall'album *Swampsong (Spikefarm Records, 2003)*: «A declaration of human rights a pretext / For maintenance of a new world order (...) Human rights activists political pawn in a game / Nothing can they do without state subsidies».

⁴¹ Oltre all'esempio fornito di seguito, si veda anche *infra*, n. 58 (con l'idea di 'dominio del diritto' quasi slabbrata).

⁴² In *Born Deranged*, da *Warrior (Century Media Records, 1997)*. La canzone, se ben capisco, ha per oggetto gli esperimenti nucleari francesi nel Pacifico: «Born deranged our price to pay / For the european union's aim / To lead the market's "hall of shame"». Sul tema, di comprovabile interesse internazionalistico, come sappiamo fu interpellata anche la CIG: sentenza del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*.

⁴³ In *Triumph of Genocide*, da *Midwinterblot (Steamhammer, 2006)*: «The United Nations stood aside / And watched the triumph of genocide». Il genocidio cui ci si riferisce è quello rwandese.

⁴⁴ Nell'omonimo brano tratto da *Inventory of Fixtures (Bizarre Leprous Production, 2007)*. I testi dell'intero album, che non sono realmente cantati (se così vogliamo dire) sulla base musicale, sono un manifesto politico. Devo peraltro precisare che, essendo il *grindcore* una derivazione dell'*hardcore punk* e del *crust punk*, la critica sociale non è poi così rara nel genere (si vedano, su tutti, i Nasum).

⁴⁵ Da *The Will to Kill (Arctic Music Group, 2002)*.

Ashley Montagu concordavano mentre discutevano delle garanzie di un uso pacifico dell'energia atomica⁴⁶.

Non è nemmeno detto che tutte queste domande abbiano senso. E se anche ce l'hanno, rimane il problema di come rispondervi correttamente, cioè la questione metodologica. Meglio adottare gli strumenti della critica letteraria o quelli della sociologia del diritto? In ogni caso, l'internazionalista rischia di dover maneggiare attrezzi che poco conosce. Per esempio, il percorso sociologico richiede di dispiegare competenze statistiche che permettano di comprendere la salienza delle proprie scoperte. Ciò, per evitare di limitarsi a un censimento di *fun fact* privi di ogni valore probatorio. Come già visto, infatti, nell'infinità di album pubblicati nell'arco di qualche decennio sarebbe facile rinvenire qualunque cosa⁴⁷ – compresa una menzione in salsa *heavy metal* della suddetta *Love Boat*⁴⁸.

Tra l'altro, gran parte di questa produzione è oscura ai più, tanto che sarebbe lecito domandarsi se sia tutta ascrivibile al pop, cioè *popular*. L'offesa peggiore nel *metal*, quella di essersi 'venduti', ha colpito gruppi quasi sconosciuti a chi non frequenta il genere. Questo non vuol dire che non esista un *underground* realmente tale (cioè esplorato soltanto dai più patiti cultori del genere), da tenere distinto da un *underground* legato al *mainstream*, un po' come alcuni acquiferi sotterranei sono oggetto del progetto di codificazione licenziato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2008, mentre altri, connessi a un più ampio sistema idrologico, sono governati dalla Convenzione sui corsi d'acqua del 1997⁴⁹. Peraltro, il rapporto tra la comunità dei creatori di un certo tipo di musica e quella dei suoi fruitori è verosimilmente variabile (dai punti di vista qualitativo e quantitativo) e ciò può tradursi in un diverso grado di (dis)allineamento tra creatori e fruitori, per cui non sempre «il modo in cui un fenomeno viene descritto attraverso [il pop] può dirci molto sul modo in cui lo stesso viene letto dai [suoi] fruitori»⁵⁰ – e anche di questo il nostro sociologo del diritto internazionale potrebbe voler tenere conto. A sapere, poi, cosa passa per la testa di chi

⁴⁶ «Every treaty, with few exceptions, ever signed between nations has been broken»: citato in A. MONTAGU, *Conversations With Albert Einstein*, 1985, disponibile su www.cooperative-individualism.org. Ma si ricordi anche l'uscita di Charles de Gaulle: «des traités sont comme les jeunes filles e les roses...».

⁴⁷ Bisogna guardarsi dai cigni neri, che si trovano dappertutto, anche nel metallo dello stesso colore. I gruppi *black metal* su posizioni anarchiche o comuniste (RABM) esistono, sì, ma sono una minoranza sparuta. Tra questi, può mancare chi attacca «el banco mundial (...) y el cristiano fondo monetario internacional»? Lo fanno i Profecium in una *Intro – Declaración de principios* contenuta in *Socialismo satánico* (nessuna etichetta discografica, 1997). Da un socialismo così aggettivato segue, coerentemente, un «satánico derecho de los explotados a levantarse contra los explotadores».

⁴⁸ La serie televisiva è citata in *The Herd*, dall'album *Fifty Years Later* degli Asylum Pyre (Massacre Records, 2012). Personalmente, preferirei guardare tutti e 250 gli episodi della serie piuttosto che ascoltare una sola volta quest'insulsa canzone... Il lettore, se vuol farsi ascoltatore, è avvertito.

⁴⁹ Sul rapporto tra i due strumenti v. *Yearbook of the International Law Commission*, 2008, vol. II, parte due, p. 24.

⁵⁰ G.M. RUOTOLO, *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. A Side*, cit.

compone e di chi ascolta... Se solo gli album esibissero l'etichetta «PROFESSORIAL ADVISORY: LEGAL CONTENT»! Tipper Gore, dove sei?⁵¹

6. *Skogen verkade vara ändlös*⁵²

Stanti le suddette difficoltà, il giurista potrebbe tentare un approccio dottrinale invece di sottoporsi al supplizio di estese indagini sociologiche, che rischiano peraltro di essere fatali in sede di ASN. In tal caso, un uso rigoroso delle indicazioni *ex art.* 31(1) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati sembrerebbe imporsi. Le copertine degli album e le 'tinte cromatiche' prevalenti nei testi potrebbero in linea di principio offrire un ausilio interpretativo contestuale ma, a dispetto di quanto altrove suggerito⁵³, non pare che immagini di foreste e fiordi ghiacciati siano sufficienti per legare il *black metal* al diritto internazionale dell'ambiente (altrimenti, se la Repubblica di Siberia fosse sopravvissuta alla guerra civile russa, non avrebbe mancato di firmare tutti i trattati in materia ambientale!⁵⁴). Per dire: il fatto che Fenriz⁵⁵ sia amico dei boschi – e degli amici dei boschi come Mikael Ohlson, il naturalista che ha firmato la copertina di *Arctic Thunder* – non dice del *black metal* più di quanto il veganesimo di Angela Gossow⁵⁶ riveli del *death metal*. Ché poi, se è effettivamente possibile scovare frange ambientaliste in ambedue i generi⁵⁷, è solo perché, come rilevato in precedenza, se il bacino da cui si pesca è vasto abbastanza si trova qualsiasi specie ittica⁵⁸.

La matrice culturale del *black metal* è, anche limitandosi alla scena scandinava degli anni '90, variegata: la celebrazione della natura potente e incontaminata sembra muoversi tra un ripiegamento misantropico e nichilista – *fiat mundus et pereant homines*: l'astratta *iusiustitia*, innalzata nella versione originale della massima, è qui del tutto assente – e un identitarismo nazionalista, ruraleggiante e trascendentale come rimedio alla decadenza spirituale della

⁵¹ Moglie del più celebre Al Gore, tra gli audiofili è nota (o forse famigerata?) per la campagna che ha condotto, negli USA, all'obbligo di apposizione dell'avvertimento «PARENTAL ADVISORY: EXPLICIT CONTENT» sui dischi i cui testi contengono riferimenti violenti, volgari o sessuali.

⁵² «La foresta sembrava infinita», ma poi i conquistatori cristiani l'hanno fatta perire: così i Thyrfing in *Hednaland*, dall'album che prende il nome del gruppo (Hammerheart Records, 1998).

⁵³ G.M. RUOTOLO, *Un racconto del diritto internazionale nella musica pop. B Side*, cit.

⁵⁴ Vissuta soltanto per pochi mesi nel 1918, la Repubblica di Siberia adottava una bandiera verde e bianca (colori che ancora oggi caratterizzano la regione), in onore, rispettivamente, della sua taiga e dei suoi paesaggi innevati.

⁵⁵ Nome d'arte di Gylve Fenris Nagell, uno dei due membri del gruppo di culto dei Darkthrone, cui si deve l'album *Arctic Thunder* (Peaceville Records, 2016) citato poco oltre. Con Ohlson, anch'egli citato di seguito, Fenriz ha pure pubblicato un articolo divulgativo sulle foreste.

⁵⁶ *Ex voce* degli Arch Enemy, per quasi tre lustri.

⁵⁷ Nel *death metal*, per via della coscienza politica di numerose *band* (una su tutte: i Cattle Decapitation). Nel *black metal*, per amore della natura incontaminata, sentimento comunque non privo di venature sociali – benché anti-sociali (si pensi al filone che va sotto il nome di *Cascadian metal*).

⁵⁸ Persino i Cradle of Filth, una vita trascorsa nell'immaginario *horror* e dintorni, di recente hanno fatto cenno agli attuali problemi ambientali in una delle loro canzoni. Si veda *Suffer Our Dominion*, dall'album *Existence Is Futile* (Nuclear Blast Records, 2021).

civiltà cristiana⁵⁹. A occhio e croce (capovolta), più che a Greta Thunberg siamo vicini a Wilhelm Heinrich Riehl⁶⁰ e al suo amalgama di conservazionismo e conservatorismo: «[u]na nazione senza un cospicuo patrimonio forestale merita la stessa considerazione di una nazione senza una costa adeguata. Dobbiamo preservare la foresta, non solo perché le nostre stufe non restino fredde in inverno, ma anche perché le pulsazioni della vita popolare continuino calorosamente e allegramente, affinché la Germania rimanga tedesca»⁶¹. Non proprio un discorso da porre in epigrafe al rapporto tedesco sugli impegni REDD+!⁶² La prima frase, per inciso, suona vagamente come un capovolgimento della celebre massima di Vattel sull'eguale umanità di nani e giganti⁶³. Del resto, per Riehl la deplorabile situazione era conseguenza della Guerra dei trent'anni, quella della Pace di Vestfalia...⁶⁴ Aiuto, il diritto internazionale spunta proprio dappertutto!

7. *Trivial Pursuit*

Tenere *accademicamente* insieme diritto internazionale e musica non è per niente semplice. Connessioni possono essere tracciate con una certa disinvoltura – la stessa disinvoltura, però, che dovrebbe essere esercitata nel bollare tali attività come simpatici passatempi. Infatti, leggere il diritto dentro la musica non è poi così difficile, se ci si accontenta di tenui fili conduttori.

Ci si chiede, per esempio, se tra gli eventi di cui noi internazionalisti discorriamo durante le nostre lezioni o di cui scriviamo nei nostri articoli ce ne sia qualcuno riconducibile alla musica. Uno viene subito alla mente. Durante l'operazione *Nifty Package*, nel corso della quale gli USA costrinsero alla resa Manuel Noriega, l'*hard rock* fu usato nel tentativo di aggirare l'inviolabilità della nunziatura apostolica in cui il dittatore s'era rifugiato⁶⁵. Ci si può

⁵⁹ Un'affascinante trattazione dell'argomento, e quasi testo di riferimento in materia, è B.H. OLSON, *I am the Black Wizards: Multiplicity, Mysticism and Identity in Black Metal Music and Culture*, tesi di master discussa presso la Bowling Green State University, 2008.

⁶⁰ Devo la conoscenza di questo autore a B. PEEL, *Tonight It's A World We Bury: Black Metal, Red Politics* (London, 2023).

⁶¹ W.H. RIEHL, *Die Naturgeschichte des Volkes als Grundlage einer deutschen Social-Politik*, I, *Land und Leute*, Stuttgart-Tübingen, 1854, p. 32. Il buon Riehl non considerava che «[l]a foresta (...) non ha chiesto di scaldare le vostre case fredde» (così i Maseporz in *La foresta puzza*, dall'album *Der Wald stinkt* (Il Male Produzioni, 2004).

⁶² Che, come il lettore saprà, è un programma d'azione promosso dalle Nazioni Unite per combattere il cambiamento climatico tramite la gestione del patrimonio forestale.

⁶³ «Un Nain est aussi bien un homme, qu'un Géant: Une petite République n'est pas moins un État souverain que le plus puissant Royaume»: E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, London, 1758, p. 11.

⁶⁴ W.H. RIEHL, *Land und Leute*, cit., pp. 66-67.

⁶⁵ Come documentato in *Music torture: How heavy metal broke Manuel Noriega*, BBC, 30 maggio 2017, www.bbc.com. L'articolo dissotterra vicende sulla falsariga – ma la più celebre rimane quella, che non a caso è stata parodiata per ben tre volte da un monumento del pop, la serie animata *I Simpson*: nell'ottavo episodio della settima stagione, nel diciannovesimo episodio dell'ottava stagione e nel nono episodio della venticinquesima stagione. Solo in quest'ultimo compare un'ambasciata, e l'assedio

baloccare inventandosi una sfida a trovare un fatto dal sapore giuridico dentro un brano musicale, da ricollegare poi a un altro fatto giuridicamente orientabile, e così via... Inizio dalla Compagnia olandese delle Indie orientali, che tutti noi sappiamo aver goduto di uno status quasi statale (titolarità a concludere trattati, condurre azioni militari, governare su interi territori). Sulla VOC è incentrata una canzone dei Carach Angren, che pure menziona la noce moscata tra i beni oggetto di commercio da parte della Compagnia⁶⁶. Come raccontato, celiando, dal Presidente Ronald Reagan, tra le cause che portarono all'invasione di Grenada da parte degli USA ci sarebbe stato il fatto che l'isola era il più grande produttore al mondo di noce moscata, e «you can't make eggnog without nutmeg»⁶⁷. Ovviamente, si trattava di ben altro: «[i]t is not nutmeg that is at stake in the Caribbean and Central America. It is the United States national security»⁶⁸. Ciò include, com'è evidente, anche la coeva lotta contro i sandinisti in un altro Paese dell'America centrale, il Nicaragua. Guerra sotterranea denunciata dai Nicaraguan Death Squad in un brano musicale che tira in ballo John Negroponte⁶⁹. Il quale fu ambasciatore statunitense all'ONU e tanto altro... Al lettore la scelta se spassarsela un po', agganciando altri fatti e la sua musica preferita a monte o a valle di questa sequenza.

Si tratta dunque, più che altro, di un *divertissement*? Se è così, allora vai coi *trivia* come quelli proposti a margine dei nostri convegni (e finora saggiamente relegati ai soli momenti conviviali)! Alcune domande per internazionalisti sugli internazionalisti. Quale celebre internazionalista – noto però più come diplomatico che come docente – è citato in una canzone di un gruppo *prog-metal* svedese?⁷⁰ Quale proto-internazionalista *underground* (ma non troppo) è citata da una band *underground* (ma non troppo) avente la stessa nazionalità

musicale per piegarne l'inviolabilità è condotto dallo stesso Rob Halford sulle note – benché non sul testo (che diventa «copyright law») – di *Breaking the Law*. Tutto si tiene!

⁶⁶ *Van der Decken's Triumph*, dall'album *Death Came Through a Phantom Ship* (Maddening Media, 2010).

⁶⁷ Queste le parole dello stesso Reagan: *Remarks at a Luncheon Sponsored by the Senate Republican Policy Committee*, 24 gennaio 1984, www.reaganlibrary.gov.

⁶⁸ Sono sempre parole di Reagan: *Excerpts from Reagan's Speech Outlining Proposals for Central America*, New York Times, 11 marzo 1983, www.nytimes.com. Questo discorso, a differenza di quello della nota che precede, è antecedente l'invasione.

⁶⁹ *Tossed in a Meatgrinder*, da *Crimes Against Humanity* (nessuna etichetta discografica, 2011). Negroponte ha pure pubblicato su una delle nostre riviste: *Remarks by John D. Negroponte*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 1979, p. 271.

⁷⁰ Hans Blix, che viene menzionato in *America dei Pain of Salvation*, canzone tratta dall'album *Scarsick* (InsideOut Music, 2007): «hey Mr. Blix: forget Iraq and the time it took / 'cause I know just where to look / "could we have a vote please?"».

(ma non troppo)⁷¹ Il figlio di quale celebre internazionalista è stato chitarrista di alcune band *metal*?⁷²

Come si vede, la persona dell'internazionalista può essere ricondotta alla musica in varie vesti⁷³. Peraltro, il gioco funziona anche se praticato in ambiti diversi del pop, quale per esempio il cinema⁷⁴ (senza voler scomodare la regina del filone '*law and...*', cioè la letteratura⁷⁵), e anche in tale contesto lo studioso di diritto internazionale può ricoprire ruoli

⁷¹ Christine de Pisan, cui i francesi Peste Noire intitolano la canzone *Duël angoissens* (Christine de Pisan, 1362-1431), contenuta nel capolavoro *La sanie des siècles – Panégyrique de la dégénérescence* (De Profundis Éditions, 2006). La Pisan, italiana di nascita e francese d'adozione, inizia ora a essere studiata anche come figura del diritto internazionale, avendo scritto di usi di guerra. Si veda, per esempio, F. LATTY, *Christine de Pizan: The Law of Warfare as Seen by a Medieval Woman*, in I. TALLGREN (a cura di), *Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces?*, Oxford-New York, 2023, p. 47 ss.

⁷² Martti Koskeniemi, padre di Lauri. Quest'ultimo ha militato in diversi gruppi, i più noti dei quali sono forse gli Shear e gli Imperanon.

⁷³ Nei primi due casi proposti il musicista cita l'internazionalista, laddove nel terzo, quest'ultimo – *rectius*: un suo stretto congiunto – s'occupa di musica. E ce ne si può occupare in diversi modi. Lo studioso può scrivere di diritto internazionale e anche scrivere testi per musica, come nel caso di Ferdinando Galiani, autore di una monografia intitolata *De' doveri de' principi neutrali verso i principi guerreggianti e di questi verso i neutrali – Libri due* (1782) (l'interessante prefazione ne rende chiaro l'approccio giusnaturalistico) e coautore del libretto del *Socrate immaginario* (1775) musicato da Giovanni Paisiello. Ma lo studioso del diritto può anche cantare (semi-)professionalmente, o scrivere musica. O scrivere seriamente di musica. Benché afferenti non al diritto internazionale ma al contiguo ambito del diritto costituzionale, due esempi sono David Skover (cantante lirico) e Jack M. Balkin (si veda il suo *Verdi's High C*, in *Texas Law Review*, 2013, che definire un saggio di '*law and music*' sarebbe riduttivo – o anzi, meglio, che costituisce un modello esemplare di come diritto e musica possono essere coniugati in maniera colta e intelligente).

⁷⁴ Se infatti le pellicole contenenti riferimenti al diritto internazionale sono presumibilmente innumerevoli, quelle, non aventi natura di documentario, che menzionano il diritto internazionale solamente come disciplina universitaria – anziché come sistema di diritto – e i suoi cultori sono assai più rare. Tra i preziosi riferimenti troviamo due "laureati in diritto internazionale": il personaggio di Roberto Herlitzka in *Noite d'estate con profilo greco, occhi a mandorla e odore di basilico* (1986) di Lina Wertmüller e quello interpretato nientemeno che dal mitico Paolo Villaggio nel terzo episodio di *Tre tigri contro tre tigri* (1977), film diretto da Sergio Corbucci e Steno. A dimostrazione di come la gravidanza della connessione tra musica e diritto risieda nella domanda di ricerca che ci poniamo, non è forse privo d'interesse domandarsi come mai la Wertmüller abbia ascritto al diritto internazionale l'*alter ego* di Herlitzka, ex agente CIA facilitatore d'azioni illegali. Su un piano parzialmente diverso, una curiosa e divertente menzione del diritto internazionale come materia di studio è presente in *Fortezza Bastiani* (2002) di Michele Mellara e Alessandro Rossi, in cui uno dei protagonisti, studente all'Università di Bologna, afferma di preferirgli la lettura di Guy Debord. Più in generale, una sapiente lezione su come leggere il diritto nel cinema è offerta da Lorenzo Gradoni, autore del brillante (fin dal titolo) *Cineforum non conveniens: quale diritto internazionale cercare nel cinema e quale no*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, p. 463 ss. All'amico e maestro, nonché *high ranking extropian* ideale (benché del tutto incolpevole) ispiratore del presente *divertissement*, dedico non già quest'ultimo – sarebbe banale! – bensì un album: *Aesthetic of Hunger* (Malignant Voices, 2025) dei Medico Peste. L'approccio iconografico adottato da Gradoni in alcuni suoi scritti, anche in tema di lotta alla povertà e alla fame, mi pare s'intoni bene al titolo dell'album. Wow, ho trovato un altro modo, vagamente nataliaginzburchiano nel suo associare persone e cose, di collegare il diritto (gli internazionalisti) alla musica!

⁷⁵ Nel nostro ambiente è arcinoto che Alberto Arbasino fu, per breve tempo, un 'collega' (chi non volesse rinvenirne le tracce nei suoi ponderosi *Fratelli d'Italia* e *America* può leggersi poche, saporite pagine in M. MASNERI, *Stile Alberto*, Macerata, 2021). Addottorati in diritto internazionale sono China

diversi⁷⁶. A riprova di come, anche restringendo grandemente il perimetro ‘giuridico’ – dal diritto internazionale al suo studioso – si possono immaginare parecchi tipi di nesso tra noi internazionalisti e la cultura pop, solo pochi dei quali forniranno interessanti spunti di ricerca. Il resto è un piacevole (per alcuni) gioco di società.

8. *Man in the Mirror*⁷⁷

C’è, forse, un senso più profondo nel fatto che l’internazionalista giunge a rispecchiarsi nella cultura pop. Quel che vi nota potrebbe essere indicativo di ciò che il suo Sistema 1 – per dirla con Hanneman... pardon... Khaneman!⁷⁸ – ritiene rilevante nella sfera del diritto internazionale. I brani che ci colpiscono sono quelli che parlano di guerre, trattati, organizzazioni internazionali, tutela dell’ambiente e dei diritti umani. Ma il diritto internazionale non è solo questo. Perché, per esempio, non interessarsi anche del rap che esalta il possesso e l’uso delle armi di piccolo calibro? Dopotutto, in materia esistono un programma d’azione dell’UNODA e un protocollo⁷⁹. Il punto è che anche nel diritto internazionale c’è il pop – i temi che troviamo in tutti i manuali – e c’è l’*underground* (quel che sfugge al radar dei non specialisti o si è rincantucciato in un angolino dei nostri cervelli, quasi fossimo restii ad attribuirgli la nobile veste di diritto internazionale: l’*habitus* fa il diritto). Che non sia questo un possibile tema di ricerca?

E un altro possibile tema è, pure, riconducibile a ciò che l’internazionalista vede o non vede, ma non relativamente al diritto (cioè a sé stesso), bensì con riguardo al concetto di pop. Volendo sposare il diritto con una qualche branca della cultura ‘popolare’, cioè non specialistica, rivolgiamo subito il pensiero alla letteratura, ai fumetti, alla musica, alle arti

Miéville e Juli Zeh, ambedue con tesi pubblicata per importanti editori; non sorprendentemente, entrambi sono oggetto di studi di ‘diritto e letteratura’ (e.g., D. HOURIGAN, *On the Possibility of Legal Form in Miéville's Speculative Fictions*, in *Law & Literature*, 2018, p. 167 ss., e K. GIBLETT, “The Law Was a Room Justice Never Entered”: *Justice, Legal Philosophy, and Law's Foundational Violence in the Works of Juli Zeh*, in N. CHRONISTER, S.E. KLOCKE, L. RICHTER (a cura di), *Juli Zeh: A Critical Companion*, Berlin, 2024, p. 151 ss.). ‘Semplicemente’ laureato in diritto internazionale era Mario Praz. Figlio di un professore di diritto internazionale (privato) era invece Dino Buzzati. Si è quasi tentati di proseguire la spirale discendente: figlio di una persona addottorata in diritto internazionale era...

⁷⁶ Cioè, non necessariamente appare in qualità di personaggio di finzione all’interno del film. L’internazionalista può scrivere professionalmente di cinema (e non semplicemente di ‘*law and cinema*’). Oppure potrebbe essere regista, sceneggiatore o, perché no, attore. Quest’ultimo caso è quello in cui ricade Florian Kriener (attualmente presso il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law di Heidelberg), che è comparso – giovanissimo – nella pellicola hollywoodiana *Fatal Rescue* (2009) diretta da Stephen Manuel.

⁷⁷ Brano di Michael Jackson tratto da *Bad* (Epic Records, 1987).

⁷⁸ Il secondo riferimento è ovviamente a Daniel Kahneman e al suo *best seller* intitolato, nella traduzione italiana, *Pensieri lenti e veloci* (Milano, 2012). Il *lapsus calami* mi fa inciampare in Jeff Hanneman, cofondatore e storico chitarrista degli Slayer.

⁷⁹ Si tratta del Programma d’azione per prevenire, combattere e sradicare il traffico illecito di armi di piccolo calibro e leggere in tutti i suoi aspetti (2001) e del Protocollo contro la produzione e il traffico illeciti di armi da fuoco, delle loro parti e componenti e delle loro munizioni (sempre del 2001).

figurative. Ma si può essere pop in un altro senso. Cioè, si può parlare – o sproloquiare – di diritto da profani, sulla stampa giornalistica e nella saggistica. Ciascuno di noi si è imbattuto, specie negli ultimi due lustri, a causa degli sconvolgimenti dell'ordine internazionale che hanno messo a dura prova la resilienza di istituzioni come le Nazioni Unite, la Corte penale internazionale e l'Organizzazione mondiale del commercio, in commenti più o meno lucidi e informati (ma spesso molto poco lucidi, molto poco informati) sulla nostra materia a firma di giornalisti 'generalisti', nomi noti del diritto ma privi di *expertise* nel campo del diritto internazionale, e altri studiosi seri e *engagé* ma, di nuovo, senza una specifica preparazione internazionalistica⁸⁰. A mio avviso, non v'è alcun dubbio che anche questa sia una manifestazione del binomio 'diritto internazionale e cultura pop'. Di solito, poco edificante e meno dilettevole delle incursioni nella musica, ma verosimilmente di maggior rilievo scientifico e di più grande impatto sulla percezione della nostra disciplina tra il popolo. Dunque nel pop.

⁸⁰ Non trovando opportuno menzionare le (pur numerose) 'grandi firme' che si sono prodotte in commenti, articoli o solamente abbozzati, in tema di diritto internazionale, dal momento che non è questa la sede per analizzare come si dovrebbe certe scempiaggini, mi limiterò a un appartenente alla terza categoria, quella degli studiosi seri: Noam Chomsky. Si veda N. CHOMSKY, N.J. ROBINSON, *The Myth of American Idealism: How U.S. Foreign Policy Endangers the World*, New York, 2024, il cui decimo capitolo è intitolato «International Law and the “Rules-Based Order”».

Finito di stampare nel mese di ottobre 2025
dalla Grafica Elettronica - Napoli

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.it

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista semestrale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su
www.sidiblog.org
www.editorialescientifica.it

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

