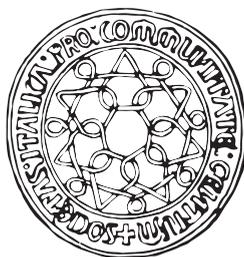


LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXV

3

2020



TRIMESTRALE DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

ARTICOLI E SAGGI

Giuseppe Nesi, Luca Poltronieri Rossetti, Member-on-Member Sexual and Gender-Based Crimes as War Crimes: Towards the Autonomy of Individual Criminal Responsibility from Underlying Violations of International Humanitarian Law?

Giulio Bartolini, Le misure di preparazione alle pandemie previste nei regolamenti sanitari internazionali e la loro (mancata) attuazione

Fiammetta Borgia, Osservazioni sulla (il)liceità delle operazioni mirate con i droni nella lotta al terrorismo: sistemi di norme a confronto

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

Valentina Zambrano, Il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico: profili problematici di un diritto ancora in cerca di effettività

OSSERVATORIO EUROPEO

Antonino Ali, The Intersection of EU and its Member States' Security in Light of the Foreign Direct Investments Screening Regulation

Alessandro Perfetti, Supporto alle imprese europee in tempi di COVID-19: il quadro di riferimento temporaneo per gli aiuti di Stato

NOTE E COMMENTI

Piero Pennetta, Brevi note sul Trattato istitutivo dell'Organization of the African, Caribbean and Pacific States

Francesca Graziani, *Iura novit curia* e riqualificazione giuridica del fatto: una breve riflessione sulla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia

Rassegne delle attività delle Organizzazioni internazionali. Recensioni

EDITORIALE SCIENTIFICA

SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

GIORGIO NAPOLITANO, *presidente onorario*; FRANCO FRATTINI, *presidente*
UMBERTO LEANZA, MARCELLO SALIMEI, RICCARDO SESSA, *vice presidenti*;
Consiglio direttivo: MARIO BOVA; SEBASTIANO CARDI; SANDRO DE BERNARDIN;
MASSIMILIANO DEL CASALE; STAFFAN DE MISTURA; MARCO FORLANI;
MANLIO FRIGO; GIORGIO GAJA; FRANCESCO MARIA GRECO; EDOARDO
GREPPI; CESARE IMBRIANI; FRANCO LOCATELLI; CARLO MAGRASSI; SERGIO
MARCHISIO; GIORGIO MARRAPODI; GIAMPIERO MASSOLO; FABIO MIGLIORINI;
FERDINANDO NELLI FEROCI; CARLO MARIA OLIVA; ALESSANDRO ORTIS;
CESARE MARIA RAGAGLINI; BEATRICE RANGONI MACHIAVELLI; STEFANO
RONCA; PIETRO SEBASTIANI; MASSIMO SGRELLI; ERSILIAGRAZIA SPATAFORA;
STEFANO STEFANINI; ATTILA TANZI; FRANCESCA TARDIOLI; PASQUALE
TERRACCIANO; GIULIO TERZI di SANT'AGATA; ANDREA TIRITICCO; MICHELE
VALENSISE; GIOVANBATTISTA VERDERAME; *Collegio dei revisori dei conti*: LUCILLA
AMATI; ANTONIO ANTONELLIS; CINZIA MOREZZI.

* * *

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Fondata da ROBERTO AGO nel 1946

Direzione

PIETRO GARGIULO (Direttore responsabile)
ANTONIO MARTINO – ENZO MOAVERO MILANESI
ALBERTO MONTICONE (Condirettori)

Consiglio Scientifico

IDA CARACCILO (Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"); GIOVANNI CELLAMARE (Università degli Studi di Bari A. Moro); MANLIO FRIGO (Università degli Studi di Milano); CESARE IMBRIANI (Università degli Studi di Roma "Sapienza"); MASSIMO IOVANE (Università degli Studi di Napoli "Federico II"); MARIA ROSARIA MAURO (Università degli Studi del Molise); LAURA MONTANARI (Università degli Studi di Udine); BRUNO NASCIBENE (Università degli Studi di Milano); GIUSEPPE NESI (Università degli Studi di Trento); GIUSEPPE PALMISANO (Università degli Studi di Roma Tre); PIERO PENNETTA (Università degli Studi di Salerno); PIETRO PUSTORINO (LUISS Guido Carli di Roma); LUCA RICCARDI (Università degli Studi di Cassino e Lazio Meridionale); GIULIA ROSSOLILLO (Università degli Studi di Pavia); ATTILA TANZI (Università degli Studi di Bologna); MICHELE VELLANO (Università degli Studi di Torino); UGO VILLANI (Università degli Studi di Bari A. Moro).

Redattore Capo

IVAN INGRAVALLO

Comitato di Redazione

CHIARA T. ANTONIAZZI, CLAUDIA CANDELMO, TOBIA CANTELMO, FRANCESCO CHERUBINI, EMANUELE CIMIOTTA, LUIGI D'ETTORRE, FEDERICO DI DARIO, MARTINA DI LOLLO, ALESSIA DI PASCALE, CLAUDIO DI TURI, GUERINO FARES, ELENA FASOLI, ANNALISA GERACI, MARIO GERVASI, GIUSEPPE GIOFFREDI, DANIELA MARRANI, ELISABETTA MOTTESE, EGERIA NALIN, GIUSEPPE PASCALE, DOMENICO PAUCIUOLO, FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, NICOLA RUCCIA, GIANPAOLO MARIA RUOTOLO, ELISA TINO, FRANCESCA VACCARELLI, ROBERTO VIRZO, MARIA VITTORIA ZECCA.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXV

2020

N. 3

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

- GIUSEPPE NESI, LUCA POLTRONIERI ROSSETTI – Member-on-Member Sexual and Gender-Based Crimes as War Crimes: Towards the Autonomy of Individual Criminal Responsibility from Underlying Violations of International Humanitarian Law?..... 341
- GIULIO BARTOLINI – Le misure di preparazione alle pandemie previste nei regolamenti sanitari internazionali e la loro (mancata) attuazione.....367
- FIAMMETTA BORGIA – Osservazioni sulla (il)liceità delle operazioni mirate con i droni nella lotta al terrorismo: sistemi di norme a confronto.....391

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- VALENTINA ZAMBRANO – Il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico: profili problematici di un diritto ancora in cerca di effettività.....415

OSSERVATORIO EUROPEO

- ANTONINO ALÌ – The Intersection of EU and its Member States' Security in Light of the Foreign Direct Investments Screening Regulation.....439
- ALESSANDRO PERFETTI – Supporto alle imprese europee in tempi di COVID-19: il quadro di riferimento temporaneo per gli aiuti di Stato.....455

NOTE E COMMENTI

- PIERO PENNETTA – Brevi note sul Trattato istitutivo dell'Organization of the African, Caribbean and Pacific States.....477
- FRANCESCA GRAZIANI – *Iura novit curia* e riqualificazione giuridica del fatto: una breve riflessione sulla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia.....501

RASSEGNE

Istituti specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

GRUPPO DELLA BANCA MONDIALE

L'attività delle organizzazioni internazionali del gruppo della Banca mondiale per gli anni 2018 e 2019, p. 513

Domenico Pauciulo, Claudia Cardelli

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXV

2020

N. 3

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

ARTICLES AND ESSAYS

- GIUSEPPE NESI, LUCA POLTRONIERI ROSSETTI – Member-on-Member Sexual and Gender-Based Crimes as War Crimes: Towards the Autonomy of Individual Criminal Responsibility from Underlying Violations of International Humanitarian Law?.....341
- GIULIO BARTOLINI – Preparedness Measures to Pandemics Provided by the International Health Regulations and Their (Failed) Implementation.....367
- FIAMMETTA BORGIA – Remarks on the Lawfulness of Armed Drones Operations under International Law: Comparing Systems of Rules.....391

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

- VALENTINA ZAMBRANO – The Right to Enjoy Benefits of Scientific Progress: Problematic Aspects of a Right Still Looking to be Fulfilled.....415

EUROPEAN OBSERVATORY

- ANTONINO ALÌ – The Intersection of EU and its Member States' Security in Light of the Foreign Direct Investments Screening Regulation.....439
- ALESSANDRO PERFETTI – Supporting European Enterprises in the Time of COVID-19. The Temporary Framework for State Aid Measures.....455

NOTES AND COMMENTS

- PIERO PENNETTA – A Brief Note about the Treaty Establishing the Organization of African, Caribbean and Pacific States.....477
- FRANCESCA GRAZIANI – *Iura Novit Curia* and Legal Re-Qualification of the Alleged Facts: Some Reflections on the Jurisprudence of the International Court of Justice.....501

SURVEYS

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

WORLD BANK GROUP

The activities of the international organizations of the World Bank Group in 2018 and 2019, p. 513.

Domenico Pauciulo, Claudia Cardelli

ARTICOLI E SAGGI

MEMBER-ON-MEMBER SEXUAL AND GENDER-BASED CRIMES AS WAR CRIMES: TOWARDS THE AUTONOMY OF INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY FROM UNDERLYING VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW?

GIUSEPPE NESI – LUCA POLTRONIERI ROSSETTI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Member-on-member sexual and gender-based violence as a war crime in non-international armed conflicts and the relationship between international humanitarian law and international criminal law: Symmetry matters? – 3. Doing away with the status requirement: The «unprecedented» *Ntaganda* decisions of the International Criminal Court. – 4. Towards the autonomy of individual criminal responsibility from violations of international humanitarian law: The precarious balance between the principle of legality and expansionary criminal policy. – 5. International criminal prosecutions as last resort for victims' redress. – 6. The first national application of the *Ntaganda* principle on intra-party sexual and gender-based violence: The Colombian Constitutional Court's *Helena* Case. – 7. Concluding remarks.

1. The commission of acts of violence directed against the physical and psychological integrity of persons in the sexual sphere is unfortunately a widespread occurrence in the context of armed conflicts¹. Attempts to tackle this phenomenon, whose historical dimension has triggered vast inquiries in various branches of social

* This work is the product of the joint efforts of the co-authors. In any event, attribution of the different parts of the essay is as follows. Giuseppe Nesi: Sections 1, 5, 7; Luca Poltronieri Rossetti: Sections 2, 3, 4, 6. An earlier draft of this paper was presented at the Conference «International Law and Justice for the Victims of Gross Human Rights Violation of Sexual and Gender-based Violence», held in Johannesburg on 27-29 November 2019.

¹ Empirical data on this phenomenon are difficult to collect, systematize and interpret due to methodological, institutional and ethical constraints. Nevertheless, attempts to bring about credible estimates on its quantitative dimension have been made in recent years, both at the academic and institutional level. See, e.g., the *Sexual Violence in Armed Conflict Dataset*, jointly elaborated by Harvard Kennedy School and Peace Research Institute Oslo: www.sexualviolencedata.org. See also the work carried out by the Special Representative of the UN Secretary-General on Sexual Violence in Conflict, and particularly the annual reports submitted to the United Nations Security Council pursuant to Resolutions 2106 (2013), 1820 (2008), 1888 (2009), 1960 (2010).

sciences², can be traced back to the most notable instruments of modern international humanitarian law (IHL)³. Traditionally, both primary rules of IHL and the secondary rules attaching individual criminal responsibility to certain particularly egregious conducts have focused on acts committed by members of an armed force or group against members of enemy forces or those enjoying the status of protected person, such as civilians, prisoners of war, or the sick, wounded and shipwrecked (*hors de combat*). Nevertheless, acts of sexual violence undoubtedly take place also in the context of intra-party relations (i.e. among members of the same armed force or group), a set of human interactions which is not generally the focus of international humanitarian law⁴. These conducts remain largely underreported and mostly go unpunished, due to – *inter alia* – the social pressure not to report them (reinforced by hierarchical military bonds) and the lack of effective mechanisms of accountability at the domestic level, especially within military structures. For these

² See, e.g., M. MORRIS, *By Force of Arms: Rape, War, and Military Culture*, in *Duke Law Journal*, 1996, 651-781; K.D. ASKIN, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, The Hague-London-Boston, 1997; I. SKJELSBÆK, *Sexual Violence and War: Mapping out a Complex Relationship*, in *European Journal of International Relations*, 2001, 211-237; B. DIKEN, C. BAGGE LAUSTSEN, *Becoming Abject: Rape as a Weapon of War*, in *Body & Society*, 2005, 111-128; J. BOURKE, *Rape: Sex, Violence, History*, Berkley, 2007; J. LEATHERMAN, *Sexual Violence and Armed Conflict*, Cambridge, 2011.

³ Article 44 of the Lieber Code prohibited – *inter alia* – rape against the inhabitants of an invaded country, under the penalty of death. Article 46 of the Hague Regulations does not make explicit reference to sex-related crimes, but establishes that: «[f]amily honour and rights (...) must be respected». Explicit reference to sexual violence can be found in Article 27 of Geneva Convention IV, establishing that: «Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault». This prohibition was later reinforced, without reference to the patriarchal concept of honour, pursuant to Article 76(1) of Additional Protocol I. Article 75(2)(b) of the Protocol lays down the general protection against «outrages upon personal dignity», which according to case law of the *ad hoc* tribunals covers sex-related crimes. As regards non-international armed conflicts, the relevant provisions are contained in Article 4(2)(e) and (f) of Additional Protocol II, which refer to rape and enslavement (which also encompasses sexual slavery).

⁴ For instance, according to A. CASSESE, P. GAETA (eds.), *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, 67: «crimes committed by combatants of one party to the conflict against members of their own armed forces do not constitute war crimes». This view was subscribed by the Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber, judgment of 2 March 2009, *The Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, SCSL-04-15-T, para. 1451-1453 (hereinafter «RUF Trial Judgment»). Nevertheless, IHL does impose certain obligations in intra-party relations. See, e.g., Article 12 of the Geneva Convention I (GC I); Article 13 of the Geneva Convention II (GC II); Article 10(1) of Additional Protocol I, all concerning the obligation to respect and protect the wounded, sick and shipwrecked irrespective of the party to which they belong.

reasons, while acts of sexual violence committed against members of enemy forces and protected persons have been the object of various international prosecutions for war crimes – although they have been vastly underrepresented compared to other crimes⁵ – virtually no practice existed until recently with regard to the prosecution of member-on-member acts of sexual violence as war crimes, both nationally and internationally⁶.

The present article aims to trace back the normative rationale – if any – behind this enforcement gap, by reflecting on the complex interrelation between IHL and international criminal law (ICL), with particular regard to the contentious case of non-international armed conflicts (NIAC). It assesses the potential systemic effects of recent international case law, which has extended criminal responsibility for war crimes to certain intra-party conducts by loosening (or severing) the ties between these two branches of international law. Moreover, it reflects on the consequences of this interpretive shift on the position of victims of international crimes, with particular regard to the enforcement of their right to truth, justice and reparation. Finally, it analyses the first instance of circulation of the newly established principle, by reference to a recent judgment of the Colombian Constitutional Court that has granted the status of victim of war crimes to a woman who suffered violations of her reproductive rights, perpetrated within the ranks of the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), of which she was a member.

⁵ On the reasons of this underrepresentation, see A. HAGAY-FREY, *Sex and Gender Crimes in the New International Law: Past, Present, Future*, Leiden, 2011, 100; S. BRAMMERTZ, M. JARVIS (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford, 2016, 34-40. It should be reminded that, in the era of the post-war international military tribunals, widespread episodes of sexual violence – such as the one involving the so-called «comfort women» in territories occupied by Japanese forces prior and during World War II – were largely left unpunished. On the evolution of international criminal law as regards crimes against women and sexual crimes in general, see L. POLI, *La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 396-416.

⁶ The lack of state practice and the existence of contrary international judicial practice in this field has been openly recognized by the International Criminal Court, Appeals Chamber, judgment of 15 June 2017, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, ICC-01/04-02/06-1962, paras. 60-63 (hereinafter «*Ntaganda* Appeal Jurisdictional Decision»). *Contra*, for a recent instance of state practice recognizing sexual and gender-based violence in intra-party relations as a war crime, see the decision of the Colombian Constitutional Court discussed in Section 6.

2. The present inquiry starts from the recognition that, according to the majority view, for an individual conduct to be qualified as a war crime it must in the first place be a violation of an underlying rule of IHL⁷. In other words, the law of war crimes is «parasitic on a violation of IHL»⁸ and a necessary symmetry exists between the violation of primary rules of IHL and the triggering of secondary rules attaching individual criminal responsibility to certain particularly egregious conducts. The «if and only if» relation that connects war crimes to the underlying law of armed conflicts bears significant consequences on the legal characterization of intra-party sexual and gender-based violence (SGBV), also in light of the differences that still exist – despite increasing convergence – between the law applicable in international armed conflicts (IAC) and NIAC⁹.

The issue is essentially whether or not in the case of intra-party relations the victim of the alleged SGBV comes under the protection of IHL and, more precisely, if such protection is made conditional on the possession of a specific personal status on the part of the victim.

⁷ In this sense, see A. CASSESE, P. GAETA, *op. cit.*, 4; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2014, 392; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, The Crimes and Sentencing*, vol. II, Oxford, 2014, 117-118; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 6th ed., Torino, 2017, 231. A careful reading of the statutes of international criminal tribunals suggests that states intended to establish a necessary correlation between the violation of primary rules of IHL and the secondary effect of individual criminal responsibility for particularly qualified violations. See Article 6(b) of the London Charter; Articles 3 and 4 of the ICTY and ICTR Statutes; Article 8 of the Rome Statute. That a conduct must violate a rule of IHL in order to qualify as a war crime was also stipulated by the ICTY in the seminal *Tadić* jurisdictional decision. See International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, decision of 2 October 1995, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, IT-94-1-AR72, para. 94.

⁸ R. CRYER, *War Crimes*, in B. SAUL, D. AKANDE (eds.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, 2020, 339.

⁹ The convergence of the law applicable in IAC and NIAC has been significant in the past two decades, concerning all major aspects covered by IHL. See, E. CRAWFORD, *Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts: The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts*, in *Australian International Law Journal*, 2008, 29-54. Nevertheless, differences still exist as clearly demonstrated, for instance, by the study on customary international humanitarian law of the International Committee of the Red Cross, which has identified 161 rules of customary international humanitarian law, of which twelve apply in IAC only, and two in NIAC only. On these persisting differences, see J.-M. HENCKAERTS, *History and Sources*, in B. SAUL, D. AKANDE (eds.), *op. cit.*, 18-20. With particular regard to war crimes in the context of the Rome Statute, it should be noted that the list of conducts constituting war crimes in NIAC is significantly shorter than the one relating to IAC (see Article 8(2)(a), (b) and (c), (e) of the Rome Statute). On the progressive development of the law of war crimes in internal armed conflicts, see N. RONZITTI, *op. cit.*, 374-378 and E. GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, 262 ss.

A careful review of the rules applicable in the two categories of armed conflict shows that the case of NIAC is more contentious than that of IAC when it comes to the legal characterization of intra-party sexual violence as a possible violation of international humanitarian law and – if all the other conditions stipulated by the pertinent secondary norms are established – as a war crime.

In the case of international armed conflicts, the pertinent rules do not make explicit reference to the formal possession of the status as a condition to trigger protection – *inter alia* – against sexual and gender-based violence¹⁰. If one looks at Article 75(1) of Additional Protocol I to the Geneva Conventions (AP I), the fundamental guarantees laid down in that norm are owed to all «persons who are in the power of a Party to the conflict», without further specification as regards their status or conduct¹¹. Under a teleological and purpose-oriented interpretation, it could be argued that this formulation («a Party») as opposed to, for instance, «the Enemy Party») is sufficiently flexible to cover both inter-party and intra-party relations. Since members of the same armed force or group can be said «in the power of a Party» – namely, *their own* Party, as they are completely subject to the hierarchical authority and disciplinary power of their own armed force or group – it could be argued that they are protected against the enumerated acts of violence even when perpetrated by their fellow soldiers. These acts could in turn amount to war crimes if the other conditions and elements stipulated under international criminal law are satisfied. Despite the lack of an explicit mention of intra-party relations in the text of Article 75(1), the 1987 Commentary on the Additional Protocols considers this a plausible interpretation of the provision, in light of the preparatory works, as well as of other textual and contextual factors¹².

¹⁰ Notwithstanding the absence of an explicit reference to rape and certain other forms of sexual violence in the list of prohibited acts, it is commonly understood that this kind of acts can be subsumed under the heading of «outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, enforced prostitution and any form of indecent assault», under para. 2(b) of Article 75 AP I.

¹¹ See Article 75(1) of AP I, which does not make reference to the civilian or *hors de combat* status of the victim of the prohibited acts listed in the Article.

¹² See International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, paras. 3020, 3021. In particular, in analyzing the contrary view, the commentators clarify that: «The point is that [according to this view] these Conventions are concerned with protecting the individual from arbitrary and oppressive enemy action and not with determining the relationship between the individual and his own government. This line of argument seems tenuous: it is not clear why the Protocol should not increase the category of protected persons

In the context of non-international armed conflicts, to the contrary, it cannot be easily concluded that conducts of sexual violence *within* an armed force or group *always* violate IHL¹³. The rules laying down the fundamental guarantees owed to individuals and the prohibited acts applicable in NIAC, in particular Common Article 3 and Article 4 of Additional Protocol II (AP II), appear to limit their scope of application to persons possessing the status of person not taking direct or active part in the hostilities (DPH/APH) or of *hors de combat*¹⁴. As a matter of fact, when someone can be considered a member of an armed group in the context of a NIAC and as long as he or she directly or actively participates in the hostilities, it is difficult to conclude that he or she enjoys protection against – *inter alia* – sex-related violence by fellow soldiers¹⁵ and, consequently, that those conducts can be qualified as war crimes if all the contextual and substantive elements of such offences are established.

Confining our argument to the more uncertain case of NIAC, the traditional view expounded above is supported by state practice and to some degree by international case law¹⁶, but has been contested on grounds of its excessive rigidity and formalism. Recent scholarly contributions¹⁷, as well as documents of the International Committee

as it does, for example, for certain combatants. Admittedly it would certainly have been very useful to mention explicitly that nationals are included, but no negative conclusions should be drawn from the absence of such mention».

¹³ To understand the difference between international armed conflicts and non-international armed conflicts in this regard, it is useful to compare Article 27 of the Geneva Convention IV and Article 75(2)(b) of AP I (applicable in IAC) and Common Article 3 and Article 4(2)(e) and (f) of AP II (applicable in NIAC). While in the first case the condition for enjoying protection against the enumerated prohibited acts is that of being «in the power of a Party», in the second case the condition is, more specifically, that of taking no active part (or not directly participating or having ceased to take part) in the hostilities.

¹⁴ See Common Article 3 and Article 4(1), 2(e) and (f) of AP II.

¹⁵ It should be noted that, contrary to Article 75(2)(b) of AP I, Article 4(2)(e) of AP II specifically mentions rape as an example of outrage upon personal dignity prohibited in NIAC.

¹⁶ See, *supra*, notes 4 and 6. Some instances of international case law from the post-war trials sharing this view are the decisions of the Dutch Special Court of Cassation, judgment of 5 July 1950, *In Re Pilz*, in *International Law Reports*, vol. 17, 1956, 391 ss. and of the Netherlands Temporary Court-Martial at Amboina, judgment of 28 January 1948, *Trial of Susuki Motosuke*, Case no 77, in *Law Reports of Trial of War Criminals*, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, vol. XIII, 1949, 126 ss. More recently, see *RUF Trial Judgment*.

¹⁷ See S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, 2012, 247-248; J.K. KLEFFNER, *Friend or Foe? On the Protective Reach of the Law of Armed Conflict*, in M. MATTHEE, B. TOEBES, M. BRAS (eds.), *Armed Conflict and International Law*:

of the Red Cross (ICRC)¹⁸, contend that the possession of the formal status of protected person on the part of the victim is not required under international humanitarian law to trigger protection and to characterize such acts as violations of IHL. Nevertheless, these views consider that a *conduct requirement* – based on the direct/active participation test – must still apply in order to determine whether a certain act (in this case a sex-related offence) might be considered in violation of IHL and potentially qualify as a war crime¹⁹. This line of reasoning simply shifts the focus from the personal status to the material conduct of the victim at the time of the alleged violence in order to establish the protective reach of the applicable rules of IHL, thus excluding that sex-related violence against *whoever* committed – including in intra-party relations – is *always* a violation of IHL and, when the other necessary conditions are met, a war crime.

The consequence of the foregoing is that the very same material act of sexual or gender-based violence receives a different legal characterization according to the context in which it takes place (i.e. in inter-party or intra-party relations) and, decisively, based on the status or conduct of the alleged victim. If the victim possesses the status of protected person (or in any event does not DPH/APH), the conduct violates IHL and might be qualified as a war crime; if the victim does not possess such status (or in any event does DPH/APH), the conduct does not violate IHL, and can merely qualify as a domestic crime. This notwithstanding the perfect identity of the legal values violated across the two situations, namely the dignity, psychophysical integrity and self-determination in the sexual sphere of the victim. Whether this disparity of treatment across analogous situations can still be deemed justified and is tenable under international human rights law – with which the interpretation of treaties such as the Rome Statute must always be consistent²⁰ – needs to be further scrutinized, in the light of recent decisions of the International Criminal Court.

In Search of the Human Face: Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald, The Hague, 2013, 285, 291.

¹⁸ See International Committee of the Red Cross, *Commentary to the First Geneva Convention of 1949*, 2nd ed., Cambridge, 2016, paras. 545-547.

¹⁹ See, e.g., J.K. KLEFFNER, *The Beneficiaries of the Rights Stemming from Common Article 3*, in A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, 2015, 435-436. According to this author the requirement to enjoy the protection under Common Article 3 is not one of personal status, but only that the person «abstains from actively participating in the hostilities».

²⁰ See Article 21(3) of the ICC Statute.

3. While the systematic interpretation of the relevant principles and rules of IHL points to the conclusion that a status requirement (or at a minimum a conduct requirement) is still necessary in order to trigger protection against sex-related violence in member-on-member relations and their characterization as war crimes at least in NIAC, it cannot be excluded that treaty law might dispose of such requirement for other purposes. For instance, the founding instrument of criminal justice mechanisms such as the International Criminal Court could in principle do away with such requirement or break the symmetry between primary rules of IHL and secondary rules of ICL, as far as a determination on individual criminal responsibility for war crimes is concerned.

Whether or not the Rome Statute actually imports a status requirement from IHL and makes it an element of the sex-related war crimes pursuant to Article 8(2)(b)(xxii) and 8(2)(e)(vi), was the issue at stake in a series of jurisdictional decisions in the *Ntaganda* case²¹. The necessity to confront this interpretive issue stems, in particular, from the wording of Article 8(2)(b) and (e) of the Statute, which refers to the acts prohibited in IAC and NIAC «within the established framework of international law»²². This requires judges to interpret the provisions on «other serious violations of law and customs of war» by properly coordinating IHL and ICL, and to verify that the acts under consideration are firmly established as prohibited under customary international law²³.

In the *Ntaganda* case, the Prosecutor charged the accused *inter alia* with rape and sexual slavery as war crimes, which had allegedly been committed against child soldiers recruited in the *Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*

²¹ For a summary of the procedural history and charges against Bosco Ntaganda, see the information sheet available at <https://www.icc-cpi.int>.

²² According to K. DÖRMANN, *Article 8, War Crimes*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed., Monaco-Oxford-Baden-Baden, 2016: «This phrase may have been added to underline that the offenses under Article 8 para 2 (b) must be interpreted in line with ‘established’ IHL, possibly to exclude an all too progressive interpretation of, for instance, offenses derived from Add. Prot. I». This interpretation should apply *mutatis mutandis* also to NIAC and seems to be confirmed by the Elements of Crimes, which establish that «The elements for war crimes under Article 8, paragraph 2, of the Statute shall be interpreted *within the established framework of the international law of armed conflict* including, as appropriate, the international law of armed conflict applicable to armed conflict at sea» (emphasis added).

²³ In this sense, A. CASSESE, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford, 2008, 94-95.

by older fellow soldiers²⁴. Bosco Ntaganda's defence submitted various jurisdictional challenges, reasoning – in line with the traditional view expounded above – that sexual violence in intra-party relations, not being a violation of IHL, could not amount to a war crime under the Statute, and that any extension in the application of Article 8 to that end would be contrary to the principle of legality as laid down in Article 22 of the Statute²⁵. Three different chambers rejected these challenges and confirmed the existence of the Court's jurisdiction on the war crimes charges, although based on different reasonings²⁶. In July 2019, Trial Chamber VI entered a conviction for most of the crimes charged in *Ntaganda*, which is to date the only standing successful prosecution for sexual and gender-based crimes in the history of the ICC²⁷. The Trial Chamber did not rule again on the

²⁴ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, document of 10 January 2014, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Document containing the Charges, ICC-01/04-02/06-203-AnxA, paras. 100-108. See, in particular, Count 6 (rape as war crime) and Count 9 (sexual slavery as war crime).

²⁵ See Article 22 of the ICC Statute and, for the defence's submissions, International Criminal Court, Defence for Bosco Ntaganda, document of 14 February 2014, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Transcript of Hearing, ICC-01/04-02/06-T-10-Red-ENG, 27, lines 15-25; International Criminal Court, Defence for Bosco Ntaganda, document of 1 September 2015, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Document containing the charges, ICC-01/04-02/06-804, paras. 44-46; International Criminal Court, Defence for Bosco Ntaganda, document of 19 October 2015, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Appeal on behalf of Mr Ntaganda against Trial Chamber VI's 'Decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9', ICC-01/04-02/06-892, ICC-01/04-02/06-909 (OA 2); International Criminal Court, Defence for Bosco Ntaganda, document of 7 April 2016, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Consolidated submissions challenging jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Updated Document containing the charges, ICC-01/04-02/06-1256.

²⁶ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, decision of 9 June 2014, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-309 (hereinafter «*Ntaganda* Confirmation of Charges Decision»); International Criminal Court, Trial Chamber VI, decision of 4 January 2017, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, ICC-01/04-02/06-1707 (hereinafter «*Ntaganda* Second Decision on Jurisdiction»); *Ntaganda* Appeal Jurisdictional Decision.

²⁷ International Criminal Court, Trial Chamber VI, judgment of 8 July 2019, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment, ICC-01/04-02/06-2359. It should be reminded that in 2016 Trial Chamber III of the ICC convicted Jean-Pierre Bemba Gombo on counts of rape as crime against humanity and war crime under Article 28 of the Statute (command responsibility). Nevertheless, the accused was later acquitted on all counts by the Appeals Chamber. See International Criminal Court, Trial Chamber III, judgment of 21 March 2016, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343; International Criminal Court, Appeals Chamber, judgment of 8 June 2018, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeal of Mr Jean-

jurisdictional issue, which had become *res judicata* with the appellate decision on jurisdiction.

While an in-depth critical analysis of these jurisdictional decisions has been carried out elsewhere²⁸, it is necessary to briefly recap the reasoning of the chambers in order to fully appreciate the potentially ground-breaking effects of this case law, especially when compared to the traditional and more conservative position. First and foremost, a distinction must be made between the reasoning strategy followed by the Pre-Trial Chamber (PTC) and the one followed by the Trial and Appeals Chamber (TC and AC respectively).

The Pre-Trial Chamber, in the confirmation of charges decision, affirmed its jurisdiction on the intra-party conducts of sexual violence in NIAC making a commendable effort to preserve the normative symmetry between primary and secondary rules, while ensuring accountability for sexual violence perpetrated against especially vulnerable persons (the victims were child soldiers). In the first place, PTC II reasoned that membership to an armed group and direct/active participation in the hostilities are not synonymous, and that the mere fact that a person is a member of an armed force or group does not necessarily imply that he or she is *at all times* taking DPH/APH²⁹. Preliminary judges further clarified that in order to establish whether the victims of alleged intra-party sexual violence came under the protection of IHL and were victims of war crimes, it is necessary to focus on their concrete situation at the specific moment in time in

Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red. Various instances of sexual and gender-based crimes were also charged in the case against Dominic Ongwen, whose decision is now pending before Trial Chamber IX.

²⁸ See, e.g., T. RODENHÄUSER, *Squaring the circle?: Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their 'Own Forces'*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, 171-193; O. SVACĀEK, *Brothers and Sisters in Arms as Victims of War Crimes: Ntaganda Case Before The ICC*, in *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, 2017, 346-357; K.J. HELLER, *ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL*, in *Opinio Juris*, 2017, opiniojuris.org; L. PROSPERI, *La Camera d'appello riconosce la competenza della Corte penale internazionale sui crimini di guerra di stupro e schiavitù sessuale commessi contro i bambini soldato appartenenti allo stesso gruppo armato dell'accusato*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, 399-404; L. POLTRONIERI ROSSETTI, *Intra-party sexual crimes against child soldiers as war crimes in Ntaganda: 'Tadić Moment' or unwarranted exercise of judicial activism?*, in *Questions of International Law*, 2019, 49-68; M. LONGOBARDO, *The Criminalisation of Intra-party Offences in Light of Some Recent ICC Decisions on Children in Armed Conflict*, in *International Criminal Law Review*, 2019, 600-634.

²⁹ *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, para. 78.

which they were subjected to sexual violence³⁰. The coercive character of the crime of rape and the exercise of a right of ownership implicit in the crime of sexual slavery excluded that, *at the relevant time*, the alleged victims could be taking DPH/APH³¹. In other words, their situation was akin to that of persons *hors de combat*, thereby triggering first the protection of IHL and, secondly, individual criminal responsibility for the alleged acts of sexual violence as war crimes³².

This position successfully overcomes the obstacles to the characterization of member-on-member SGBV as war crime through a functional interpretation of the category of *hors de combat*, but is not without shortcomings. The reasoning certainly works for the crime of rape, which can take place in a confined lapse of time and even through a sporadic contact between victim and perpetrator (although it can be reiterated multiple times). In this case, holding that the victim was *hors de combat* and was not taking DPH/APH at the relevant time in which rape took place is relatively unproblematic. The same is not necessarily true, for instance, for the crime of sexual slavery, which has a continuing character and presupposes a longer-term relationship between the victim and perpetrator³³. During such period, it cannot be excluded that the victim might also had taken DPH/APH (for instance during the day, while being abused at nighttime). This «intermittent» behavior makes it difficult to isolate the relevant moment in time in which to assess whether the victim can qualify as *hors de combat* for the purposes of enjoying the protection of IHL.

The trial and appellate judges followed a different – and somewhat more radical – approach. More specifically, the Trial Chamber affirmed that Article 8 of the Statute does not incorporate a status requirement as a prerequisite to the characterization of the listed conducts as war crimes. As a consequence, conducts such as rape or sexual slavery could be qualified as war crimes even when committed against those not enjoying the status of protected persons in the sense of the grave breaches regime (for IAC) or serious violations of

³⁰ *Ibidem*, para. 79.

³¹ *Ibidem*. On the constitutive elements of the two offences, see ICC Elements of Crimes, Article 8(2)(b)(xxii)-1, element 2 and Article 8(2)(e)(vi)-1, element 2 (for rape); Article 8(2)(b)(xxii)-2, element 1 and Article 8(2)(e)(vi)-2, element 1 (for sexual slavery).

³² *Ntaganda* Confirmation of Charges Decision, para. 80.

³³ On the continuing character of this crime, see K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, The Crimes and Sentencing*, cit., 99. On the potential flaws of the PTC's reasoning as regards the crime of sexual slavery, see M. LONGOBARDO, *op. cit.*, 621-623.

Common Article 3 (for NIAC). The Chamber considered that the «established framework of international law» allowed this conclusion as a result of a teleological interpretation of the Geneva Conventions and Additional Protocols, also in light of the case law of *ad hoc* tribunals³⁴. Trial judges tried to reinforce this conclusion by reference to other arguments and sources such as the Martens Clause³⁵; the protective «rationale of IHL»³⁶; the updated ICRC Commentary³⁷; the *jus cogens* nature of the prohibition of torture and slavery³⁸; and the *ex injuria non oritur jus* principle³⁹. This plethora of cumulative arguments, some of which are not entirely persuasive, probably shows

³⁴ *Ntaganda* Second Decision on Jurisdiction, para. 46.

³⁵ *Ibidem*, para. 47. Reference to the Martens Clause, which requires that people be treated according to the «laws of humanity and the dictates of public conscience» in situations not covered by specific IHL conventional or customary rules, is evidence of the fact that the text of the Geneva Conventions and Additional Protocols is not *per se* sufficient ground for the TC's conclusion on intra-party war crimes, since these instruments do not deal with member-on-member conducts of sexual violence, nor does customary international law.

³⁶ *Ibidem*, para. 48. The Trial Chamber opined that the rationale of IHL, namely that of limiting and humanizing war in order to reduce unnecessary suffering, excludes that «Raping and sexually enslaving children under the age of 15 years, or indeed any persons would never bring any accepted military advantage, nor can there ever be a necessity to engage in such conduct». While this is certainly true, it does not imply by necessity that such acts of violence are prohibited by IHL in intra-party relations and, more importantly, that only based on this «protective rationale» they can constitute war crimes.

³⁷ *Ibidem*, para. 50. It should be observed that the 2016 version of the Commentary quoted by the TC cites in turn the PTC's decision on the confirmation of charges of 2014, which is based on a different rationale, and tries to preserve the symmetry between primary and secondary norms. See, *infra*, note 54.

³⁸ *Ibidem*, paras. 51-52. The argument holds that because torture and slavery (which encompasses sexual slavery) are prohibited by norms of *jus cogens* – and since rape and other forms of sexual violence can certainly amount to torture or slavery – no derogation is permitted in their respect. The problem with this argument is that it merely applies to the solution of an antinomy between peremptory norms and incompatible treaty provisions. According to Articles 53 and 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the consequence of such antinomies is that of making void treaties concluded after the formation of the *jus cogens* norm or concluded before the formation of such norm, if they contain provisions that are incompatible with the peremptory norm. Nevertheless, to hold that torture and slavery are always prohibited does not necessarily entail that intra-party conducts that satisfy these definitions invariably violate IHL and constitute war crimes.

³⁹ *Ibidem*, para. 53. The Trial Chamber held that *Ntaganda's* defence could not be permitted to rely on a previous wrongful conduct of the accused (conscripting, enlisting or using children under the age of fifteen to participate in the hostilities) in order to exclude liability for another (rape and sexual slavery against some of the children), based on the fact that child soldiers, as persons taking DPH/APH, would be excluded from the protection afforded under IHL. While the application of this general principle seems reasonable in substantive terms, taken alone it does not provide sufficient rebuttal to the fact that IHL still seems to require the possession of the status (or that the person does not take DPH/APH) in order to trigger protection and, eventually, generate individual criminal responsibility for war crimes.

that trial judges were aware of the novelty of their conclusions, and tried to offer the widest range of possible justifications to back them up.

The AC upheld the reasoning of the TC, but went even further in affirming the possibility to punish member-on-member sexual violence under all circumstances, provided that the other contextual elements of war crimes are present, and in particular the required nexus with the armed conflict⁴⁰. The appellate judges concluded that IHL does not generally exclude protection for victims of crimes in intra-party relations⁴¹. Concerning rape and sexual slavery, judges reasoned that there are no persuasive reasons to adopt a different legal characterization of the same conduct based on the possession of a certain status on the part of the victim, since sexual violence is never justified or necessitated during an armed conflict⁴². The AC took notice of the fact that such a finding is «unprecedented», given the admitted absence of state practice and the contrary position of previous international case law. Nevertheless, it reached the conclusion that the resulting extension of individual responsibility for war crimes does not violate the principle of legality and is in line with the established framework of international law⁴³.

4. While it is still early to assess the prospective impact of the decisions analyzed above on future case law, particularly considering that they concern the specific case of member-on-member sexual and gender-based violence against child soldiers⁴⁴, this case law makes it necessary to reflect on the current status of the normative relations between IHL and ICL.

Discontent for the lack of effectiveness of IHL, especially with regard to the prevention of SGBV in armed conflict and the lack of adequate prosecution at the national level, seems to invite expansive or openly creative interpretations on the part of international criminal courts and tribunals, in order to cope with the increasing demand of accountability for these crimes. One possible answer to such demands

⁴⁰ *Ntaganda* Appeal Jurisdictional Decision, paras. 64-66, 68.

⁴¹ *Ibidem*, paras. 60-63.

⁴² *Ibidem*, paras. 64-66.

⁴³ *Ibidem*, para. 67.

⁴⁴ One could ask whether the conclusions of the AC apply only to the specific case of intra-party SGBV against child soldiers, or to any other intra-party conduct not expressly prohibited under IHL but still warranting criminalization based on considerations of equality of treatment, proportionality or reasonableness.

is to make the law of international criminal responsibility for war crimes – at least under the Rome Statute – progressively more independent from the underlying primary rules of IHL directed to states and armed groups. The purported autonomy of the criminal policy objectives enshrined in the Statute⁴⁵ would allow to loosen (or even sever) the normative ties between IHL and ICL, whenever the necessity to fill a *lacuna* or to ensure equality of treatment of similar cases so requires. If the same protected «legal good» (*Rechtsgut, bien juridique protégé, bene giuridico tutelato*)⁴⁶ – such as dignity and psychophysical integrity in the sexual sphere – is violated by the same material conduct across two cases, why should these be treated differently only based on formalistic requirements such as the possession of a certain status on the part of the victim or the context in which the victim-perpetrator relation takes place (inter-party or in intra-party)? Doesn't the expressive function of (international) criminal law require identical treatment of analogous situations⁴⁷? In the end, isn't the harm caused to victims of sexual violence the same irrespective of these parameters?

While in terms of substantive justice an affirmative answer to these questions would certainly increase the appeal of the international criminal justice project – especially in the eyes of victims – and converge towards the victim-centered approach recently adopted by human rights courts⁴⁸, it cannot be denied that the legitimacy of

⁴⁵ These objectives are declared in the Preamble of the Rome Statute. See, in particular, the fifth recital of the Preamble, where states proclaim their determination to «put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes» (emphasis added).

⁴⁶ On this fundamental concept, a cornerstone of the modern liberal paradigm of criminal law, see K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Foundations and General Part*, vol. I, Oxford, 2013, 62-67.

⁴⁷ On the expressive function of international criminal law, see M.M. DEGUZMAN, *Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court*, in *Michigan Journal of International Law*, 2012, 265-320 and, more generally with regard to symbolic function of criminal law, W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTKE, B. HAFFKE, H.-J. RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, 1001-1020.

⁴⁸ On victim-centrism in the application of regional instruments for the protection of human rights, with particular regard to the issue of reparations and the creative case law of the Inter-American Court for Human Rights, see T.M. ANTKOWIAK, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, in *Stanford Journal of International Law*, 2011, 279-332. On the same topic, but with specific attention to the role of victims in international criminal trials, see D. ROBINSON, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2008, 925, 929-931.

international criminal trials also lies in their capacity to deliver justice in full compliance with the requirements of fair trial and the corollaries of the principle of legality, which are part and parcel of human rights law⁴⁹.

Furthermore, the jurisdictional decisions adopted in *Ntaganda* are not immune from criticism from the point of view of predictability and respect of the principle of legality. They practically result in the judge-made extension of the scope of application of war crimes under Article 8 of the Statute to member-on-member relations even in cases where the victim cannot be safely and at all times considered under the protection of IHL. By holding that neither the Statute nor the «established framework of international law» stipulate the status requirement as an element of the war crimes under consideration, judges have in practice created a new substantive rule of international criminal law that could not be safely considered in force at the time of the conduct. Moreover, this position has the effect of simplifying the burden of the proof for the prosecution (which is no more required to prove the existence of the status), possibly resulting in a violation of *nullum crimen sine lege* «by subtraction» of an element of the crimes of rape and sexual violence⁵⁰. The recognition of the «unprecedented» character of the AC's finding on jurisdiction cannot be easily reconciled with the non-retroactivity element (*lex praevia*) of the principle of legality, which imposes at the very least the concrete and reasonable foreseeability of the unlawfulness of the conduct⁵¹. Obviously, this is not to say that the accused could not reasonably perceive – at the time of the conduct – the unlawfulness of rape and sexual slavery perpetrated within the ranks of his own armed group, at

⁴⁹ See Article 21(3) of the Statute for reference to judges' obligation to interpret the Statute in accordance with internationally recognized human rights. Fair trial rights are part of the *corpus* of internationally recognized human rights. See Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights; Article 6 of the European Convention on Human Rights; Article 8 of the American Convention on Human Rights; Article 7 of the African Charter on Human and People's Rights. This was openly recognized by the ICC, since its earliest case law. See, for instance, International Criminal Court, Appeals Chamber, judgment of 13 July 2006, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04-168, paras. 11, 38.

⁵⁰ In this sense, see L. POLTRONIERI ROSSETTI, *op. cit.*, 60-61.

⁵¹ See Article 22(1) of the ICC Statute. On this component of the principle of legality, see K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Foundations and General Part*, cit., 90-91. More generally on the principle of legality in ICL, see S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (eds.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, 2005, 277-284.

least for the purposes of domestic criminal law; but such awareness does not automatically imply that these conducts *also* constitute war crimes merely on grounds of their (undisputed) gravity, in the absence of a sufficiently clear, specific and pre-existing incriminating norm of international criminal law. To conclude on the issue of legality, it is telling that the AC insisted on the necessity to make «a rigorous application of the nexus requirement» in order to avoid an «undue expansion» of the law of war crimes to the detriment of the accused⁵², as if the extension of punishable conducts and the loss of foreseeability produced by obliterating the status requirement could be remedied by a particularly rigorous ascertainment of the nexus between the individual conduct and the armed conflict.

The attempt to make individual criminal responsibility increasingly autonomous from a violation of underlying primary rules of IHL in the *Ntaganda* decisions also reveals a functional and policy-oriented approach to the applicable sources of law, with particular regard to the relations between the Statute and the «established framework of international law». In doing away with the status requirement, judges overlooked the complete lack of state practice supporting their conclusion, and hastily dismissed as irrelevant or incorrect the contrary position of other international tribunals⁵³. Moreover, their reliance on the 2016 ICRC Commentary as authoritative evidence of the irrelevance of status is far from persuasive, considering that the more recent position adopted by the Committee cites in support a single instance of international practice, namely the jurisdictional decision of the PTC in the very *Ntaganda* case (a decision that is based on a different rationale compared to those of the TC and AC)⁵⁴. The same holds true for the Court's reliance on the «rationale of international humanitarian law» or the Martens Clause, used as potential sources of the criminalization of intra-party sexual violence⁵⁵.

⁵² *Ntaganda* Appeal Jurisdictional Decision, para. 68.

⁵³ *Ibidem*, paras. 60-63. The AC does not convincingly explain why the post-war cases and the precedent of the SCSL that had refused to characterize intra-party party crimes as war crimes were not considered relevant or pertinent to the jurisdictional issues raised in *Ntaganda*.

⁵⁴ This shows the evident circularity of the reasoning, whereby the Court is in essence citing itself via the ICRC Commentary, in the attempt to self-ground the «unprecedented» conclusion on the characterization of intra-party conducts as war crimes.

⁵⁵ *Ntaganda* Appeal Jurisdictional Decision, paras. 61, 63. The Trial Chamber resorted – *inter alia* – to such arguments to justify its conclusions on jurisdiction. See *Ntaganda* Second Decision on Jurisdiction, paras. 47, 48, 50. With regard to the limited norm-creating capacity

Another issue with the *Ntaganda* case law concerns the scope of application of the principle on intra-party war crimes. Although there are hints in the Court's decisions that this principle could apply to other conducts not specifically prohibited under IHL and irrespective of the age of the victims (i.e. also in respect of adults), it is not entirely clear if this will be the case in future decisions⁵⁶. While some states might be inclined to accept the extension of the Court's jurisdiction over intra-party sexual violence against particularly vulnerable subjects (such as children), this is not necessarily the case for other conducts or when victims are not afforded the special consideration and protection owed to children.

It remains to be seen whether the ICC's exercise of judicial activism in *Ntaganda* will be further developed by future chambers and, most importantly, meet with acquiescence on the part of states and – as far as NIAC are concerned – armed groups. As the experience of the *ad hoc* tribunals has clearly shown, jurisprudential creativity and innovation can only succeed if a number of contextual conditions (institutional, political, etc.) are present and if, ultimately, they comport with – or are tolerated by – the «prevailing forces of the international community» in a given historical moment⁵⁷. In this connection, it is difficult to deny that the current international political and institutional landscape is significantly different from the one that has accompanied the progressive development of international criminal law in the '90s and early 2000s, making it harder for international courts – especially when faced with serious legitimacy challenges⁵⁸ – to successfully bring about the kind of «seismic shifts»

of the Martens Clause, see A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, 2000, 187, 208. On the moral foundations of the Martens Clause, see P. BENVENUTI, *La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, 171 ss. On the practical relevance of the Martens Clause in areas such as the regulation of the means of warfare, see N. RONZITTI, *op. cit.*, 161.

⁵⁶ *Ntaganda* Appeal Jurisdictional Decision, para. 69. Holding that the status requirement «does not exist» and declaring moot certain defence arguments relating to the specific position of child soldiers seems to suggest that the principle on intra-party war crimes might apply generally, beyond the case of sexual violence against particularly vulnerable subjects.

⁵⁷ The expression, our translation from the Italian «forze prevalenti della Comunità internazionale», can be found in R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5th ed., Napoli, 1968, 119.

⁵⁸ The Court has been at the center of severe critiques on issues such as the evenhandedness of the prosecutorial policy; situation and case selection and charging practices; the approach to investigation and the gathering and tendering of evidence; judicial ethics; efficiency and the lack of a gender-sensitive approach in deploying its mandate.

enacted by the *ad hoc* tribunals⁵⁹. Nevertheless, there might be situations – as it will be seen in Section 6 of this essay – in which domestic courts could be inclined to take a proactive stance and apply the *Ntaganda* doctrine when confronted with sexual and gender-based crimes committed in the context of a non-international armed conflict.

5. An assessment of the reasonableness of creative decisions such as those adopted in *Ntaganda* would be incomplete without a closer consideration of their implications on the rights and interests of victims. The ongoing recalibration of some of the fundamental structures – both substantive and procedural – of international criminal law in order to accommodate the victims' rights to truth, justice and reparation is one of the most challenging aspects of its current practice⁶⁰. It is self-evident that decisions broadening the scope of individual criminal responsibility and affirming jurisdiction on conducts previously relegated to domestic criminal justice produces a corresponding expansion of internationally enforceable victimhood. For instance, victims of alleged SGBV committed in intra-party relations, who might have remained in the shadow due to the ineffectiveness of national criminal justice avenues, get the chance to have their story heard, their sorrows publicly recognized and the harm suffered possibly redressed through the solemn liturgy of international criminal trials and reparation proceedings.

The Rome Statute provides an unprecedented range of participatory rights for the victims of crimes falling under the Court's jurisdiction, as well as the right to claim judicial reparation⁶¹. The case law of the Court has already shed light on the inherent objective and subjective limitations of both sets of rights, showing that their effective enforcement through the complex and fragile machinery of

⁵⁹ R. O'KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, 126 uses this expression to describe the revolutionary effects of the *Tadić* jurisdictional decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

⁶⁰ See N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, 111, 146-148 and D. ROBINSON, *op. cit.*, 929-931. On the progressive emergence of the rights of victims in international criminal law and human rights law, see C. MCCARTHY *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge, 2012, 36.

⁶¹ See Articles 68 and 75 of the ICC Statute. Literature on the reparation system of the ICC has flourished in recent years. For a general introduction to the innovative features of this system in the context of international criminal jurisdictions, see, e.g., the monographs by C. MCCARTHY, *op. cit.*, and L. MOFFET, *Justice for Victims before the International Criminal Court*, New York, 2014.

international criminal trials is anything but simple⁶². In any event, it should be borne in mind that the rights entrusted to victims by the Rome Statute, and in particular the right to reparation, are without «[prejudice] to rights of victims under national or international law»⁶³.

The problem arises when victims of certain criminal conducts (such as SGBV in armed conflict and in intra-party relations in particular) do not have any other viable access to redress either under national law, for the lack of appropriate legislation or of its enforcement, or under international law, for the lack of access to international human rights courts or due to the politically influenced character of traditional – and indirect – forms of redress such as diplomatic protection. In these cases, it could be asked whether the Rome Statute’s jurisdictional regime – while maintaining its primary focus on criminal proceedings – might somehow compensate for the practical unavailability of other forms of redress. The extent to which the Court is allowed to interpret the substantive provisions of the Statute – including those of the «general part» concerning the fundamental guarantees for the accused⁶⁴ – with a view to maximize the opportunities for victims’ redress is open to question. The expansionary

⁶² The growing body of case law based on Article 75 of the Statute and Rule 85 of the Rules of Procedure and Evidence has clearly exposed the limits of the system. With particular emphasis on the subjective and objective limitations of the scope of reparations, see International Criminal Court, Appeals Chamber, judgment of 3 March 2015, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, ICC-01/04-01/06-3129, paras. 8, 184-186, 196-199. The inherent connection between the scope of the charges and conviction on the one hand, and, on the other, the entitlement to obtain reparations, was reaffirmed in International Criminal Court, Trial Chamber II, order of 17 August 2017, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3728-tENG, paras. 147, 152.

⁶³ See Article 75(6) of the ICC Statute. The independence and concurrence of the two regimes of individual criminal responsibility and state responsibility for internationally wrongful acts – including with regard to reparations – is clear from international case law. See, e.g., International Court of Justice, judgment of 26 February 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, paras. 182, 403; International Court of Justice, judgment of 3 February 2015, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, para. 129; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Trial Chamber, judgement of 10 December 1998, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement, IT-95-17/1-T, para. 142. This is perfectly in line with Article 25(4) of the ICC Statute and Article 58 of the International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001.

⁶⁴ On the concept of «general part» for the purposes of the ICL discourse, see K. AMBOS, *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 660.

tendency of international criminal law, which has been historically linked to the perceived underdevelopment of this branch of international law, might well push in this direction, notwithstanding the attempts to curb judicial creativity⁶⁵. In the context of a (supposedly) liberal paradigm of criminal justice it is nevertheless at least questionable that an individual, whatever the gravity of his or her conduct or the breadth of the harm caused, could become a mere instrument through which the competing rights of victims – as well as the function of general prevention – should be realized. This is particularly true when the expansion of individual criminal responsibility is based more on a quasi-analogical or analogical reasoning than on a – permissible – extensive interpretation of the pertinent criminal provisions⁶⁶.

When it comes to the concrete results of these delicate balancing exercises, the quest for the legitimacy of international criminal justice requires a strong deontological commitment on the part of prosecutors and judges to openly and transparently discuss the criminal policy options underpinning their conclusions. With particular regard to the ICC, a good faith effort on the part of both the Prosecutor in justifying discretionary choices and of the judges in providing adequate reasons for their decisions is crucial to the «discursive legitimacy» of the work of the Court⁶⁷.

⁶⁵ For instance, the rules on the applicable sources under the Rome Statute, as well as the written guarantee of *nullum crimen/nulla poena sine lege* are examples of rules designed to restrict judicial discretion. On the expansionist attitude of international criminal law and the counterintuitive effect of judicial empowerment implicit in «codes of interpretation», see J. D'ASPREMONT, *The Two Cultures of International Criminal Law*, in K.J. HELLER, F. MÉGRET, S.M.H. NOUWEN, J.D. OHLIN, D. ROBINSON (eds.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, 2020, 405-407, 414-421.

⁶⁶ The extension of individual criminal responsibility by analogy is explicitly forbidden under the Rome Statute. See Article 22(2) of the ICC Statute, which also establishes the principle of strict construction of the definition of the crimes.

⁶⁷ The Statute itself imposes a duty to provide reasons for many decisions of both the prosecutor and judges. See, e.g., Articles 53(2), 58(2)(e), 61(4), 74(5) and 83(4) of the ICC Statute. On the connection between transparency in reasoning and the legitimacy of the Court, see A. FICHTELBERG, *Democratic Legitimacy and the International Criminal Court: A Liberal Defence*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 765-785; M. GLASIUS, *Do International Criminal Courts Require Democratic Legitimacy?*, in *European Journal of International Law*, 2012, 43-66. On the concept of discursive legitimacy, see M.J. STRUETT, *The Politics of Discursive Legitimacy: Understanding the Dynamics and Implications of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court*, in S.C. ROACH (ed.), *Governance, Order, and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*, Oxford, 2009, 113 who describes it as a «communicatively rational discourse about the rules of international criminal law and the fairness of their application in practice». Fundamental in this debate is also the contribution of M. DELMAS-MARTY, *Le droit*

6. Despite the serious doubts expressed by some commentators on the acceptance by states and armed groups of the principle established in the *Ntaganda* jurisdictional decisions⁶⁸, a recent domestic judgment provides the first unequivocal example of judicial circulation of the principle on intra-party war crimes. On 11 December 2019 the Colombian Constitutional Court (CCC) adopted a landmark decision in a *tutela* constitutional action initiated by the organization Women's Link Worldwide on behalf of a woman known under the pseudonym of Helena⁶⁹. The woman was forcibly recruited by the FARC and subjected to various forms of sexual and gender-based violence by fellow members of the armed group, in the context of the non-international armed conflict that has affected Colombia for decades. In this decision, which mainly concerned the constitutionality of the denial to the woman of victim status for access to re-integration programs under Law 1448 on Victims and Land Restitution⁷⁰, judges made reference to the ICC's *Ntaganda* decisions as evidence that intra-party conducts might amount to war crimes in NIAC.

Helena was abducted and forcibly recruited in the guerrilla by members of the FARC in 2003, when she was fourteen years old⁷¹. Upon her forcible recruitment, she was informed that all women in the FARC are prevented from becoming pregnant and she was compelled to get shots of an injectable contraceptive⁷². In 2007, the applicant found out she was pregnant and into the sixth month of gestation⁷³. Her commanders later informed her that a decision was made to terminate the pregnancy. The woman objected to the abortion. After having been threatened with violence and to face a martial court for her refusal, she was forcibly subjected to pharmacological and

pénal comme éthique de la mondialisation, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2004, 1-10 reflecting on the potential role of ICL in the construction of a set of globally shared values.

⁶⁸ See K.J. HELLER, *op. cit.*, criticizing the excess of activism of the Appeals Chamber and its conclusions on detaching the law of war crimes from IHL, which the author considers «not only legally indefensible, [but also at risk of] delegitimizing both the Court and the law of war crimes itself».

⁶⁹ Corte constitucional de Colombia, Sala de Revisión, judgment of 11 December 2019, SU599/19 (hereinafter «*Helena Decision*»).

⁷⁰ Law 1448 of 10 June 2011, introducing measures for the care, assistance and integral reparation for the benefit of victims of the internal armed conflict.

⁷¹ *Helena Decision*, para. 1.3.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, para. 1.4.

surgical treatment to terminate the pregnancy⁷⁴. Soon after the abortion she started to experience various health issues, directly related to the manner in which her pregnancy was brought to an end. In 2017 the applicant submitted a request to be granted the status of victim of the armed conflict, but her application was rejected. The decision was challenged in court through a *tutela* action⁷⁵, but was in substance affirmed by judges of first and second instance. The Sala de Revisión of the CCC was therefore called to carry out the judicial review of these decisions and to ascertain whether the applicant – a former member of an armed group – had a right to be recognized as victim of the armed conflict and whether her right to health, personal integrity and dignity of life were violated as a result of the intra-party conducts suffered during her affiliation with the FARC. The CCC quashed the impugned decisions and granted protection of the rights asserted by the applicant, also based on arguments of international humanitarian law.

The CCC took notice of the jurisdictional decisions of the ICC, which it considered «milestone[s] in the development of IHL and the law of war crimes»⁷⁶, acknowledging that they constituted the first international decisions concerning intra-party sexual crimes in NIAC. In the understanding of the CCC, the ICC had «extended the traditional concept of ‘protected person’» so as to cover also intra-party conducts. More importantly, Colombian judges derived from the case law of the ICC that the mere fact of being member of an armed group does not exclude the victims of intra-party sexual and gender-based violence from the protection of IHL, nor precludes the characterization of such acts as war crimes. Therefore, they concluded that denying the status of victim to Helena in the context of domestic reparation schemes would run contrary to international obligations incumbent on the Colombian state under IHL and international human rights law.

Although this decision does not concern individual criminal responsibility *per se*, it is clear that the CCC borrowed the principle established in the *Ntaganda* jurisdictional decisions and used it as an authoritative argument for purposes of constitutional adjudication.

⁷⁴ *Ibidem*, para. 1.5.

⁷⁵ For the legal basis of this kind of judicial remedy see Article 86 of the Colombian Constitution and, for the details of its procedural enforcement, Decree No. 2591 of 19 November 1991.

⁷⁶ *Helena* Decision, para. 2.11.

Moreover, Colombian judges extended its scope in two directions. First, they considered that the principle on intra-party war crimes does apply beyond the case of child soldiers and irrespective of the age of the victim, since Helena at the time of victimization was already older than fifteen years⁷⁷. Secondly – and most importantly in the perspective of gender justice – they established that the principle could be applied in the case of conducts other than rape or sexual slavery, so as to cover also serious violations of reproductive rights such as forced contraception and abortion.

The fact that the first case of circulation of the principle established by the ICC concerned the recognition of the status of victim of an internal armed conflict for the fulfilment of her right to truth, justice and reparations is further evidence of the strong connection between the extension of individual criminal responsibility for SGBV to intra-party conducts and the satisfaction of victims' rights under international human rights law.

7. In this contribution we have attempted to reassess the current status of the normative ties between IHL and ICL, with a view to understanding whether the traditional view holding the necessary correlation between primary rules (pertaining to the former) and secondary rules on individual criminal responsibility (pertaining to the latter) can stand the test of reasonableness with regard to the characterization of intra-party conducts of sexual and gender-based violence as war crimes in NIAC. The analysis of the current normative framework revealed that the requirement of status (or the somehow more lenient conduct-based test) in order to enjoy protection against SGBV in intra-party relations and allow their prosecution as war crimes in NIAC cannot be easily dismissed as a matter of conventional and customary international law.

Nevertheless, from a criminal policy point of view, the differential treatment of analogous conducts infringing upon legal goods of the highest significance, such psychophysical integrity in the sexual sphere and human dignity, can hardly be justified, revealing a potential gap of protection. Recent decisions of the International Criminal Court have tried to overcome this gap, affirming jurisdiction on intra-party SGBV as war crimes, thereby extending the reach of

⁷⁷ In particular, the forced abortion took place when the woman was around eighteen years of age. To the contrary, the forced contraception started soon after the victim's induction in the FARC.

individual criminal responsibility under Article 8 of the Statute. The reasoning of the chambers in the *Ntaganda* decisions (in particular that of the TC and AC) has attempted to solve the issue by dismissing the relevance under the Statute of the status requirement, with the effect of loosening the ties between primary and secondary rules. Individual criminal responsibility for war crimes was made independent from an underlying violation of IHL. This creative solution has been criticized both as to its compatibility with the principle of legality (for the resulting expansion of criminal responsibility *contra reum*) and for the interpretive approach and use of sources by the judges (in particular for the circularity of the reasoning and the insufficient attention to state and international judicial practice). In this connection, the «minimalistic» solution of the Pre-Trial Chamber, premised on the attempt to reconcile and coordinate IHL and ICL, while being problematic for the case of sexual slavery, might have been preferable. At the same time, there is certainly merit in the TC and AC's decision to tackle directly the issue of the configurability of war crimes in intra-party relations under the Rome Statute and international law more generally, in what certainly constitutes a bold attempt to challenge the traditional view and to bring about a progressive development of the law in this area.

The chances of success of this case law are largely dependent on the willingness of future chambers to follow the same expansive approach with regard to SGBV or other intra-party crimes, as well as on the acceptance on the part of states and armed groups of the new paradigm of progressive independence of the law of international criminal liability for war crimes from violations of underlying primary rules of IHL. In this connection, the recent decision of the Colombian Constitutional Court that has for the first time applied the *Ntaganda* principle – although in a case of constitutional review – shows that state practice in the form of judicial decisions might contribute to the consolidation of the principle. This is particularly true when the protection of the rights of victims of gross human rights violations (or of international crimes) at the national level might benefit from the reliance on arguments of international humanitarian law. In the case of NIAC, the circumstances of the conflict might even incentivize the state to accept the principle as a form of pressure against non-state armed groups, threatening the exercise of criminal jurisdiction for war crimes committed in intra-party conducts within their ranks.

Ultimately, the attempt to foster the criminal policy objectives underpinning the Rome Statute – such as the fight against impunity and the guarantee of the right to truth, justice and reparations for the victims, especially those particularly vulnerable such as children – is certainly a goal worth pursuing, but it should not go as far as to defeat the fundamental principles of criminal law and fair trial rights. Most importantly, it needs to be based on open, transparent and persuasive judicial reasoning, in order to safeguard the legitimacy of the ICC and of the international criminal justice project as a whole.

ABSTRACT

*Member-on-Member Sexual and Gender-Based Crimes as War Crimes:
Towards the Autonomy of Individual Criminal Responsibility from
Underlying Violations of International Humanitarian Law?*

This essay analyzes the issue of member-on-member sexual and gender-based crimes in non-international armed conflicts, in the broader context of the interactions between international humanitarian law (IHL) and international criminal law. The essay starts by presenting the traditional position according to which, in order to establish the commission of a war crime, the relevant conduct must also be in violation of an underlying rule of IHL. Recent international case law has called into question this approach, affirming the jurisdiction for war crimes on certain intra-party conducts, irrespective of the status of the victim under IHL. Subsequently, the essay assesses the policy reasons for such «unprecedented» conclusion, as well as its potential risks. Moreover, it touches upon the issue of reparation for victims of sexual violence, discussing whether reparation through international criminal proceedings could represent an alternative to other redress mechanisms. Finally, the essay examines the first instance of circulation of the principle established in the *Ntaganda* case, with a view to assessing the chances of its further development in future case laws and state practices.

LE MISURE DI PREPARAZIONE ALLE PANDEMIE PREVISTE NEI REGOLAMENTI SANITARI INTERNAZIONALI E LA LORO (MANCATA) ATTUAZIONE

GIULIO BARTOLINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le misure previste dai regolamenti sanitari internazionali e le attuali carenze. – 3. Alcune recenti riforme introdotte dall'Organizzazione mondiale della sanità. – 4. La necessità di ulteriori azioni: possibili proposte.

1. Le analisi della dottrina in relazione alla pandemia derivante dal Covid-19 si sono principalmente focalizzate sulle problematiche giuridiche sorte nella risposta all'attuale emergenza sanitaria¹. Tuttavia, anche le misure di prevenzione e preparazione rispetto a simili eventi presentano elementi di interesse, non solo perché rispondenti ad esigenze ormai comunemente avvertite nella Comunità internazionale, genericamente riconducibili al tema della riduzione del rischio di disastro², ma in ragione della possibilità di analizzare aspetti poco esplorati dei regolamenti sanitari internazionali (RSI) dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) adottati nel 2005, dove alcune norme toccano, talora per la prima volta, questi temi.

Il contributo vuole offrire una disamina degli obblighi previsti in materia, la cui attuazione ha sofferto di varie carenze senza essere sostenuta da un adeguato sistema di monitoraggio. Solo negli anni più recenti, anche in ragione di un crescente riconoscimento delle perduranti carenze da parte degli Stati, si è assistito ad una rinnovata attenzione per queste problematiche, tale da facilitare l'adozione di alcune iniziative da parte dell'OMS. Queste sono però difficilmente qualifi-

* Il presente contributo è collegato alle attività del Jean Monnet Project «Disseminating Disaster Law for Europe» (611982-EPP-1-2019-1-IT-EPPJMO-PROJECT).

¹ Da ultimo, v. D. GRECO, *Diritto internazionale e salute pubblica: l'Organizzazione mondiale della sanità alla prova della pandemia di COVID-19*, in questa *Rivista*, 2020, 203 ss.

² Assemblea generale, *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, UN Doc. A/RES/69/283, 23 giugno 2015. In generale, K. SAMUEL, M. ARONSSON-STORRIER, K. BOOKMILLER (eds.), *Disaster Risk Reduction and International Law*, Cambridge, 2019.

cabili come concludenti, così da implicare la necessità di esplorare la congruità dell'attuale assetto e le possibili riforme.

2. L'attuale versione dei RSI ingloba una serie di obblighi relativi a misure strutturali e di rafforzamento delle capacità di sanità pubblica degli Stati membri, volti a contribuire all'obiettivo generale sotteso a questo strumento, ovvero «to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease» (art. 2 RSI). Rilevanti sono in specie l'art. 5, secondo cui «each State Party shall develop, strengthen and maintain (...) the capacity to detect, assess, notify and report events in accordance with these Regulations, as specified in Annex 1» e l'art. 13, dove si richiede «the capacity to respond promptly and effectively to public health risks and public health emergencies of international concern as set out in Annex 1», norma che altresì prevede come «WHO shall publish, in consultation with Member States, guidelines to support States Parties in the development of public health response capacities».

Dato che l'effettiva realizzazione di queste misure era strettamente funzionale al complesso sistema di cooperazione previsto nei RSI, questo strumento prevedeva una serie di puntuali scadenze per l'implementazione di quanto richiesto agli articoli 5 e 13. In particolare entrambe le norme imponevano di intervenire «as soon as possible but no later than five years from the entry into force of these Regulations for that State Party» (termine iniziale normalmente coincidente con il 15 giugno 2007), anche se si ammetteva la possibilità per gli Stati di chiedere delle proroghe. La prima ipotesi prevedeva un'estensione temporale di questo termine per due anni «on the basis of a justified need and an implementation plan», mentre alla scadenza di questo periodo si ammetteva altresì una possibile ulteriore estensione biennale «in exceptional circumstances, and supported by a new implementation plan», sulla base di una decisione del Direttore generale dell'OMS, sentito il parere tecnico del c.d. Review Committee previsto all'art. 50 RSI.

La possibilità di dilazionare nel tempo queste misure è stata ampiamente utilizzata: nel 2012, 118 Stati avevano richiesto una proroga, mentre 38 non avevano neppure fornito indicazioni in materia all'OMS; nel 2014, 81 Stati avevano richiesto un ulteriore rinvio,

mentre 48 non avevano dato informazioni³. Nel 2016 è comunque scaduto il termine ultimo, ma, come constatato dal Direttore generale, «progress has been made, but these capacities have not been established in many countries»⁴, senza tuttavia fornire indicazioni circa gli Stati che non erano stati in grado di realizzare le misure indicate agli articoli 5 e 13.

Data la loro centralità nel sistema, risulta quindi opportuno identificare le misure attese da queste due norme, come integrate dall'annesso 1 volto a specificare ulteriormente quanto richiesto, e le caratteristiche degli obblighi in oggetto.

L'annesso 1 dei RSI è articolato in due sezioni. La sez. B è dedicata ai «Core Capacity Requirements for Designated Airports, Ports and Ground Crossings», la cui finalità è quella di imporre delle capacità sanitarie di base relativamente a strutture dalle quali è atteso l'ingresso di persone o beni eventualmente capaci di introdurre malattie rilevanti ai fini dei RSI. In tale caso, ad esempio, la sez. B prevede la necessità «to provide appropriate space, separate from other travellers, to interview suspect or affected persons», o «to provide for the assessment and, if required, quarantine of suspect travellers, preferably in facilities away from the point of entry». Queste misure non risultavano particolarmente innovative, dato che simili problematiche erano affrontate sin dalle prime convenzioni sanitarie, poi costantemente riprese ed ampliate nel loro contenuto nei successivi strumenti, come riscontrabile, da ultimo, negli articoli 14-22 dei precedenti RSI del 1969.

Al contrario decisamente più rilevante è risultato l'inserimento della sez. A, dedicata a «Core Capacity Requirements for Surveillance and Response», che ha rappresentato una delle novità⁵, quanto alla struttura e finalità dei RSI, introdotte a seguito delle raccomandazioni identificate nel 2002 dal «Progress Report» sulla revisione dei RSI, dove si prefigurava la necessità di definire «the capacities that a national disease surveillance system will require in order for such emergencies to be detected, evaluated and responded to in a timely man-

³ WHO, *Report of the Review Committee on Second Extensions for Establishing National Public Health Capacities and on IHR Implementation*, 16 gennaio 2015, EB136/22 Add.1., 2.

⁴ WHO, *Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005). Report by the Director-General*, A69/20, 18 maggio 2016, par. 16.

⁵ D.P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, 372-374; S. NEGRI, *Communicable Disease Control*, in G.L. BURCI, B. TOEBES (eds.), *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham, 2018, 274.

ner», al fine di «achieving a globally agreed minimum standard»⁶. La sez. A vuole quindi stabilire dei «minimum requirements»⁷ necessari per soddisfare gli obblighi di cui agli articoli 5 e 13 RSI di individuare, valutare, notificare e rispondere a potenziali minacce per la salute rilevanti ai fini dei RSI, prevedendo l'esigenza di sviluppare delle predefinite «capacities» di sanità pubblica relative ad infrastrutture e beni, staff, processi informativi e decisionali, secondo vari livelli di intervento (locale, intermedio, nazionale). Ad esempio, per il livello nazionale si richiedono le capacità «to assess all reports of urgent events within 48 hours», «to establish, operate and maintain a national public health emergency response plan»; «to provide support through specialized staff, laboratory analysis of samples (...) and logistical assistance (e.g. equipment, supplies and transport)», «to determine rapidly the control measures required to prevent domestic and international spread», o «to provide a direct operational link with senior health and other officials to approve rapidly and implement containment and control measures»⁸.

Queste norme, integrate con l'annesso 1, sollevano quindi alcune problematicità interpretative quanto all'effettivo contenuto delle misure che possono essere richieste agli Stati e alla natura degli obblighi rilevanti. In primo luogo, è stato correttamente sottolineato che «(t)he surveillance and response capacity obligations in the new IHR are more demanding than those found in the ICESCR's right to health»⁹, dove come noto l'art. 12, par. 2, lett c), del Patto sui diritti economici, sociali e culturali richiede agli Stati di adottare «steps» volti alla «prevention, treatment and control of epidemic (...) diseases», secondo l'approccio di realizzazione progressiva di cui all'art. 2, par. 1, dello stesso Patto¹⁰. Difatti diversi elementi militano per valutare gli obblighi sottesi agli articoli 5 e 13, come poi dettagliati nell'annesso 1, quali più stringenti rispetto a quelli a realizzazione progressiva di cui al predetto art. 12, par. 2, lett. c). Si pensi, in particolare, alla previsio-

⁶ WHO, *Revision of the International Health Regulations, Progress Report, May 2002*, in *Weekly Epidemiological Record*, 2002, 159.

⁷ IHR, annesso 1, par. 2.

⁸ Ugualmente, relativamente al livello locale, si prevede la necessità di disporre delle capacità «to report all available essential information immediately to the appropriate level of healthcare response».

⁹ D.P. FIDLER, *op. cit.*, 373.

¹⁰ Su queste norme v. B. SAUL, D. KINLEY, J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, 2014, 133-172, 977-1083.

ne di un termine temporale perentorio per la realizzazione di queste misure, alla specificazione degli obiettivi e delle misure da raggiungere relativamente a specifiche capacità sanitarie pubbliche, e alla volontà di identificare uniformi standard minimali indipendentemente dalle caratteristiche strutturali ed economiche degli Stati, data la necessità di consolidare e preservare «the integrity of a health security framework that relies on its universality as an essential feature»¹¹.

Tuttavia, il ricorso alla categoria «de l'*obligation générale et complexe* 'à réalisation progressive'»¹², richiamata in dottrina relativamente ai diritti umani, potrebbe rilevare poiché questo concetto permette comunque di parametrare le misure richieste allo Stato, qui ulteriormente dettagliate nell'annesso 1, per mezzo di obblighi di diversa e più specifica natura, da realizzarsi però in questo caso entro puntuali termini temporali. Una larga parte delle misure previste all'annesso 1 sono connesse ad obblighi di risultato¹³ dato che la loro messa in opera non implica nessuna alea per gli Stati: si pensi ad esempio alla necessità di realizzare un piano nazionale di emergenza, laboratori o strutture connesse agli «entry points». Si tratta, in tali casi, di misure strutturali di *capacity-building* volte a sviluppare una «specific institutional capacity to be able to fulfil the requirements of due diligence»¹⁴, dato che i «core capacity requirements» risultano prodromici a permettere agli Stati di realizzare lo scopo complessivo determinato dall'art. 2 di prevenire, proteggere, controllare e rispondere alla diffusione internazionale di malattie, e necessari per impiegare tale apparato, in modo appropriato secondo parametri di *due diligence*, rispetto agli obiettivi richiesti dagli articoli 5 e 13, ovvero «to detect, assess, notify and report events» e «to respond promptly and effectively» ad emergenze sanitarie. In altre ipotesi le misure previste nell'annesso 1 appaiono invece riconducibili alla *due diligence*, come per la richiesta

¹¹ G.L. BURCI, *The USA and the World Health Organization: What Has President Trump Actually Decided and what Are Its Consequences?*, in *EJIL:Talk!*, 5 giugno 2020, reperibile online.

¹² R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violations des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 333, 2009, 442.

¹³ Per questi obblighi: R. PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*, 271-282; C. ECONOMIDES, *Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, 371 ss. Per la valutazione di queste misure quali connesse a obblighi di *due diligence* v. M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, 372-373.

¹⁴ T. KOIVUROVA, *Due Diligence*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, par. 21.

«to determine rapidly the control measures required to prevent domestic and international spread».

Sebbene l'annesso 1 fornisca indicazioni in materia, risulta non meno evidente che in taluni casi queste previsioni si limitano a definire le aree di intervento e le misure strutturali richieste agli Stati, senza però dettagliare chiari parametri qualitativi e quantitativi circa alcune capacità attese da sviluppare, necessarie per poi realizzare effettivamente gli obiettivi fissati, o senza meglio definirne il contenuto materiale e le caratteristiche necessarie. Anche in questo ambito possono quindi estendersi gli elementi di criticità sottolineati in dottrina per altre sezioni dei RSI, rispetto alle quali non si è mancato di evidenziare la «vagueness»¹⁵ di questo strumento.

In proposito occorre però considerare – come prefigurato dall'art. 13 RSI dove si prevede che «WHO shall publish, in consultation with Member States, guidelines to support States Parties in the development of public health response capacities» – che un ruolo integrativo e di accompagnamento per gli Stati nell'identificazione delle opportune misure potrebbe essere attribuito a successivi documenti intesi a fornire ulteriori indicazioni in materia e alla rilevante prassi sviluppata in seno all'Organizzazione, al fine «to produce greater consistency in the application of states' legally binding [obligations]»¹⁶. Come realizzato anche per altre tematiche di rilievo per i RSI, dove non sono mancati documenti esplicativi redatti dall'OMS¹⁷, anche in questo ambito si riscontrano rilevanti linee-guida, come lo «IHR Core Capacity Monitoring Framework: Checklist and indicators for monitoring progress in the development of IHR core capacities in States Parties», predisposto inizialmente nel 2010 e poi parzialmente modificato nel 2013¹⁸, a cui possono aggiungersi i modelli di rapporto annuale che gli Stati devono predisporre in materia di implementazione dei RSI e, dal 2019, i «WHO Benchmarks for International Health Regulations Capacities». Questa prassi, come vedremo, non fornisce tuttavia indicazioni univoche.

¹⁵ S. GOLDFARB, *The phase-out and sunset of travel restrictions in the International Health Regulations*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, 808.

¹⁶ J.E. ALVAREZ, *The Impact of International Organizations on International Law*, Boston-Leiden, 2014, 222.

¹⁷ Per una ricognizione di alcuni strumenti v. A. KAMRADT-SCOTT, *The International Health Regulations (2005). Strengthening Their Effective Implementation and Utilisation*, in *International Organizations Law Review*, 2019, 268.

¹⁸ Per la versione del 2013 v. WHO/HSE/GCR/2013.2, mentre per la versione del 2010 v. WHO/HSE/IHR/2010.1.Rev.1.

Primo riferimento è la *Checklist* che, sebbene non vincolante data la sua natura volta a rappresentare «a consensus of technical expert views drawn globally from WHO Member States, technical institutions, partners, and from within WHO»¹⁹ per identificare «the operational meaning of the capacities required»²⁰ dagli articoli 5 e 13, forniva già numerose specificazioni delle misure funzionali a realizzare le otto «core capacities» identificate, relative ad esempio alle misure di sorveglianza, risposta o risorse umane, parametrare rispetto a tre possibili livelli di *performance*. Ad esempio il generico riferimento nell'annesso 1, sez. A, circa l'esistenza di «laboratory analysis of samples (domestically or through collaborating centres)» viene declinato nella *Checklist*, nell'ambito della «core capacity 8 (Laboratory)», in numerose possibili misure di dettaglio, come la disponibilità di «staff at national or relevant level trained for the safe shipment of infectious substances according to international standards (ICAO/IATA)» o la previsione che più di dieci «hazardous specimens per year (are) referred to national reference laboratories for examination». Ugualmente la «core capacity 5 (Preparedness)» menziona non solo elementi già previsti nell'annesso 1, sez. A, come l'esigenza di sviluppare «public health emergency response plans», ma dettaglia altre possibili misure strutturali. Il riferimento è alla capacità di garantire una «surge capacity», ovvero «the ability of the health system to expand beyond normal operations to meet a sudden increased demand» relativamente a posti letto, personale e attrezzature sanitarie, o la «identification of available resources, the development of appropriate national stockpiles of resources», oltre alla previsione di un piano per la loro gestione e distribuzione.

Tuttavia, l'incertezza di qualificare questo documento quale funzionale a definire le caratteristiche delle misure minime e degli standard in materia emerge dall'ulteriore prassi. Si considerino, in primo luogo, le informazioni richieste agli Stati in materia di implementazione dei RSI, per il tramite dei rapporti periodici da parte degli Stati, come prefigurato dall'art. 54 RSI, la cui cadenza annuale è stata determinata con la risoluzione 61.2 (2008) dell'Assemblea mondiale della sanità²¹. I rapporti devono essere sviluppati sulla base di modelli comuni elaborati dal Segretariato che, tuttavia, nella loro evoluzione

¹⁹ WHO/HSE/GCR/2013.2, 10.

²⁰ *Ibid.*, 10, 14.

²¹ WHO, *Implementation of the International Health Regulations (2005)*, WHA61.2, 23 maggio 2008.

hanno registrato una progressiva semplificazione nel loro contenuto ed un allontanamento dalle soluzioni di dettaglio prefigurate nella menzionata *Checklist*, così da rendere ancora più incerto identificare le caratteristiche delle misure attese per considerare soddisfatto quanto richiesto dagli articoli 5 e 13 e dall'annesso 1 dei RSI.

Il modello iniziale, ovvero il c.d. *IHR Monitoring Questionnaire*²² risultava incentrato sull'auto-valutazione di 13 «core capacities», tramite oltre duecentocinquanta domande declinate sulla base di un modello binario di valutazione negativa o positiva che doveva tenere in considerazione la «presence (i.e. function is available) and quality of the function»²³. Il questionario, elaborato nel 2010 in parallelo allo sviluppo della *Checklist*, finiva sostanzialmente per specificare ulteriormente il contenuto di questo strumento, visto il loro stretto e complementare legame²⁴, con la possibilità quindi di dettagliare le misure rilevanti e *benchmarks* qualitativi e quantitativi traendo spunto dalla *Checklist*. Ad esempio, gli aspetti sopra menzionati, circa le caratteristiche dei laboratori rilevanti per la «core capacity 8», erano riproposti nelle domande 8.1.1.12 e 13, mentre per la «core capacity 5 (Preparedness)» numerose domande (5.1.1.5-10) attenevano alla possibilità di garantire una «surge capacity» o il materiale di stoccaggio (domande 5.2.1.6-9).

Il modello è stato però recentemente semplificato tramite l'elaborazione, nel 2018, del c.d. «SPAR (State Party Self-Assessment Annual Reporting Tool)»²⁵, realizzato quale parte delle più recenti attività in materia di implementazione analizzate nel successivo paragrafo. L'attuale modello consiste in 24 indicatori, relativi a 13 capacità di salute pubblica rilevanti per realizzare le misure strutturali richieste dai RSI e dall'annesso 1²⁶, rispetto ai quali gli Stati effettuano au-

²² Per l'ultima versione, del 2015, basata sulla versione del 2010 v.: WHO, *IHR Core Capacity Monitoring Framework, Questionnaire for Monitoring Progress in the Implementation of IHR Core Capacities in States Parties*, WHO/HSE/GCR/2015_8.

²³ *Ibid.*, 3.

²⁴ WHO, *Guidance document for the State Party self-assessment annual reporting tool*, WHO/WHE/CPI/2018.17, 19: «In 2010, the WHO Secretariat developed the document 'IHR Core Capacity Monitoring Framework: Checklist and Indicators for Monitoring Progress in the Development of IHR Core Capacities in States Parties' and the related IHR Monitoring Questionnaire was proposed to States Parties for reporting annually to the World Health Assembly».

²⁵ WHO, *State Party self-assessment annual reporting tool. International Health Regulations (2005)*, WHO/WHE/CPI/2018.16.

²⁶ Le 13 capacità sono: C.1 Legislation and Financing; C2. IHR Coordination and National IHR Focal Point Functions; C3. Zoonotic events and the human-animal interface; C4. Food safety; C5. Laboratory; C6. Surveillance; C7. Human resources; C8. National Health Emer-

to-valutazioni, sulla base di una scala di cinque possibili livelli di *performance* descritti per il tramite di brevi indicazioni, semplicemente selezionando la casella appropriata. La variazione verso una semplificazione è innanzitutto riconducibile alla necessità di facilitare la sottoposizione dei rapporti rispetto al più esaustivo, ma sicuramente faticante per le amministrazioni coinvolte, questionario precedente. Questo obiettivo può dirsi raggiunto, dato che dai 125 e 127 rapporti presentati dagli Stati nel 2015 e 2016 si è passati a 189 (2018) e 170 (2019) rapporti sulla base del nuovo modello²⁷. Tuttavia, dubbi emergono sulla possibilità che il nuovo strumento possa fornire agli Stati chiare indicazioni sulle misure rilevanti, probabilmente anche in ragione delle difficoltà, considerate le perduranti carenze, a fissare un livello elevato quanto a standard attesi nell'ambito del documento volto a monitorare la *performance* degli Stati.

L'attuale questionario appare infatti caratterizzarsi per un ridotto utilizzo di *benchmark* o per l'identificazione di elementi qualitativi e quantitativi circa le misure rilevanti visto che, ad esempio, relativamente ai laboratori (indicatore C.5), si attribuisce il massimo punteggio allo Stato in cui «systems are in place to transport specimens to reference laboratories for confirmatory diagnostics from all health facilities» o, relativamente all'indicatore C.8.3, relativo a «Emergency resource mobilization» ed inerente le «health sector resources»²⁸, si attribuisce il livello 5 allo Stato le cui «Resource mapping and mobilization mechanisms are regularly tested and updated», mentre il livello 4 attiene all'accesso a queste risorse a livello nazionale, intermedio e locale, e il livello 3 all'esistenza di inventari sulle «health sector resources».

La possibilità, invece, di identificare dettagliati parametri di riferimento e specificare le misure rilevanti emerge nuovamente nell'ambito dei menzionati «WHO Benchmarks for International Health Regulations Capacities»²⁹, un documento tecnico del Segretariato elaborato nel 2019 quale strumento di accompagnamento per lo sviluppo

gency Framework; C9. Health Service Provision; C10. Risk Communication; C11. Points of entry; C12. Chemical events; C13. Radiation emergencies.

²⁷ WHO, *IHR State Parties Self-Assessment Reports Received 2010-2018*, www.who.int/extranet.who.int/e-spar.

²⁸ Con questo termine si identificano le «Human (experts), financial, logistics (medical countermeasures, stockpiles), and health facilities (beds, equipments, etc.)».

²⁹ *WHO benchmarks for International Health Regulations (IHR) capacities*, 2019.

dei possibili «National Action Plan for Health Security»³⁰, ovvero documenti elaborati dagli Stati in cooperazione con l'OMS per colmare le carenze relative alle «core capacities» dei RSI e ad altri aspetti di salute pubblica, come sicurezza alimentare o vaccini, attualmente realizzati per oltre 50 Stati³¹. Ad esempio nelle sezioni relative ai RSI l'approccio, che ricalca il modello SPAR con i 5 livelli di *performance*, torna ad essere di dettaglio quanto alle esemplificazioni delle diverse misure da raggiungere o l'indicazione di parametri quantitativi e qualitativi da soddisfare. Basti vedere, in proposito, le quasi 10 pagine dedicate all'area tecnica 7 relativa ai laboratori (indicatore C.5 del modello SPAR), caratterizzate da specifiche misure e *targets*, come in relazione alle percentuali dei centri sanitari in grado di organizzare campioni per analisi ai laboratori nazionali, o l'identificazione di documenti e standard di riferimento, come quelli ISO.

Risulta evidente come la possibilità già prefigurata all'art. 13 RSI di elaborare *guidelines* per sostenere gli Stati nello sviluppo di capacità di sanità pubblica dovrebbe sostanziarsi in indicazioni di carattere più univoco, così da meglio definire le misure e i parametri di riferimento ed eventualmente consolidare il contenuto degli obblighi previsti nei RSI e nell'annesso 1 alla luce della rilevante prassi dell'organizzazione internazionale e delle mutate esigenze che possono manifestarsi in proposito, anche in ragione delle esperienze riscontrate nelle pregresse emergenze sanitarie. Questo possibile ruolo integrativo, non difforme da quanto riscontrabile in altri settori del diritto internazionale, che ugualmente si affidano a successivi standard per meglio definire la portata degli obblighi pattizi e permetterne anche un'evoluzione interpretativa³², rischia in questo ambito di incontrare delle incertezze in ragione degli altalenanti approcci sviluppati in ambito OMS, in larga parte riconducibili, a nostro avviso, alle difficoltà riscontrate dagli Stati nel realizzare queste misure, con l'ovvia conseguenza che un'attività di standardizzazione e uniformità in materia potrebbe accentuare l'inadeguata azione statale.

³⁰ *NAPHS for ALL - A Country Implementation Guide for NAPHS*, 2019, WHO/WHE/CPI/19.5.

³¹ Global Preparedness Monitoring Board, *A World at Risk. Annual Report on Global Preparedness for Health Emergencies*, 2019, 19, reperibile online.

³² Relativamente al diritto del mare v. il ruolo dei c.d. «generally accepted international rules and standards» (C. REDGWELL, *Mind the Gap in GAIRS: The Role of Other Instruments in LOSC Regime Implementation in the Offshore Energy Sector*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2014, 600 ss.).

In proposito occorre altresì considerare come in questo settore non possono giungere elementi di supporto interpretativi dai meccanismi di monitoraggio dei rapporti statali. Va infatti considerato che sebbene i rapporti siano resi pubblici, questi non sono soggetti a nessun meccanismo di revisione sulla scorta di quanto previsto in altri settori del diritto internazionale, «reflecting state party concern with maintaining sovereignty on politically sensitive matters»³³. Nell'ambito dei RSI e della prassi sviluppatasi in seno all'Assemblea mondiale della sanità non si prevede nessun *follow-up* o dibattito individuale o collettivo sui rapporti statali, senza ovviamente la possibilità di ipotizzare il coinvolgimento di attori terzi nell'attività di monitoraggio, né sono riscontrabili conseguenze negative nelle ipotesi in cui i rapporti siano presentanti in ritardo rispetto alla cadenza annuale, risultino incompleti o, semplicemente, non siano sottoposti. È quindi evidente come il sistema di monitoraggio previsto, basato solo su un approccio di auto-valutazione da parte degli Stati, non rappresenta uno strumento efficace per identificare la funzionalità delle capacità di salute pubblica richieste dai RSI, così da essere facilmente criticato in dottrina³⁴, senza neanche la possibilità che, per il tramite delle analisi sui rapporti statali, possano emergere contributi utili all'interpretazione sulle misure potenzialmente rilevanti.

A questi elementi di criticità connessi al contenuto e interpretazione delle rilevanti norme dei RSI va aggiunta l'ovvia considerazione che l'effettiva capacità di raggiungere i risultati prefissi dipende anche dal livello complessivo della sanità pubblica presente negli Stati membri e dalle risorse impiegate per queste finalità. Tuttavia, come sottolineato in dottrina, «the IHR lack detailed strategies for capacity building»³⁵. In particolare l'art. 44 RSI, relativo agli obblighi di collaborazione tecnica e finanziaria da parte degli Stati e dell'OMS per facilitare l'implementazione dei RSI, è stato correttamente qualificato come un «weak obligation on financial and technical assistance»³⁶, sulla scorta degli usuali limiti connessi agli obblighi di coopera-

³³ A. TAYLOR, R. HABIBI, *The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance*, in *ASIL Insight*, 5 giugno 2020, reperibile online.

³⁴ L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, in *The Milbank Quarterly*, 2016, 278.

³⁵ L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, Harvard, 2014, 188.

³⁶ D.P. FIDLER, *op. cit.*, 374.

zione nel diritto internazionale³⁷. A questo dato normativo si sono poi sommate le endemiche deficienze finanziarie dell'OMS³⁸, il cui bilancio, composto per quasi l'80% da contributi di carattere volontario da parte degli Stati normalmente finalizzati a specifici programmi ed obiettivi, ha finito per «precluding holistic preparedness efforts and hindering WHO's ability to provide a global safety net»³⁹. Di conseguenza, in questo ambito, si riscontra una «limited international solidarity to support the weakest countries in building capacities», come negativamente sottolineato dall'OMS⁴⁰.

Questi complessivi elementi hanno quindi contribuito a perpetuare le gravi carenze tuttora riscontrate relativamente all'adempimento degli obblighi di *capacity-building* richiesti dai RSI, nonostante siano ormai trascorsi altri quattro anni dal termine ultimo per la loro realizzazione. Basti considerare come, sulla base di un'analisi dei rapporti presentati nel 2018, circa due terzi degli Stati presentavano un livello scarso o modesto relativamente alle misure di carattere strutturale rilevanti per i RSI, con punteggi complessivi che si attestavano da 1 a 3 sulla predetta scala di 5⁴¹. Ove si consideri che questi dati sono il prodotto di auto-valutazioni degli Stati, elemento che, come rilevato nel successivo paragrafo, porta in molti casi gli Stati a sottoporre parametri più elevati rispetto a quelli effettivamente riscontrati con analisi indipendenti, si può comprendere quale sia l'effettivo, attuale, livello di preparazione rispetto alle pandemie.

3. Il quadro tracciato mostra come l'approccio innovativo introdotto dai RSI del 2005 abbia poi scontato una serie di difficoltà connesse, da un lato, ad alcune incertezze circa la puntuale definizione delle misure attese e le loro caratteristiche e, dall'altro, alle strutturali carenze nei sistemi sanitari degli Stati e all'assenza del riconoscimento di un carattere prioritario circa le misure in oggetto. Tuttavia occorre considerare come, recentemente, questi aspetti siano sta-

³⁷ R. WOLFRUM, *Cooperation, International Law of*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010.

³⁸ K. DAUGIRDAS, G.L. BURCI, *Financing the World Health Organization. What Lessons for Multilateralism?*, in *International Organization Law Review*, 2019, 299.

³⁹ Global Preparedness Monitoring Board, *op. cit.*, 33.

⁴⁰ WHO, *Report of the Review Committee on Second Extensions for Establishing National Public Health Capacities and on IHR Implementation*, EB136/22 Add.1, 16 gennaio 2015, par. 17.

⁴¹ WHO, *Thematic Paper on the Status of Country Preparedness Capacities. Background report commissioned by the Global Preparedness Monitoring Board (GPMB)*, 25 settembre 2019, reperibile online.

ti oggetto di crescente attenzione da parte dell'OMS, sulla scorta di rilevanti *input*, esterni ed interni, critici verso le perduranti carenze.

In primo luogo va rilevato che, dal 2016, è scaduto il termine ultimo per l'implementazione degli obblighi di cui agli articoli 5 e 13 dei RSI senza che, come indicato, la situazione si presentasse soddisfacente. Le conseguenze delle carenze esistenti sono poi chiaramente emerse, in ambito OMS, nei rapporti dei Review Committees, previsti sulla base degli articoli 50-52 RSI, predisposti per l'emergenza Ebola e H1N1, dove si è constatato come le carenze strutturali nella preparazione rispetto alle emergenze sanitarie avessero negativamente contribuito alla gestione di questi eventi negli Stati coinvolti⁴².

Queste criticità, e l'assenza di un'adeguata attenzione rispetto alle misure strutturali di preparazione alle pandemie, sono state evidenziate anche in ambiti esterni all'OMS. Si pensi, ad esempio, ai rapporti delle commissioni di esperti nominati dal Segretario generale dell'ONU successivamente alla crisi generata dall'Ebola⁴³, o alle analisi di autorevoli organismi privati⁴⁴, funzionali a creare il necessario consenso per la costituzione di indipendenti iniziative di *advocacy* di alto livello su questi temi, realizzate tramite il Global Preparedness Monitoring Board creato nel 2018 su impulso del gruppo della Banca mondiale e dell'OMS, le cui strutture fungono anche da segretariato. Ugualmente, va considerato come alcune iniziative di *network* informali coinvolgenti Stati e settore privato, parzialmente concorrenti nelle loro caratteristiche rispetto al modello multilaterale governativo dell'OMS, come la *Global Health Security Agenda* sviluppata su impulso statunitense nel 2014⁴⁵, prevedono, proprio in ragione della «frustration with lack of progress on IHR implementation»⁴⁶, agende in parte sovrapponibili rispetto alle misure richieste in materia dai RSI, così da incrementare l'attenzione su questi temi, ma, altresì, il ri-

⁴² WHO, *Report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) in relation to Pandemic (H1N1) 2009*, 5 maggio 2010, A64/10; *Report of the Review Committee on the Role of the International Health Regulations (2005) in the Ebola Outbreak and Response*, 13 maggio 2016, A69/21.

⁴³ *Protecting humanity from future health crises. Report of the High-level Panel on the Global Response to Health Crises*, 9 febbraio 2016, A70/723; *Report of the Global Health Crises Task Force. Note by the Secretary-General*, 22 giugno 2017, A72/113.

⁴⁴ National Academy of Medicine, *The Neglected Dimension of Global Security: A Framework to Counter Infectious Disease Crises*, Washington, 2016, reperibile *online*.

⁴⁵ Su questa iniziativa B. MASON MEIER, *Examining National Public Health Law to Realize the Global Health Security Agenda*, in *Medical Law Review*, 2017, 1 ss.

⁴⁶ L.O. GOSTIN, R. KATZ, *op. cit.*, 265.

schio di una frammentazione nelle iniziative, con conseguente dispersione delle risorse e degli sforzi.

Come accennato, l'inadeguatezza dell'attuale sistema, oltre ad essere segnalata dai predetti documenti, era stata anche sottolineata nel rapporto del 2015 del Review Committee relativo alla seconda estensione per l'attuazione dei RSI, dove la raccomandazione n. 7 prevedeva che la «implementation of the IHR should now advance beyond simple "implementation checklists"», suggerendo al Segretariato di sviluppare delle «options to move from exclusive self-evaluation to approaches that combine self-evaluation, peer review and voluntary external evaluations involving a combination of domestic and independent experts»⁴⁷. Questa valutazione venne accolta dall'Assemblea mondiale della sanità nella sua risoluzione 68.5 (2015) e, sulla base di consultazioni con gli Stati relativamente a possibili opzioni⁴⁸, il Direttore generale dell'OMS presentò nel 2016 i nuovi strumenti tecnici volontari⁴⁹, atti ad integrare il preesistente rapporto annuale, così da formare il c.d. «IHR Monitoring and Evaluation Framework», ovvero un sistema di possibili strumenti disponibili per gli Stati per migliorare l'implementazione dei RSI.

Nell'attuale sistema l'unica componente obbligatoria è tuttora rappresentata dai rapporti annuali, oggetto come visto dell'elaborazione di un nuovo modello nel 2018 per la presentazione delle informazioni da parte degli Stati che non sembra particolarmente soddisfacente quanto al contenuto, in carenza di un'evoluzione sulle caratteristiche delle misure attese, e in ragione dell'assenza di novità in materia di monitoraggio. Accanto ai rapporti annuali il sistema ora prevede la possibilità per gli Stati di utilizzare tre nuovi strumenti volontari, in larga parte derivanti da embrionali pregresse iniziative.

Due di questi, realizzabili per il tramite di modelli elaborati dall'OMS, prevedono tuttora un approccio autoreferenziale per lo Stato, dato che il coinvolgimento di esperti esterni, pur possibile, non è obbligatorio. Si tratta, da un lato, di modelli per simulazioni di possibili emergenze sanitarie per testare il sistema nazionale o alcune sue componenti (ad ora realizzate in 128 occasioni) e, dall'altro, della

⁴⁷ *Report of the Review Committee on Second Extensions*, op. cit., par. 43.

⁴⁸ WHO, *Concept note. Development, monitoring and evaluation of functional core capacity for implementing the International Health Regulations (2005)*, 2015.

⁴⁹ V. l'Annex all'*Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005)*. *Report by the Director-General*, 18 maggio 2016, A69/20.

Guidance for after Reaction Review per la valutazione delle risposte ad emergenze sanitarie (64 revisioni effettuate finora)⁵⁰.

Infine, quale strumento più significativo, dato che prevede un necessario coinvolgimento di esperti esterni, si è prevista la *Joint External Evaluation*, che mette a sistema precedenti esperienze di valutazione dei contesti nazionali⁵¹. Il meccanismo si fonda su un primo rapporto di auto-valutazione elaborato dallo Stato a cui fa seguito una missione da parte di esperti indipendenti per revisionare le indicazioni fornite ed effettuare eventuali visite ed incontri nello Stato parte, sulla scorta del modello elaborato dall'OMS basato su 17 aree di interesse, in larga parte rispondenti ad elementi del modello di rapporto annuale, ma altresì integrate da un significativo approccio multisettoriale. In questo caso, tuttavia, la valutazione sui settori rilevanti è effettuata sulla base di circa 200 domande di dettaglio sulle misure potenzialmente rilevanti, di tipo tecnico o contestuale, integrate da diversi parametri di riferimento relativi alle varie capacità da soddisfare per considerare raggiunto uno dei cinque possibili livelli di valutazione e dall'indicazione di documenti che gli Stati dovrebbero sottoporre per corroborare le informazioni fornite.

Il meccanismo, tuttavia, è meramente facoltativo e si basa, comunque, su un approccio cooperativo con il Paese interessato. Ad esempio, è necessaria l'approvazione dello Stato per la selezione degli esperti e della metodologia da adottare e, analogamente, la pubblicazione del rapporto nel sito dell'OMS, dove sono contenute le valutazioni e le raccomandazioni degli esperti esterni, si realizza solo dopo che lo Stato accetta il contenuto del rapporto preliminarmente sottoposto a questo, compreso in merito alle valutazioni effettuate, con la remota possibilità che, in caso di divergenze, il rapporto possa indicare la sussistenza di diverse posizioni fra le parti. Apparentemente non sempre un consenso sembra essersi realizzato quanto alla pubblica-

⁵⁰ Per questi strumenti v., rispettivamente, WHO-WHE-CPI-2017.10 e WHO-WHE-CPI-2019.4. Per informazioni sui dati v. *Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005). Report by the Director-General*, 12 maggio 2020, A73/14, par. 11.

⁵¹ Per un primo documento in materia v. WHO, *Protocol for Assessing National Surveillance and Response Capacities for the International Health Regulations in accordance with Annex 1 of the IHR. A Guide for Assessment Teams*, dicembre 2010.

zione finale del rapporto: attualmente sono fruibili solo 96 rapporti rispetto alle 112 missioni realizzate⁵².

Inoltre va considerato che sebbene lo sviluppo di questo strumento abbia nel tempo contribuito all'elaborazione di dati più puntuali da parte degli Stati, tanto che negli ultimi anni si è registrato un decremento complessivo delle *performances* riportate dagli Stati aggregando i dati dei loro rapporti, il meccanismo non ha significative capacità di incidere sulle auto-valutazioni poi effettuate dagli Stati, come riscontrabile da un esame empirico su singoli esempi che rilevano significativi scostamenti⁵³. Ugualmente strutturate analisi comparate riferite agli ultimi anni evidenziano una differenza media fra valutazioni risultanti dai rapporti relativi alla *Joint External Evaluation* e dati riscontrabili con i rapporti statali attorno al 20%⁵⁴, anche se una maggiore corrispondenza emergerebbe dopo l'introduzione nel 2018 del nuovo modello di rapporto annuale che, con la sua semplificazione, avrebbe comportato una valutazione più semplice dei dati necessari⁵⁵. Tuttavia, sebbene una puntuale comparazione fra risultati sia complessa in ragione del carattere non strettamente speculare delle matrici impiegate, il riconoscimento di scostamenti è ricorrente, motivabile sulla base di elementi facilmente comprensibili, come l'usuale volontà delle amministrazioni statali coinvolte di fornire un quadro migliore delle proprie capacità nazionali e del soddisfacimento degli obblighi in materia, anche stante la carenza di un successivo controllo sulle indicazioni fornite. A questo si aggiunge l'evidenza empirica secondo cui le maggiori differenze sono rilevate negli Stati con un ridotto livello di tutela delle libertà civili, dove la scarsa trasparenza e il mancato ri-

⁵² Si confrontino i rapporti disponibili nel sito www.who.int/ihr/procedures/mission-reports/en/ e i numeri sulle missioni forniti dal Direttore generale nel suo rapporto del 2020 (*op. cit.*, nota 49).

⁵³ V. ad esempio, per la Nigeria, i dati relativi alla capacità 1, relativa al quadro normativo e finanziario, dove la *Joint External Evaluation* condotta nel 2017 attribuiva il valore minimo di 1 su una scala di 5, mentre il rapporto statale del 2018 la qualificava al 60%. Compara *Joint external evaluation of IHR core capacities of the Federal Republic of Nigeria. Mission report: 11-20 June 2017*, WHO/WHE/CPI/REP/2017.46 e il rapporto statale a extranet.who.int.

⁵⁴ F. TSAI, R. KATZ, *Measuring Global Health Security: Comparison of Self- And External Evaluations for IHR Core Capacity*, in *Health Security*, 2018, 304 ss.

⁵⁵ N. KANDEL, *Improvement in annual reporting of self-assessments to the International Health Regulations (2005)*, in *Weekly Epidemiological Record*, 24 maggio 2019.

petto della *rule of law* appaiono avere un impatto anche rispetto a questo ambito⁵⁶.

È quindi evidente come anche questo meccanismo di valutazione esterna, seppure abbia degli elementi positivi, risenta delle complessive difficoltà nello sviluppare una puntuale supervisione dell'adempimento da parte degli Stati degli obblighi previsti dai RSI, stante comunque la deferenza riscontrabile in questo meccanismo rispetto alle possibili pretese statali e la permanente impossibilità di contestare le discrepanze fra le valutazioni coinvolgenti esperti indipendenti e quelle, successive, degli Stati fornite nei loro rapporti.

Il sostegno a questo approccio è stato comunque ribadito nel «Five-year Global Strategic Plan to Improve Public Health Preparedness and Response 2018-2023», adottato con la decisione 71(15) dell'Assemblea mondiale della sanità, il cui testo, come sottolineato da alcuni osservatori, appare comunque avere ridotto i riferimenti alla valenza dei meccanismi di revisione esterna⁵⁷. Il piano strategico, oltre a ribadire la valenza degli strumenti previsti nel c.d. «IHR Monitoring and Evaluation Framework», vuole comunque consolidare le attività del Segretariato e degli Stati in materia, identificando una serie di misure e di indicatori per valutare le azioni svolte nel periodo di riferimento, come ad esempio il numero di Stati a cui sarà fornita assistenza tecnica per lo sviluppo dei National Action Plan for Health Security o che avranno utilizzato uno dei tre strumenti volontari recentemente sviluppati. Sulla sua base, inoltre, il Segretariato ha successivamente sviluppato il menzionato «WHO Benchmarks for International Health Regulations Capacities».

La crescente rilevanza di questi temi è inoltre riemersa nella risoluzione, dedicata a «Strengthening preparedness for health emergencies: implementation of the International Health Regulations (2005)», proposta nel febbraio 2020 dall'Executive Board dell'OMS per un'eventuale adozione nell'ambito della 73^a sessione dell'Assemblea mondiale della sanità. Il documento non sembrava introdurre elementi di particolare novità, collocandosi nel solco delle recenti iniziative. Ad esempio il testo raccomandava agli Stati «to take actions to implement

⁵⁶ F. TSAI, B. TURBAT, *Is Countries' Transparency Associated with Gaps between Countries' Self and External Evaluations for IHR Core Capacity?*, in *Globalization and Health*, 2020, reperibile online.

⁵⁷ G.L. BURCI, J. QUIRIN, *Implementation of the International Health Regulations (2005): Recent Developments at the World Health Organization*, in *ASIL Insight*, 25 settembre 2018, reperibile online.

the unmet obligations» dei RSI e di dare priorità alla realizzazione delle misure di preparazione, oltre a confermare il sostegno al c.d. «IHR Monitoring and Evaluation Framework» Tuttavia la mancanza, nella proposta risoluzione, di obiettivi specifici e scadenze, oltre all'assenza di novità circa le modalità di supervisione rispetto all'azione degli Stati, difficilmente potrebbe produrre significative variazioni rispetto al quadro attuale, se non rappresentare un ulteriore riconoscimento della rilevanza di questa problematica. Ad ogni modo, l'emergenza Covid-19 ha anche comportato un rinvio del dibattito su questa risoluzione, dato che la sessione virtuale dell'Assemblea si è concentrata su altri aspetti⁵⁸.

4. L'analisi proposta ha permesso di sottolineare come, sebbene i RSI adottati nel 2005 abbiano introdotto significative novità relativamente alle «core capacities», questo elemento innovativo non sembra avere acquisito una giusta centralità all'interno del sistema e delle stesse analisi dottrinali. Alcuni difetti possono imputarsi all'architettura giuridica di questo strumento, come in merito all'assenza di una chiara identificazione degli obblighi e delle misure effettivamente attese sulla base degli obiettivi fissati nei RSI che, per alcuni aspetti, risultano caratterizzarsi per un'ambigua incertezza quanto al loro possibile contenuto, senza che la prassi successiva abbia fornito ulteriori concludenti elementi in ragione di una certa oscillazione nelle soluzioni proposte, probabilmente connessa al crescente riconoscimento delle perduranti difficoltà degli Stati nel realizzare le misure attese.

Questo approccio, che si è riflesso nei meccanismi di controllo, ancorati ad un approccio formale e di non contrapposizione con gli Stati che non ha favorito il manifestarsi di una pressione internazionale per la puntuale attuazione di quanto previsto nei RSI, appare largamente riconducibile alla volontà degli Stati di evitare un intenso scrutinio sui sistemi nazionali e la possibile conseguente necessità di allocare rilevanti risorse per ottemperare a standard eventualmente stringenti. A questi dati si sono sommate le effettive difficoltà economiche di molti Stati per realizzare queste misure, senza che i RSI abbiano sviluppato adeguati meccanismi di sostegno in favore dei contesti più critici. Anche il rinnovato interesse su questi aspetti nell'agenda dell'OMS non sembra aver condotto a risultati particolarmente signi-

⁵⁸ Per una valutazione: P. VILLARREAL, *Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly*, in *EJIL:Talk!*, 22 maggio 2020, reperibile online.

ficativi ed è comunque il portato dell'attuale mancata implementazione delle misure previste nei RSI.

La pandemia Covid-19 e la drammatica situazione realizzatasi, in parte imputabile anche alla scarsa preparazione nelle rilevanti capacità di sanità pubblica, sicuramente determinerà una riflessione sulle possibili modifiche in materia, tanto più alla luce del recente Vertice straordinario del G-20 che ha richiesto all'OMS di riferire nei prossimi mesi «with a view to establish a global initiative on pandemic preparedness and response»⁵⁹. Alcuni interventi possono essere suggeriti:

1) In primo luogo occorrerebbe meglio definire le «core capacities» da realizzare, superando le indicazioni preliminari e l'ambiguità costruttiva che caratterizza l'annesso 1, dato che «[t]he widespread lack of clarity with respect to key state obligations in the current IHR undermines compliance»⁶⁰. Sulla base delle possibilità di emendamento previste all'art. 55 dei RSI, come già realizzato nel 2014 per l'annesso 7, sarebbe funzionale definirne un contenuto maggiormente operativo identificando più puntualmente le caratteristiche delle misure rilevanti anche tramite parametri qualitativi e quantitativi. Ugualmente, come già prefigurato nell'art. 13 RSI, un ruolo integrativo potrebbe essere svolto da documenti tecnici elaborati dall'OMS per dare ulteriore sostanza e contenuto all'annesso 1, che potrebbero essere oggetto di periodica revisione anche tramite l'identificazione di standard più puntuali sulla scorta delle risultanze derivanti dalle esperienze maturate nelle emergenze sanitarie, così da rendere, su questo aspetto, i RSI uno strumento «vivo». Questa puntuale attività permetterebbe anche di operare una razionalizzazione in materia, dati gli altalenanti approcci nella prassi dell'OMS che hanno comportato anche una frammentazione dei documenti di rilievo.

2) L'attuale sistema di monitoraggio andrebbe modificato per introdurre elementi idonei a permettere un effettivo scrutinio dei rapporti statali sulla scorta degli esempi presenti in altre aree del diritto internazionale. Questo può implicare una revisione dello stesso modello utilizzato per i rapporti, anche per raggiungere una maggiore uniformità di contenuti rispetto alla *Joint External Evaluation* e ai *WHO Benchmarks*, e un esame non a cadenza annuale per favorire un'analisi più sostanziale atta ad evitare che l'eccessivo carico di lavoro connes-

⁵⁹ Extraordinary G20 Leaders' Summit, *Statement on Covid-19*, 26 marzo 2020, [g20.org/en](https://www.g20.org/en).

⁶⁰ A. TAYLOR ET AL, *Solidarity in the Wake of COVID-19: Reimagining the International Health Regulations*, in *The Lancet*, 2020, 83.

so a rapporti annuali finisca per tradursi in adempimenti principalmente formali, senza verifiche dei progressi e delle lacune.

Onde permettere un'effettiva valutazione si dovrebbe disporre un carattere obbligatorio per l'attuale *Joint External Evaluation*, da realizzarsi a cadenza periodica, ad esempio ogni 4-5 anni, anche introducendo alcune modifiche per eliminare gli attuali elementi che appaiono eccessivamente deferenti verso le prerogative statali. Ugualmente si potrebbe creare un legame fra le risultanze di questa valutazione e il successivo esame dei rapporti statali, per meglio monitorare l'azione degli Stati. In tale senso occorrerebbe rafforzare, rendendoli obbligatori, l'elaborazione di strumenti nazionali come i National Action Plan for Health Security, per facilitare l'effettiva, seppure tardiva, realizzazione delle «core capacities», in un continuo processo ciclico che comporti poi, periodicamente, nuove revisioni e l'accertamento dei progressi statali. Risulta paradossale che nel sistema dei RSI, mentre simili piani erano obbligatori per richiedere l'estensione dei termini previsti agli articoli 5 e 13, nulla si impone sulla loro presenza una volta terminato il periodo per l'implementazione.

Quanto ai soggetti da coinvolgere nell'esame dei rapporti, ove si voglia superare l'approccio Stato-centrico, non sarebbe complesso auspicare il coinvolgimento di esperti tecnici indipendenti, ad ausilio delle valutazioni, o della società civile, quanto alla fornitura di informazioni, tanto più che un'apertura verso fonti non ufficiali è già presente nei RSI all'art. 9 per l'identificazione di possibili emergenze sanitarie, riprendendo anche il ruolo propulsivo svolto dalla Framework Convention Alliance per la convenzione sul tabacco⁶¹.

3) Il rilievo della componente finanziaria e di assistenza tecnica connessa a queste misure non potrà essere ulteriormente ignorato. Ovviamente questo elemento ha implicazioni più ampie rispetto ad interventi sul contesto normativo-istituzionale, ma l'attuale pandemia Covid-19 dimostra l'urgenza di allocare, preventivamente, adeguate risorse, visto il potenziale beneficio che queste misure possono avere per ridurre gli impatti negativi e rendere più resilienti le comunità colpite. Ovvio è quindi la proposta che adeguate risorse vengano devolute a questi aspetti, anche alla luce delle valutazioni che collocano in una forbice di 1,9-3,4 miliardi di dollari l'investimento globale an-

⁶¹ O. GOSTIN, *op. cit.*, 217-218.

nuale per sviluppare opportune misure di preparazione, una modesta frazione rispetto agli effetti connessi al Covid-19⁶².

È tuttavia evidente che molti Stati non hanno le capacità per realizzare autonomamente queste misure e che la stessa OMS non è equipaggiata in tale senso in ragione delle predette carenze finanziarie, con la necessità di ulteriori azioni in linea con l'art. 44 RSI. Sebbene negli ultimi anni siano emersi specifici programmi in questo ambito, specie da parte della Banca mondiale, come la *Pandemic Emergency Financing Facility*⁶³, questi non sono stati sufficienti e gli stessi impegni politici assunti in altre sedi, come le passate indicazioni del G-7 di voler sostenere oltre settanta Stati nell'implementazione dei RSI, risultano scarsamente verificabili e realizzati⁶⁴. Sulla scorta di altri esistenti programmi in ambito sanitario, si potrebbero poi rafforzare strumenti coinvolgenti anche attori privati, incanalando verso questo ambito, sicuramente meno *appealing* rispetto ad altri contesti, la loro azione di co-finanziamento, come già realizzato con la Coalition for Epidemic Preparedness Innovations. La concessione di queste forme di assistenza finanziaria e tecnica potrebbe però essere subordinata a meccanismi di incentivazione, ancorandoli al monitoraggio delle *performance* statali rispetto alle misure previste nei piani nazionali di intervento.

4) Anche al fine di incidere sulla componente economica è evidente come sia fondamentale porre questi temi al centro dell'agenda istituzionale internazionale e nazionale. Già nell'ambito di rapporti delle Nazioni Unite si invocava l'istituzione da parte dell'Assemblea generale di un «high level council on global public health crisis», misura tuttavia avversata, ad esempio, dal Review Committee sull'Ebola, dato il rischio di duplicazione di forum e la perdita di leadership per l'OMS⁶⁵. Successivamente la principale iniziativa in materia è stata l'istituzione nel 2017 del menzionato Global Preparedness Monitoring Board, di carattere informale e composto da personalità indipendenti con funzioni di *advocacy*, che ha potuto finora svolgere poche attività, accompagnato dall'incertezza che, per le sue caratteristiche, possa fungere da rilevante attore trainante per gli Stati e gli altri attori. Al

⁶² Global Preparedness Monitoring Board, *op. cit.*, 31. Le previsioni della Banca mondiale per il 2020 valutano una contrazione del prodotto globale lordo attorno a circa 5 trilioni di dollari (World Bank, *Global Economic Prospects*, giugno 2020, reperibile online).

⁶³ P. OSEWE, *Options for financing pandemic preparedness*, in *Bulletin of the World Health Organisation*, 2017, 794 ss.

⁶⁴ Global Preparedness Monitoring Board, *op. cit.*, 20.

⁶⁵ Si confronti la raccomandazione n. 26 del rapporto *Protecting humanity*, *op. cit.*, e il *Report of the Review Committee*, *op. cit.*, par. 163.

contrario, dare una veste istituzionale e di alto livello più congrua ad iniziative in materia, con una struttura definita e riunioni periodiche *ad hoc*, potrebbe essere funzionale nell'ambito della stessa OMS, per rimarcare la centralità, o dell'ONU, per fornire un sostegno politico più rappresentativo che esuli dall'usuale limitato contesto sanitario, anche per evitare la frammentazione di iniziative, come il concorrente approccio di *like-minded states* con la *Global Health Security Agenda*. Occorrerà quindi vedere se il rinnovato interesse prefigurato dal G-20 condurrà verso qualche risultato. Importante è, altresì, che si realizzi un pari interesse per queste tematiche nelle agende politiche-tecniche nazionali, con lo sviluppo di coerenti approcci multi-settoriali, vista la stretta interrelazione con ambiti non strettamente sanitari.

5) Risulterà anche rilevante verificare i possibili apporti esterni al c.d. sistema del *global health law*⁶⁶, che potrebbero favorire un'opportuna *cross-fertilization* fra diversi settori. Si pensi, ad esempio, alle valutazioni proprie della *disaster risk reduction*, dove il *Sendai Framework* già ingloba i rischi di carattere biologico fra quelli che devono essere presi in considerazione da parte degli Stati nelle loro strategie nazionali in materia di *disaster risk reduction*⁶⁷, sebbene una loro analisi rileva come, concretamente, tale rischio non sia normalmente integrato in questi ambiti, con la necessità di una maggiore sinergia e il superamento di approcci settoriali⁶⁸. Questo strumento potrebbe però fornire, al contempo, ulteriori linee-guida ed indicazioni per integrare le azioni richieste dagli Stati dai RSI nell'ambito di una più vasta cornice di azione, anche al fine di valutare la rilevanza di alcuni paradigmi tipici della *disaster risk reduction* per meglio calibrare e definire le possibili azioni connesse ai RSI, in ragione della sovrapposizione di molteplici tematiche di interesse, come il finanziamento delle misure di preparazione, l'esistenza di adeguate strutture istituzionali e decisionali, il coinvolgimento delle comunità e un'adeguata informazione verso di esse, oggetto di una significativa attenzione nell'ambito della *disaster risk reduction*. In questa ottica risulta quindi significativa la risoluzione 74/218 adottata dall'Assemblea generale

⁶⁶ G.L. BURCI, B. TOEBES (eds.), *op. cit.*

⁶⁷ *Sendai Framework*, *op. cit.*, par. 15. V., per uno specifico *focus*, anche i *Bangkok Principles for the implementation of the health aspects of the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030* sviluppati nel 2016, reperibili online.

⁶⁸ M. TOSCANO-RIVALTA, *Disaster risk reduction in light of the COVID-19 crisis. Policy and Legal Considerations*, in *Questions of International Law*, 2020, reperibile online.

dell'ONU il 23 gennaio 2020 che, tra l'altro, richiede un rafforzamento delle sinergie fra i due settori⁶⁹.

Ugualmente si potrebbe valutare la rilevanza di altri ambiti, come quello sui diritti umani. Come noto i RSI già inglobano un'attenzione sul possibile impatto delle misure di contenimento di emergenze sanitarie rispetto alla tutela dei diritti umani, mentre solo recentemente si sono avanzate delle proposte per, eventualmente, valutare le carenze riscontrate dagli Stati nell'implementazione delle «core capacities» anche nell'ottica di questo sistema. Ad esempio, si è sottolineato come la mancata realizzazione delle misure di cui agli articoli 5 e 13 RSI potrebbe essere rilevante alla luce degli obblighi sui diritti umani, specie di quelli di tipo positivo come il menzionato art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, così da rafforzare il contenuto interpretativo di questa norma sulla scorta di quanto disposto dai RSI e dalla prassi rilevante in un'ottica di *cross-fertilization* sia in merito al possibile utilizzo dei meccanismi di controllo presenti nel settore dei diritti umani, con la possibilità, quindi, di un mutuo rafforzamento fra i sistemi⁷⁰. La possibilità di ricorrere a meccanismi esterni risulterebbe funzionale anche date le attuali critiche al sistema di risoluzione delle controversie presente nei RSI⁷¹ e le valutazioni circa «the (non) existence of a statutory sanctioning mechanism in WHO's rules»⁷², volte anche a prefigurare il possibile ricorso a contromisure in caso di inosservanza dei RSI.

È ovvio che molte delle proposte evidenziate implicano rilevanti modifiche, possibili solo con un adeguato sostegno politico, istituzionale e finanziario. Tuttavia, la crisi generata dal Covid-19 conferma la centralità di siffatte misure e l'esigenza di dare effettivo rilievo agli obblighi previsti in questo ambito.

⁶⁹ Assemblea generale, *Disaster Risk Reduction*, UN Doc. A/RES/74/218, par. 218.

⁷⁰ B. TOEBES, *States' Resilience to Future Health Emergencies: Connecting the Dots between Core Obligations and Core Capacities*, in *ESIL Reflections*, 2020, reperibile online.

⁷¹ S.J. HOFFMAN, *Making the International Health Regulations Matter: Promoting Compliance Through Effective Dispute Resolution*, in S. RUSHTON, J. YOUDE (eds.), *Routledge Handbook on Global Health Security*, Cheltenham, 2014, 239 ss.

⁷² A. SPAGNOLO, *(Non) Compliance with the International Health Regulations of the WHO from the Perspective of the Law of International Responsibility*, in *Global Jurist*, 2017, 6.

ABSTRACT

Preparedness Measures to Pandemics Provided by the International Health Regulations and Their (Failed) Implementation

This paper analyses obligations provided in the International Health Regulations imposing on States to develop a series of core capacities aimed to prevent, control and provide a public health response to the international spread of disease. States have largely failed to implement such measures and only recently some attempts have been developed by the World Health Organization to address such shortcomings, still requiring further action.

OSSERVAZIONI SULLA (IL)LICEITÀ DELLE OPERAZIONI MIRATE CON I DRONI NELLA LOTTA AL TERRORISMO: SISTEMI DI NORME A CONFRONTO

FIAMMETTA BORGIA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Operazioni con i droni e le norme sull'uso della forza armata. – 3. Lotta al terrorismo, guerra dei droni e principi di umanità. – 4. *Targeted killing*: tra diritto dei conflitti armati e norme a protezione dei diritti umani. – 5. *Drone strike* e *targeted killing* «al di fuori delle ostilità»: problemi in tema di protezione dei diritti umani. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Gli aerei a pilotaggio remoto, grazie alle loro notevoli capacità in termini di raggio d'azione, persistenza e autonomia, sono utilizzati sempre più frequentemente negli scenari di crisi internazionale, in sostituzione dei velivoli con pilota¹. I droni militari, infatti, sono spesso impiegati in azioni definite *dull, dirty and dangerous*, in cui il pilota di un aeromobile tradizionale avrebbe corso rischi molto alti (*dangerous*), in condizioni ambientali estreme (*dirty*) e per un tempo esteso (*dull*)².

Il loro impiego presenta il vantaggio di garantire la piena incolumità del personale militare e dei servizi di *intelligence* coinvolti nelle operazioni, una sensibile riduzione dei costi rispetto a quelli necessari

* Il presente lavoro costituisce un approfondimento dei temi affrontati nella relazione presentata al Convegno “Binomio Forze Armate-Diritto. Tra Storia e Tecnologia”, dell'*International Society for Military Law and Law of the War* (Gruppo italiano), tenuto il 25 ottobre 2018 a Taranto.

¹ In futuro, peraltro, non è da escludere la completa automazione di questi mezzi, tale da permettere alle macchine di intraprendere scelte indipendenti, in base a *software* preinstallati, senza più alcun controllo da parte dell'uomo. V. sul punto D. AMOROSO, *Jus in Bello and Jus Ad Bellum Arguments Against Autonomy in Weapons Systems: A Re-Appraisal*, in *Questions of International Law*, 2017, 5 ss.; A. SPAGNOLO, *Human Rights Implications of Autonomous Weapon Systems in Domestic Law Enforcement: Sci-Fi Reflections on A Lo-Fi Reality*, ivi, 33 ss.

² Così in F. BATTISTELLI, F. FARRUGGIA, E. GRECO, M.C. PASQUARELLI, M. SIMONCELLI, S. SANGUINAZZI, *Droni militari: proliferazione o controllo?*, in *Sistema Informativo a Schede (SIS)*, *Periodico mensile dell'Istituto di Ricerche Internazionali Archivio Disarmo (IRIAD)*, numero speciale febbraio-marzo 2017, 20. Le c.d. 3D (*dangerous, dull e dirty*) sono ben chiarite in M. ANNATI, *La riduzione dei danni collaterali attraverso l'impiego di armi non letali e di munizionamento di precisione*, in M. ANNATI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, Milano, 2012, 263 ss., 299-300.

per l'impiego della forza aerea tradizionale e, secondo alcuni, un minore numero di vittime tra i civili rispetto a quelli procurati dalle operazioni cinetiche tradizionali³. Oggi si ritiene che siano più di cento gli Stati che dispongono di aeromobili a pilotaggio remoto e più di sessanta quelli che li producono (ma solo un ristretto numero di questi ultimi è in grado di operare con droni da combattimento)⁴.

Questo contributo ha la finalità di porre in evidenza le eventuali violazioni del diritto internazionale, causate dall'utilizzo dei droni militari da parte degli Stati, nelle c.d. operazioni e uccisioni mirate, rivolte soprattutto contro il terrorismo internazionale.

Infatti, le stesse caratteristiche tecniche dei droni, quali la leggerezza, l'invisibilità sui *radar*, la velocità con cui si compie l'eventuale violazione dello spazio aereo altrui e l'attacco armato, nonché la mancanza di rischi per la vita del personale di bordo, possono porre dubbi circa la liceità di tali azioni rispetto, ad esempio, al principio di sovranità territoriale o al divieto dell'uso della forza, ma anche in relazione alle norme di diritto internazionale umanitario e a quelle sulla protezione dei diritti umani.

Come si vede, si tratta di sistemi di norme eterogenei, che in parte si sovrappongono, ma che meritano di essere considerati separatamente. Un *drone strike*, infatti, ben potrebbe essere lecito dal punto di

³ V. sul punto N.C. CRAWFORD, *Accountability for Killing: Moral Responsibility for Collateral Damage in America's Post-9/11 Wars*, Oxford, 2013, 209. Dubbi sulla possibilità di limitare danni incidentali alle persone o ai beni civili sono espressi anche in T. SCOVAZZI, *Diritto internazionale e bombardamenti aerei: chi bombarda meglio degli altri ha più ragione degli altri?*, in M. ANNATI, T. SCOVAZZI (a cura di), *op. cit.*, 84 ss., 258-259. A favore, invece, della "letalità controllata" di tali operazioni v. M.N. SCHMITT, *Precision Attack and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2005, 445-466. Sul punto v. il recentissimo *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions* del 29 giugno 2020, UN Doc. A/HRC/44/38 che afferma: «When the vast majority of wars' casualties are civilians, it is clear that the principles of distinction, proportionality, necessity and precaution, are being disregarded on a large scale. See S/2019/373. It has been estimated that 85% of war casualties are civilians».

⁴ Tra gli Stati che hanno dimostrato una tale capacità troviamo l'Iran, il Pakistan, il Regno Unito e in misura ben più importante Israele e gli Stati Uniti. Cfr. sul punto P.L. BERGEN, J. ROWLAND, *World of Drones. The Global Proliferation of Drone Technology*, in P.L. BERGEN, D. ROTHENBERG (eds.), *Drone Wars: Transforming Conflict, Law, and Policy*, Cambridge, 2015, 300-341. L'Italia è entrata in questo ristretto gruppo alla fine del 2015 grazie al *placet* statunitense. Sembrerebbe, infine, che perfino alcuni attori non statali oggi possiedano e utilizzino questo tipo di tecnologia militare: N. MELZER, *Human Rights implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*, European Parliament-Directorate General for External Policies-Policy Department, DROI, maggio 2013, reperibile *online*.

vista dello *jus ad bellum* ma non dello *jus in bello*, oppure in ogni caso contrario alle norme internazionali a protezione dei diritti umani⁵.

2. Nel dibattito circa i problemi giuridici relativi alle operazioni con gli aerei a pilotaggio remoto in Stati terzi, fino ad oggi, ha ricevuto scarsa attenzione in dottrina una questione preliminare rispetto a quelle generalmente oggetto di approfondimento. Mentre, infatti, molto si discute circa la responsabilità degli Stati relativa alle azioni con i droni, non è generalmente affrontata la questione di quali siano le norme internazionali violate e, in particolare, della compatibilità stessa delle *cross-border operations* con la Carta ONU ed il divieto di uso della forza in generale. Tale problematica, tuttavia, non può essere sottovalutata giacché è quantomeno prodromica alla valutazione della liceità delle operazioni militari con i droni.

Come è noto, la Carta ONU prevede un divieto generale di ricorso alla forza armata, contenuto nell'art. 2, par. 4. Si tratta di un obbligo posto agli Stati, volto a preservarne sovranità e indipendenza⁶. Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente l'evoluzione delle norme in tema di divieto di uso della forza⁷, e valutare criticamente il loro attuale contenuto⁸. Interessa qui invece considerare i problemi che gli attacchi armati con aerei a pilotaggio remoto pongono alle interpretazioni più diffuse di tali norme.

A questo proposito, due sono i principali quesiti cui rispondere: innanzitutto, è necessario accertare se un attacco del genere violi sem-

⁵ Problemi analoghi si pone: N. COLACINO, *Impiego di droni armati nella lotta al terrorismo e accesso alla giustizia da parte delle vittime*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 160-171, soprattutto con riferimento al problema della responsabilità.

⁶ Tale disposizione è considerata la pietra angolare della Carta, nonché il principio più importante del diritto internazionale contemporaneo che governa la condotta tra Stati. Cfr. rispettivamente Corte internazionale di giustizia, sentenza del 19 dicembre 2005, *Armed Activities in the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, par. 148: «The prohibition against the use of force is a cornerstone of the United Nations Charter»; sentenza del 26 novembre 1984, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, opinione separata del Presidente Singh, par. 153: «the very cornerstone of the human effort to promote peace in a world torn by strife»; sentenza del 12 dicembre 1996, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 161, e opinione dissenziente del giudice El-Araby, par. 291.

⁷ Su tale espressione e per un'analisi approfondita del tema v., tra tutti, P. GARGIULO, *Uso della forza (Voce)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, V, 2012, 1367-1430, 1368.

⁸ Ad esempio T.M. FRANCK, *Who Killed Article 2(4)?: Changing Norms Governing the Use of Force by States*, in *American Journal of International Law*, 1970, 809-837. Sul punto v. anche Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001), in *General Assembly Official Records 56th session, supplement n. 10*, UN Doc. A/56/10, art. 40, par. 4.

pre il divieto dell'uso della forza ed eventualmente che tipo di violazione possa essere considerata quella con i droni; in secondo luogo, bisogna stabilire se tali operazioni possano considerarsi lecite in alcune situazioni.

Quanto al primo problema, la violazione delle norme sull'uso della forza deve essere accertata con riferimento al tipo di operazione concretamente effettuata tramite l'aereo militare a pilotaggio remoto. Infatti, quando il drone è utilizzato per attività ricognitive e di sorveglianza, pur potendo rilevare tale condotta ai sensi dell'art. 2, par. 4, della Carta, questa costituirebbe una limitata violazione dello spazio aereo e della sovranità dello Stato e non la più grave violazione del divieto dell'uso della forza⁹. Diversa appare, invece, la situazione nella quale l'atteggiamento offensivo tenuto dagli Stati tramite i droni (evidentemente armati) comporti un utilizzo più o meno intenso della forza armata sul territorio di un altro Stato¹⁰.

Innanzitutto, è molto dibattuto se le operazioni di aerei militari a pilotaggio remoto armati possano di per sé costituire "sempre" una violazione del divieto in esame. Non manca, infatti, chi ricorda che, dopo gli effetti devastanti della II Guerra mondiale, gli Stati hanno voluto bandire "qualsiasi uso della forza" e, quindi, non solo le operazioni militari su larga scala¹¹. In questa ottica, se il divieto fosse considerato imperativo in ogni sua declinazione, qualsiasi attacco armato, ed anche un attacco mirato con i droni, sarebbe contrario al divieto e non potrebbe mai essere giustificato¹². In un'altra prospettiva, solo il divieto di aggressione avrebbe natura imperativa, con la nota conseguenza circa l'applicabilità delle circostanze di esclusione dell'illiceità

⁹ In realtà, anche le operazioni di ricognizione possono essere in contrasto con il divieto in esame quando combinate con attacchi aerei, siano questi a pilotaggio remoto o tradizionali.

¹⁰ Si tratta di un'applicazione concreta della più ampia questione, ancora controversa, se il divieto di cui all'art. 2, par. 4, copra tutti gli usi della forza o soltanto quelli più gravi. Per la prima tesi v. tra tutti: T. RUYTS, *The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?*, in *American Journal of International Law*, 2014, 159-210; per la seconda: R. KOLB, *Jus contra bellum: le droit international relatif au maintien de la paix*, Parigi, 2009; O. CORTEN, *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Parigi, 2010.

¹¹ Cfr. N. BHUTA, C. KREB, I. SEIDERMAN, C. HEYNS, N. MELZER, M. SCHEININ, E. BENVENISTI, A. DWORKIN, *Targeted Killing, Unmanned Aerial Vehicles and EU Policy*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Paper, 2012; C.J. TAMS, J.G. DEVANEY, *Crossing Borders to Wage War against Individuals*, in S.J. BARELA (ed.), *Legitimacy and Drones. Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, New York, 2017, 25-47.

¹² J.A. GREEN, *Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force*, in *Michigan Journal of International Law*, 2011, 215-257.

al restante contenuto del divieto¹³. Infine, secondo alcuni, le uccisioni mirate tramite i droni – così come anche le operazioni militari circoscritte o temporanee o localizzate, ad esempio a protezione dei propri cittadini – sarebbero sì atti violenti, ma non supererebbero la “soglia” di gravità rilevante ai fini della violazione del divieto di uso della forza¹⁴, con la conseguenza di essere sempre lecite.

Queste ricostruzioni ci sembra conducano a conclusioni molto diverse tra loro.

La prima impostazione, considerando sostanzialmente il divieto di uso della forza assoluto, riterrebbe la condotta degli Stati con i droni sempre contraria al diritto internazionale, salvo una espressa autorizzazione del Consiglio di sicurezza. In altri termini, poiché gli Stati avrebbero rinunciato ad utilizzare la forza armata nelle loro relazioni internazionali, attribuendo tale competenza al Consiglio, solo quest’ultimo potrebbe autorizzare lecitamente l’impiego di droni armati in operazioni militari internazionali.

Nella seconda ipotesi, invece, pur ritenendo tali operazioni usi illeciti della forza armata, esse potrebbero giustificarsi a titolo di legittima difesa o di altre circostanze escludenti l’illecito, fintanto che esse non concretino l’ipotesi di aggressione. In altri termini, fatta eccezione per gli attacchi mirati più controversi, rispetto ai quali andrebbe approfondita la configurabilità dell’aggressione armata, tutti gli altri sarebbero giustificabili qualora venisse accertata la presenza del consenso dello Stato leso, della legittima difesa o di un’autorizzazione del Consiglio di sicurezza.

Infine, nella terza ricostruzione, tali operazioni dovrebbero ritenersi compresi negli “usi della forza di minore gravità”, che non sarebbero propriamente usi della forza “nelle relazioni interstatali”, bensì reazioni ad illeciti penali che seguono le norme internazionali applicabili alla repressione dei reati transnazionali¹⁵. In altri termini, tali

¹³ Sul punto, tra i tanti, v. U. LINDERFALK, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think about the Consequences?*, in *European Journal of International Law*, 2007, 860, nonché mi si permetta di rinviare a F. BORGIA, *L’uso militare dei droni: profili di diritto internazionale*, Napoli, 2018, 41 ss. Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 195; *Armed Activities in the Territory of Congo*, cit., par. 146.

¹⁴ A.C. ORR, *Unmanned, Unprecedented, and Unresolved: The Status of American Drone Strikes in Pakistan under International Law*, in *Cornell International Law Journal*, 2011, 741.

¹⁵ V. sul punto, C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Milano, 2015, 1772.

operazioni ricadrebbero nella categoria di operazioni di polizia internazionale e non sarebbero azioni militari in senso proprio¹⁶.

Negli ultimi dieci anni, numerosi Stati hanno sperimentato sistemi militari autonomi e in particolare gli aerei a pilotaggio remoto in operazioni militari internazionali¹⁷. I droni sono stati utilizzati da Regno Unito, Stati Uniti¹⁸, Israele al di fuori dei propri territori, nonché dalla NATO “fuori area” (in Afghanistan, Pakistan, Yemen, Libia, Iraq, Somalia, Gaza e Siria)¹⁹.

La prassi in materia è varia e si presta a diverse letture²⁰: ci sembra che, per valutare la liceità delle condotte degli Stati, molto dipenda

¹⁶ Di conseguenza, esse sarebbero da valutare come operazioni di *law enforcement*, che non comporterebbero l'inizio di un conflitto armato, con la conseguenza che non si applicherebbe loro il diritto internazionale umanitario, ma le norme sui diritti umani. V. *infra*, par. 5.

¹⁷ Per un'esame della prassi statunitense in materia, v. R. BROOKS, *Drones and International Rule of Law*, in *Ethical and International Affairs*, 2014, 83-104, in part. 89-91. Nel mese di marzo 2020 la marina militare USA ha dichiarato che avrebbe raddoppiato le unità di UAV a disposizione per le operazioni militari (insideunmannedsystems.com/26802-2/) e nel mese di aprile ha messo a punto una nuova arma *laser* per la contraerea anti drone, testata su una portaerei nel pacifico (edition.cnn.com/2020/05/22/asia/us-navy-lwsd-laser-intl-hnkscli/index.html). Nonostante il numero ingente di vittime civili come risultato degli *strikes* aerei, Amnesty International riporta ancora due uccisioni illecite in Somalia ad opera di Afri-com, nel febbraio del 2020 (www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/somalia-zero-accountability-as-civilian-deaths-mount-from-us-air-strikes), mentre il 6 marzo 2019 il Presidente USA con un ordine esecutivo ha revocato l'obbligo di pubblicare i *report* con le vittime delle operazioni di *targeted killing* eseguite fuori dai conflitti armati (www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-revocation-reporting-requirement). Per un'analisi della situazione in Europa v. www.opensocietyfoundations.org/publications/armed-drones-in-europe. Oltre alle uccisioni di civili, si segnala che gli *strike* con i droni spesso investono anche obiettivi strategici come l'attacco contro la Aramco, il 14 settembre 2019 ad Abqaiq, rivendicato dagli Houthi Yemeniti. Si segnala, inoltre, la nuova tecnica di attacco israeliana, il “knock on the roof”, che consiste in un doppio attacco, il primo a carattere monitorio, finalizzato ad allontanare i civili, il secondo con finalità distruttive nei confronti di edifici strategici di Hezbollah (The New York Times, *Warning Shots: Israel Spares Hezbollah Fighters to Avert a War*, 23 aprile 2020, www.nytimes.com/2020/04/22/world/middleeast/israel-hezbollah-knock-on-roof.html).

¹⁸ L. SHAW, *Predator Empire: The Geopolitics of US Drone Warfare*, in *Geopolitics*, 2013, 536-559, in part. 537.

¹⁹ C. HEYNS, D. AKANDE, L. HILL-CAWTHORNE, T. CHENGETA, *The International Law Frameworks Regulating the Use of Armed Drones*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, 791-827, 792, rilevano la prassi di alcuni Stati che hanno utilizzato droni armati anche nei propri territori (Pakistan, Iraq e Nigeria).

²⁰ V. in proposito il recente *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, cit. In particolare par. II, in cui lo Special Rapporteur si sofferma sulla diffusione dei droni sia tra gli Stati che tra gli attori non-statali, definendo il presente momento storico come una «Second Drone Age» proprio per il massiccio incremento di unità in uso. Altri rapporti rilevanti sulla proliferazione degli UAV sono quello di PAX, *Unmanned Ambition. Security implications of growing proliferation in emerging military drone markets*, luglio 2018 (www.paxforpeace.nl/publications/all-publications/unmanned-ambitions), e G. WOODHAMS, *Weapons of choice? The expanding development, transfer and use of armed*

dal tipo di operazione concretamente messa in atto con i droni, dallo scenario in cui esse si svolgono e dal contegno tenuto dagli Stati in materia²¹.

In particolare, l'atteggiamento degli Stati, che in maniera consistente impiegano droni armati in operazioni internazionali (Stati Uniti, Regno Unito, Israele ecc.), sembra dimostrare la loro volontà di qualificare, nella maggior parte dei casi, tutte le attività militari di questo tipo, comprese quelle armate, quali incidenti tra Stati o disordini di frontiera. In altre situazioni, invece, le azioni con i droni sono spesso condotte nel quadro di conflitti già esistenti, in cui gli Stati sono intervenuti a vario titolo, per cui il problema dell'eventuale contrasto con le norme sull'uso della forza è già stato eventualmente risolto a monte, all'inizio dell'operazione.

Nonostante i tentativi di minimizzare il contrasto di queste azioni con le norme sull'uso della forza, l'esponentiale crescita degli attacchi mirati ci induce a concludere che tali operazioni, come quelle cinetiche tradizionali del resto, siano sempre contrarie al divieto di uso della forza, anche se giustificabili in determinate circostanze. Più precisamente, in assenza di autorizzazione del Consiglio di sicurezza,

UAVs, UNIDIR, 2018 (www.unidir.org/files/publications/pdfs/weapons-of-choice-the-expanding-development-transfer-and-use-of-armed-uavs-en-723.pdf).

²¹ Recentemente i tribunali interni hanno iniziato ad occuparsi della questione, soprattutto con riferimento alla possibilità di concedere il risarcimento per le perdite subite da parte dei congiunti delle vittime. Si riportano controversie più recenti instaurate presso tribunali amministrativi tedeschi: Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein – Westfalen, sentenza del 19 marzo 2019, *Somali plaintiff v. Federal Republic of Germany*, causa n. 4 A 1072/16; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Faisal bin Ali Jaber et al v. Federal Government of Germany*, causa n. 4 A 1361/15 (VG Köln 3 K 5625/14), e il precedente procedimento instaurato presso le corti americane: U.S. Court of Appeals, sentenza del 30 giugno 2017, *Faisal bin Ali Jaber et al v. United States of America et al.*, causa n. 16-5093, e U.S. District Court of Colombia, Memorandum Opinion del 22 febbraio 2016, *Faisal bin Ali Jaber, et al v. United States of America, et al*, causa n. 15-0840 (ESH). Presso le corti statunitensi si riportano, U.S. District Court of Colombia, Memorandum Opinion del 13 giugno 2018, *Zaidan and Kareem et al v. Donald J. Trump et al*, causa n. 17-581 (RMC); U.S. District Court of Colombia, del 4 aprile 2014, *Al-Aulaqi et al v. Panetta et al*, causa n. 12-1192 (RMC), in seguito a U.S. District Court of Colombia, del 7 dicembre 2010, *Al-Aulaqi v. Obama et al*, causa n.10-1469 (JDB). A cui si aggiunga United Kingdom, Court of Appeal (Civil Division), sentenza del 20 gennaio 2014, *The Queen on the Application of Noor Kahn v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, causa n. C1/2013/0139 che ha dato seguito a United Kingdom High Court of Justice (Queen's Bench Division), del 21 dicembre 2012, *The Queen on the Application of Noor Khan v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, causa n. CO/2599/2012. Infine, Peshawar High Court, del 9 maggio 2013, *Malik Noor Khan v. Federation of Pakistan*, un *unicum* in quanto la corte accorda alle vittime del danno un risarcimento e non una somma *ex gratia*, forma di compensazione classica in queste situazioni (cfr. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, cit., par. 27 s.)

l'attacco mirato con i droni deve essere sempre considerato una violazione del divieto dell'uso della forza, anche se talvolta giustificabile, in presenza del consenso dello Stato leso o nei limiti dell'esercizio della legittima difesa²².

3. Una volta stabilito che l'attacco sia compatibile con le norme relative all'uso della forza armata, la liceità o illiceità delle operazioni militari compiute con i droni deve necessariamente essere valutata innanzitutto alla luce del tipo di conflitto armato in cui esse vengono ad inserirsi²³, nonché delle norme a tutela dei diritti umani ivi applicabili²⁴.

Inoltre, poiché le recenti azioni militari con i droni avvengono in contesti di crisi dove la stessa esistenza di un conflitto armato viene posta in discussione, è necessario verificare se, in tal caso, la singola operazione debba essere considerata come azione di polizia internazionale e quindi valutata alla luce delle norme a tutela dei diritti umani²⁵, o se, nella lotta al terrorismo internazionale, la cornice giuridica di riferimento, e quindi l'eventuale contrasto con il diritto internazionale, debba essere addirittura un'altra (con differenti categorie concettuali e conseguenze).

È, infatti, controverso se l'azione armata contro gruppi terroristici, con azioni mirate all'interno del territorio di un terzo Stato, costituisca un conflitto armato o meno²⁶. Secondo la prospettiva statunitense²⁷, la *guerra al terrore* sarebbe una categoria giuridica nuova, assi-

²² Per un approfondimento della prassi e delle cause di giustificazione di volta in volta utilizzate dagli Stati mi si permetta di rinviare a F. BORGIA, *op. cit.*, 41-63. V. inoltre: P. BRECCIA, *Legittima difesa e targeted killings: gli Stati Uniti e il "Caso Solemani"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 278-302, dove viene riportata una interpretazione particolarmente estensiva della legittima difesa quale principale argomento giuridico a sostegno dell'attacco statunitense (sulla legittima difesa v. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, cit., par. 31).

²³ Sul problema della qualificazione dei conflitti armati nei quali sono utilizzati gli aeromobili a pilotaggio remoto sia consentito rinviare a F. BORGIA, *op. cit.*, 71 ss. Qui si preferisce limitare la trattazione all'utilizzo dei droni nelle operazioni antiterrorismo.

²⁴ Sulla questione relativa alle norme a protezione dei diritti umani applicabili durante i conflitti armati, soprattutto con riferimento alle uccisioni mirate, v. *infra*, par. 5.

²⁵ V. *infra*, par. 4.

²⁶ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 1813. Sul punto si rimanda anche al Commentario 2020 all'art. 3 della III Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 (ihl-databa-ses.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=31FCB9705FF00261C1258585002FB096).

²⁷ Gli Stati Uniti, a partire dall'attacco alle Torri gemelle del 2001, hanno più volte affermato di essere in guerra con Al-Qaeda e altri gruppi terroristici nel mondo. Sul tema della

milabile a un conflitto *transnazionale, internazionalizzato* o meglio *globale*: un *tertium genus* di conflitto armato, non *envisagée* dal diritto internazionale umanitario, al quale non sarebbero applicabili le norme vigenti e, quindi, le operazioni con i droni non contrasterebbero mai con tale diritto²⁸.

Tale ricostruzione non può tuttavia essere accolta: le categorie menzionate, infatti, non costituiscono nuove nozioni giuridiche, ma piuttosto la descrizione enfaticata di alcune caratteristiche, tipiche dei conflitti armati attuali²⁹. Appare dunque più corretto affermare che solo una lettura attenta ed evolutiva dell'art. 1, par. 1, del II Protocollo del 1977, alla luce del suo oggetto e scopo, permette di chiarire come nel concetto di conflitto interno possa ormai ritenersi compreso il fenomeno terroristico, oltre che le guerre civili³⁰. Più precisamente, ci sembra che la lotta al terrorismo internazionale sia configurabile come una serie di conflitti interni, con elementi di extraterritorialità.

Definito, dunque, l'ambito giuridico nel quale gli attacchi con i droni contro i terroristi si vengono a situare, resta da chiedersi se i principi di diritto internazionale umanitario trovino in queste circostanze la medesima applicazione. In altri termini, ci si chiede se, ad esempio, i principi di proporzionalità, necessità militare, distinzione, abbiano un contenuto diverso quando utilizzati per valutare la liceità di un attacco con i droni contro gruppi terroristici.

guerra al terrorismo nella prospettiva statunitense, cfr. *Executive Branch Memoranda on Status and Permissible Treatment of Detainees*, in *American Journal of International Law*, 2004, 820 ss.

²⁸ Nel caso *Hamdan v. Rumsfeld*, il Governo USA aveva negato che il conflitto con Al-Qaeda potesse essere considerato come un conflitto armato internazionale, ai sensi dell'art. 2 comune, affermando che tale potesse essere qualificato solo un conflitto armato tra Stati. Quanto alla qualificazione del conflitto come non internazionale, ai sensi dell'art. 3 comune, dal momento che il conflitto tra Stati Uniti e Al-Qaeda è in diversi Paesi, lo stesso avrebbe un carattere internazionale, che renderebbe inapplicabile appunto l'art. 3 comune. Nel 2006, la Corte suprema ha respinto tale impostazione, dichiarando applicabile l'art 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra e stabilendo che le "garanzie fondamentali" recepite nel I Protocollo addizionale debbano essere rispettate in ogni caso. V. sul punto: Corte suprema USA, sentenza del 29 giugno 2006, No. 05.184, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, causa n. 548 U.S. 557 (2006), 69.

²⁹ V. in proposito A. GIOIA, *Manuale breve di diritto internazionale*, Milano, 2013, 437, secondo il quale: «La teoria della "guerra al terrorismo" è l'equivalente sul piano dello *jus in bello*, della teoria sostenuta dagli Stati Uniti, sul piano dello *jus ad bellum*, secondo la quale la legittima difesa giustificerebbe la reazione armata ad un attacco proveniente da un'organizzazione terroristica».

³⁰ V. sul punto M. SASSOLI, *Use and Abuse of the Law of War in the War on Terrorism*, in *Law and Inequality*, 2004, 200-201, secondo il quale: «Tale impostazione, oltre ad essere condivisa dalla maggior parte della dottrina, risponde alla necessità di colmare una lacuna "altrimenti inspiegabile" del diritto umanitario».

In generale, ci sembra di poter affermare che la compatibilità dell'operazione con i droni con i principi di diritto internazionale umanitario debba essere operata alla stregua di qualsiasi altra operazione cinetica condotta nel corso di un conflitto armato interno: è evidente però che possano sorgere alcuni problemi applicativi.

Ad esempio, le questioni relative al rispetto del principio di distinzione appaiono sicuramente più complesse quando si tratta di colpire beni civili ad uso militare o individui che partecipano direttamente alle ostilità. In tali casi, la possibilità di errore aumenta esponenzialmente proprio per le caratteristiche del terrorismo, che sfugge a definizioni e declinazioni di comportamenti oggettivamente rilevanti³¹. Si pensi all'identificazione di coloro che hanno assunto una funzione di combattimento stabile e continuata, che appare particolarmente problematica, dal momento che gli appartenenti ad Al-Qaeda e alle organizzazioni a essa associate non indossano particolari segni distintivi che li differenzino dalla popolazione civile, alla quale spesso tentano anzi di mescolarsi. Così, al di là delle pretese statunitensi di coniare la figura di *combattente illegittimo*³², utilizzata per colpire con asserita *liceità* con i droni i civili in quanto combattenti, a prescindere dal grado di partecipazione al gruppo terroristico e senza garantire loro le protezioni previste per i combattenti legittimi³³, la posizione che ci sembra convincente è quella che concepisce i "terroristi" come individui che partecipano direttamente alle ostilità³⁴, nell'accezione concernente più in generale i gruppi armati non statali³⁵.

³¹ Sul punto v. C. FOCARELLI, *Brevi note sul problema della definizione del terrorismo internazionale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, 313-321, 16, il quale osserva che «il termine terrorismo costituisce un'etichetta utilizzata strumentalmente dagli avversari politici per screditarsi politicamente. Ed è altrettanto noto che atti considerati terroristici da uno Stato, non lo sono per un altro; o atti che sono stati considerati in uno Stato terroristici in un'epoca storica, hanno cessato di esserlo in un'epoca successiva».

³² V. il discorso di Harold Koh tenuto all'incontro annuale dell'American Society of International Law il 25 marzo 2010. Secondo l'impostazione statunitense costoro perderebbero le tutele previste dal diritto umanitario in quanto civili, ma anche quelle minime garantite ai combattenti legittimi. In altri termini, per la loro appartenenza a un gruppo terroristico "uscirebbero" interamente dal sistema di protezione del diritto umanitario.

³³ Sul punto v. International Committee of the Red Cross, Commentario 2020 all'art. 3 comune della III Convenzione di Ginevra, cit., paragrafi 558-561.

³⁴ Sul punto v. R.J. VOGEL, *Drone Warfare and Law of Armed Conflict*, in *Denver journal of international law and policy*, 2010, 121; M.N. SCHMITT, *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, in *Harvard National Security Journal*, 2010, 37.

³⁵ In particolare, ci sembra debba essere accolta la posizione della Corte suprema israeliana, sentenza del 13 dicembre 2006, causa n. HCJ 769/02, *The Public Committee Against Tor-*

Per quanto riguarda il soddisfacimento del principio di proporzionalità, il problema maggiore risiede nella circostanza che la valutazione della proporzionalità deve necessariamente essere operata *ex ante* e che essa può essere successivamente smentita dall'accertamento dei danni effettivamente procurati. Sugli operatori della stazione di pilotaggio, che conducono l'operazione di attacco mirato, incombe dunque l'obbligo di effettuare una valutazione di bilanciamento per determinare se i danni incidentali (o collaterali), come l'uccisione o il ferimento di civili o la distruzione o il danneggiamento di beni civili, siano eccessivi in relazione al concreto e diretto vantaggio militare che essi vogliono conseguire³⁶. Sempre con riguardo al principio di proporzionalità, problemi sorgono con riferimento al concetto di vantaggio militare: chi pianifica l'attacco mirato con i droni dovrebbe prevedere il vantaggio militare ottenibile e gli eventuali danni provocati dall'attacco in rapporto al singolo attacco e non in relazione all'intera operazione militare, diversamente da quanto ritenuto dalla giurisprudenza in caso di bombardamenti aerei compiuti con aeromobili tradizionali³⁷. Nel caso di attacco con i droni contro individui appartenenti ai gruppi terroristici, si pone il problema, infatti, di valutare se l'eliminazione di terroristi che non abbiano funzioni apicali, ma che contribuiscano con la loro condotta alle ostilità sia proporzionata rispetto alla possibilità di causare uccisioni, feriti e danni a civili. Tale esame va operato caso per caso, ma ci sembra che si possa dubitare che tali condotte soddisfino il criterio della proporzionalità.

Inoltre, la questione che in questo particolare contesto ci pare essere particolarmente problematica è poi quella di stabilire come debba essere valutato, ai fini della liceità dell'attacco con i droni, l'impiego da parte delle organizzazioni terroristiche di scudi umani³⁸. In partico-

ture in Israel v. Government of Israel, par. 39. Per un commento v. P. BENVENUTI, *Judicial Review nella guerra al terrorismo nella decisione della Corte Suprema israeliana sui targeted killing*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, n. 2, 13-23. Tale impostazione appare condivisa dal Relatore speciale ONU sulle esecuzioni extragiudiziarie, sommarie o arbitrarie. V. sul punto Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Study on targeted killings by Philip Alston*, del 28 maggio 2010, UN Doc. A/HRC/14/24/Add. 6, par. 64.

³⁶ Cfr. art. 57, par. 2, lett. a), del II Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra.

³⁷ V. sul punto *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 8 giugno 2000, 1257 ss., che conclude in favore di una valutazione complessiva della totalità delle vittime civili confrontandola con lo scopo della campagna militare (con riferimento appunto ai bombardamenti aerei compiuti da velivoli tradizionali).

³⁸ Com'è noto, tale pratica costituisce una violazione del diritto umanitario e, in particolare, dell'art. 51, par. 7, del I Protocollo addizionale e, ai sensi dell'art. 8, par. 2, dello Statuto

lare, il problema relativo alle operazioni con i droni è evidentemente quello di stabilire se, in presenza di scudi umani volontari o involontari, l'obiettivo militare possa essere oggetto di attacco. La questione è particolarmente controversa³⁹.

L'opinione prevalente degli Stati, tuttavia, è quella secondo cui l'obiettivo militare circondato da scudi umani non diventa immune da attacchi⁴⁰. Ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità, dunque, ci sembra possa affermarsi che tale principio debba essere applicato qualora gli scudi siano involontari: l'attacco mirato con i droni sarà illecito qualora il numero delle vittime sia in eccesso rispetto al vantaggio militare previsto. Diversamente, nel caso in cui gli scudi siano volontari, l'azione non è soggetta allo scrutinio del soddisfacimento del principio di proporzionalità. In tal caso, infatti, ci sembra che lo "scudo umano" possa essere fatto rientrare nella definizione di civile che partecipa attivamente alle ostilità.

Come si vede, dunque, i problemi relativi al rispetto dei principi di umanità nelle operazioni con i droni contro il terrorismo risultano talvolta acuiti proprio per le caratteristiche tecniche e tattiche dei mezzi in esame. Senza dubbio, però, la questione più delicata è quella relativa alle c.d. *targeted killing* o uccisioni mirate dei terroristi. Qui più che altrove, infatti, appare necessario valutare la compatibilità degli attacchi, non solo con il diritto internazionale umanitario, ma anche con le norme sui diritti umani⁴¹.

della Corte penale internazionale, costituisce un crimine di guerra utilizzare civili allo scopo di impedire di rendere certi punti o forze militari esenti da operazioni militari.

³⁹ Anche la presenza, ad esempio, di bambini alla porta di un edificio in cui si nasconde un terrorista può essere oggetto di differenti valutazioni, dal momento che l'utilizzo di scudi umani è proibito da parte del diritto umanitario e costituisce un crimine di guerra.

⁴⁰ Ad esempio, il Manuale di guerra degli USA ritiene che la parte che impiega scudi umani si deve assumere la completa responsabilità per la loro uccisione a seguito dell'attacco contro l'obiettivo militare presso cui essi erano presenti; in tale attacco, quindi, non rileva il principio della proporzionalità. Cfr. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, 2015, par. 5.12.3, 243, e par. 5.12.3.3, 244.

⁴¹ È evidente che tale rilievo va operato per tutti i *drone strike*, ma con riferimento alle uccisioni mirate acquisisce particolare rilievo. Come è noto, non si tratta di sistemi giuridici distinti, ma di un unico complesso di norme, per lo più di natura consuetudinaria, che non escludono una l'applicazione dell'altra. Infatti, come ampiamente ribadito dalla Corte internazionale di giustizia e dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, tali sistemi si sovrappongono e si completano, in modo che, ad esempio, la protezione accordata agli individui dal sistema dei diritti umani, soprattutto con riferimento al diritto alla vita, non cessa certo in tempo di guerra. Cfr. Corte internazionale di giustizia, parere dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons in armed conflicts*, paragrafi 24-25; parere del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 106; sentenza del 19 dicembre 2005, *Case Concerning Armed Activities on the Terri-*

4. Per *uccisione mirata* o *targeted killing* si intende l'utilizzo deliberato, intenzionale e premeditato della forza letale, da parte di uno Stato durante i conflitti armati, nei confronti di uno specifico individuo, che non è in custodia di colui che commette l'atto⁴².

La liceità di questa pratica è piuttosto controversa. In linea generale, si può ritenere che quando le uccisioni mirate con i droni siano eseguite all'interno di un conflitto armato e in conformità con il diritto internazionale umanitario, esse possano essere considerate come atti legittimi di guerra⁴³. Dubbi però sorgono quando gli attacchi sono condotti con tali mezzi nel corso di conflitti interni contro i terroristi, e soprattutto quando sono compiuti in quella "zona grigia", a cavallo tra il conflitto armato interno e la lotta contro il terrorismo, intesa come attività di polizia, in cui la liceità degli attacchi diviene decisamente meno plausibile⁴⁴.

Per quanto riguarda le uccisioni mirate durante i conflitti armati, appare utile ricordare che – come si è già rilevato per tutti i *drone stri-*

tory of the Congo, cit., par. 216. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 settembre 2014, ricorso n. 29750/09, *Hassan v. United Kingdom*, par. 102. V., inoltre, Corte interamericana dei diritti umani, 29 settembre 1999, caso No. 10.951, rapporto No. 109/99, *Coard and others v. United States*, par. 142; obiezioni preliminari 23 novembre 2004, *Serrano-Cruz v. El-Salvador*, Serie C No. 118, para. 112; 15 settembre 2005, *Case of Mapiripá'n Massacre v. Colombia*, Serie C No. 134, para. 115; 20 novembre 2013, *Case of the Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*, Serie C No. 270, par. 221.

⁴² La definizione è quella contenuta nel *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, 2010, cit., 96, par. 1. Definizioni molto simili sono state adottate anche da altri autori, come D. KRETZMER, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense*, in *European Journal of International Law*, 2005, 171-212; G. SOLIS, *Targeted Killing and the Law of Armed Conflict*, in *Naval War College Review*, 2007, 127-130; N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, 2008; S. WUSCHKA, *The Use of Combat Drones In Current Conflicts – A Legal Issue or a Political Problem?*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2011, 891-905; L. BLANK, *Targeted Strikes: The Consequences of Blurring the Armed Conflict and Self-Defence Justifications*, in *William Mitchell Law Review*, 2012, 1656-1700; J. BENNETT, *Exploring the Legal and Moral Bases for Conducting Targeted Strikes Outside of the Defined Combat Zone*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2012, 555.

⁴³ Di tale avviso, ad esempio, C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., 1821. Alcuni autori, tuttavia, rilevano che l'uccisione mirata per essere lecita non solo deve avvenire nel corso di un conflitto armato, come espressione della legittima difesa ex art. 51 della Carta ONU, e solo nei casi in cui un arresto o un fermo dell'individuo-bersaglio sia impossibile da realizzarsi. Cfr. sul punto M.E. O'CONNELL, *Drones under International Law*, in *Washington University Law International Debate Series*, 2010, 1-9. Tale ricostruzione non può essere accolta poiché sembra non distinguere bene la proporzionalità tipica del diritto umanitario con quella necessaria affinché la difesa sia legittima, secondo le norme sull'uso della forza.

⁴⁴ Così in M. ANNATI, *op. cit.*, 311.

ke – l’omicidio mirato con i droni per essere conforme al diritto internazionale umanitario, e quindi lecito, deve essere eseguito come parte delle ostilità e diretto ad ottenere un effettivo e concreto vantaggio militare. Inoltre, tale condotta può essere tenuta solo nei confronti di un obiettivo militare, così come concepito dal diritto internazionale umanitario; l’operazione deve inoltre minimizzare il rischio di colpire civili o danneggiare obiettivi civili; gli eventuali danni collaterali non devono essere superiori rispetto al concreto e diretto vantaggio in termini militari attesi dall’operazione. In caso contrario, tali operazioni sono sicuramente illecite e possono anzi integrare un crimine di guerra⁴⁵. L’accertamento del soddisfacimento di tutti i parametri ricordati, infine, non riguarda l’adozione di questa strategia nel suo complesso, ma deve essere operato azione per azione, a seconda del tipo di operazione di *targeted killing* messa in opera⁴⁶.

In caso di *personality strike*, l’individuazione del soggetto da colpire è preceduta da informazioni precise circa la sua appartenenza ad Al-Qaeda o ad altri gruppi terroristici ad essa associati, nonché circa la sua identità, funzione svolta e importanza rivestita. Il principio di precauzione sembra, dunque, essere soddisfatto; mentre la valutazione degli altri parametri riguarderà le modalità attraverso le quali avviene l’attacco. Così il controllo del rispetto di necessità, distinzione e proporzionalità sarà operato ad attacco compiuto e potrà condurre a risultati diversi circa la liceità della condotta, a seconda delle circostanze accertate caso per caso⁴⁷.

Nel *signature strike*, invece, l’individuazione dell’obiettivo è effettuata contro individui di cui non si conosce l’identità, sulla base di informazioni circa l’età, la funzione, la localizzazione nel territorio e la condotta; in questi casi l’appartenenza a gruppi terroristici è presunta sulla base di “marcatori”⁴⁸. La liceità di tali azioni è dunque più che

⁴⁵ Inoltre, appare opportuno ricordare che, anche nell’ipotesi di uccisioni mirate effettuate con i droni, la protezione accordata dalla tutela internazionale dei diritti umani, e quindi al diritto alla vita, non cessa del tutto in tempo di guerra.

⁴⁶ Tipiche azioni di *targeted killing* tramite l’utilizzo dei droni sono i *personality strike* e i *signature strike*. Nel primo caso, le uccisioni mirate possono anche essere compiute attraverso altre modalità, nel secondo, invece, si tratta di un’azione tipicamente compiuta attraverso gli aerei a pilotaggio remoto, giacché costituiscono gli unici mezzi in grado sia di monitorare che di compiere, almeno potenzialmente, l’attacco in maniera mirata. Cfr. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, 2020, cit., par. 17.

⁴⁷ In particolare, per la liceità di tali operazioni molto dipenderà dalla circostanza che ad essere colpite siano figure apicali del gruppo terroristico, la cui identità è ben conosciuta.

⁴⁸ In altri termini, si tratta di attacchi in cui gli individui da colpire sono ritenuti appartenenti a gruppi terroristici in base alla loro personalità o condotta. Sul punto v. K.J. HELLER,

dubbia. Queste ultime, infatti, sono dirette contro individui che non mostrano una condotta strettamente ostile e che quindi non sono assimilabili a “civili che partecipano direttamente alle ostilità”. Tali azioni non possono, quindi, essere conformi al principio di distinzione, né a quello di proporzionalità o necessità militare e sono da ritenere illecite sempre, anche quando compiute all’interno di un conflitto armato⁴⁹. Si tratterebbe, infatti, più che di uccisioni mirate, di “uccisioni extraterritoriali”, proibite dal diritto internazionale⁵⁰.

Quanto al problema dell’applicazione delle norme sui diritti umani alle operazioni di *targeted killing* compiute dagli Stati nel corso dei conflitti armati, si ritiene che queste ultime vincolino gli Stati sia durante i conflitti internazionali che in quelli non internazionali⁵¹. Tale impostazione è ormai condivisa dalla maggior parte della dottrina⁵², anche se sussistono alcuni problemi con riguardo ai rapporti giuridici tra i due sistemi. In particolare, secondo alcuni, tra il diritto internazionale umanitario e quello a protezione dei diritti umani, si sarebbe ormai prodotta una vera e propria fusione⁵³; altri, invece, ritengono che in caso di antinomia tra le norme, il conflitto possa essere risolto

One Hell of a Killing Machine: Signature Strikes and International Law, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 89-119; C. MARTIN, *A Means-Methods Paradox and the Legality of Drone Strikes in Armed Conflict*, in *International Journal of Human Rights*, 2015, 160-161; K. BENSON, “Kill ‘em and Sort it Out Later:” *Signature Drone Strikes and International Humanitarian Law*, in *Global Business and Development Law Journal*, 17-51; C. HEYNS, D. AKANDE, L. HILL-CAWTHORNE, T. CHENGETA, *op. cit.*

⁴⁹ V. *contra* C. HEYNS, D. AKANDE, L. HILL-CAWTHORNE, T. CHENGETA, *op. cit.*, 81.

⁵⁰ W.A. QURESHI, *Legality and Conduct of Drone Attacks*, in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2017, 91-106.

⁵¹ Le norme sui diritti umani, infatti, si applicherebbero sempre e imporrebbero allo Stato, almeno sino a che quest’ultimo ha giurisdizione, obblighi negativi di astensione dal compimento di violazioni dei diritti umani, nonché obblighi positivi di conformarsi alle norme internazionali in materia di protezione dei diritti umani. Si tratta di un risultato piuttosto recente, giacché sino a pochi anni fa, infatti, una parte consistente della dottrina e giurisprudenza riteneva che si trattasse di due sistemi reciprocamente esclusivi. Per un’analisi di questa evoluzione v. R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, paragrafi 2-44, www.mpepil.com; C. DROEGE, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts*, in *Israel Law Review*, 2007, 310 ss.

⁵² C. DROEGE, *op. cit.*; S. SIVAKUMARAN, *International Humanitarian Law*, in D. MOECKLI, S. SHAH (eds.), *International Humanitarian Law*, Oxford, 2010, 479-495; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2010, par. 44 ss.; R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, *cit.*, par. 32 ss.

⁵³ Cfr. D. SCHINDLER, J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflict*, Leiden, IV ed., 2004, 345-357. V. per tutti R. ARNOLD, N.N.R. QUÉNIVET, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Leiden, 2008, 592, e la ricostruzione ivi riportata delle diverse teorie a sostegno della fusione: si noti, tuttavia, che nelle conclusioni del loro scritto gli autori escludono che tale fusione sia avvenuta.

dando prevalenza alla *lex specialis*⁵⁴, costituita dal diritto internazionale umanitario. Infine, si parla di “rinvio”, quando il diritto internazionale umanitario opera un riferimento indiretto alle norme sui diritti umani e viceversa, soprattutto in materia di interpretazione. In altri termini, quando si rinviene una sovrapposizione delle norme appartenenti ai due sistemi (si pensi, con riferimento alle uccisioni mirate con i droni, al diritto alla vita), il cui risultato è una “doppia protezione” da parte dei due sistemi, per cui le norme continuerebbero ad essere simultaneamente applicabili, ma coordinate nella loro interpretazione⁵⁵.

Con riferimento alle azioni compiute con i droni e, dunque, soprattutto riguardo alle uccisioni mirate, ci sembra che sia particolarmente importante capire come risolvere il conflitto tra le norme. Come è noto, infatti, il diritto alla vita, riconosciuto in numerosi strumenti convenzionali a protezione dei diritti umani, è derogabile solo in circostanze eccezionali. Al contrario, le norme del diritto internazionale umanitario ammettono, sia pure con le limitazioni sino a qui analizzate, che la privazione della vita sia una conseguenza della guerra.

In questo senso, la mera applicazione della regola della *lex specialis* non ci sembra soddisfacente⁵⁶. Infatti, secondo questa prospettiva, se, in principio, il diritto a non essere privato arbitrariamente della vita si applicherebbe anche durante le ostilità, la prova circa il carattere arbitrario dell’azione dovrebbe essere interpretata secondo le norme che regolano la condotta delle ostilità, in quanto *lex specialis*, e dunque alla luce delle norme sul diritto internazionale umanitario⁵⁷. In questo modo, tutte le privazioni della vita cadrebbero sotto quest’ultimo sistema e non sarebbe mai possibile valutare tali condotte alla luce delle norme sui diritti umani⁵⁸.

Peraltro, le clausole contenute in questi trattati subordinano la possibilità di sospendere l’applicazione delle norme convenzionali al rispetto di una serie di condizioni sostanziali e formali che, qualora si

⁵⁴ Cfr. Y. DINSTEIN, *op. cit.*, par. 44 ss.; J. KLEFFNER, *Human Rights and International Humanitarian Law: General Issues*, in T. GILL, D. FLECK (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, 2010, 51-77, par. 4.02.

⁵⁵ R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, cit., paragrafi 35-37.

⁵⁶ Cfr. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, 2020, cit., paragrafi 37-39.

⁵⁷ Tale del resto ci sembra essere il filo del ragionamento della Corte internazionale di giustizia nel più volte richiamato *Parere sulla liceità dell’uso delle armi nucleari* che applica appunto il criterio della *lex specialis* (par. 25).

⁵⁸ In particolare, la teoria della specialità del diritto umanitario finirebbe sempre per derogare al regime di applicazione dei trattati a tutela dei diritti umani, senza tener conto, invece, che ciò è espressamente previsto e puntualmente disciplinato dai trattati stessi.

applicasse il criterio di specialità così concepito, sarebbero sempre disattese. Infine, l'applicazione di tale teoria avrebbe come conseguenza quella di poter derogare anche a diritti, che gli stessi trattati sui diritti umani qualificano invece come inderogabili⁵⁹.

Ci sembra, invece, una soluzione più convincente dell'antinomia quella che – considerando i sistemi non in rapporto di derogabilità ma di priorità – suggerisce un'interpretazione delle norme di diritto internazionale umanitario e sui diritti umani l'una alla luce dell'altra, in modo da consentire in definitiva anche l'integrazione di lacune eventualmente esistenti nei rispettivi sistemi e il loro rafforzamento reciproco⁶⁰. Le norme dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, in altri termini, si completano e si integrano a vicenda, nel senso che le prime possono essere lette e interpretate alla luce dei principi generali del secondo e viceversa⁶¹.

Riguardo al rapporto tra diritto alla vita e operazioni con i droni durante le ostilità, dunque, oltre alle norme di diritto internazionale umanitario sulla liceità dell'obiettivo, che sono state analizzate in precedenza, occorrerà prendere in considerazione alcune condizioni che devono essere soddisfatte cumulativamente prima che uno Stato possa derogare lecitamente ai suoi obblighi in materia di diritti umani⁶². In tema di diritto alla vita, o meglio, affinché la privazione della vita umana non sia arbitraria e sia quindi lecito il *targeted killing* compiuto con gli aerei a pilotaggio remoto: vi deve essere uno stato di emergenza pubblica che minacci la sopravvivenza del Paese⁶³; le misure in deroga ai diritti umani devono essere limitate a quanto strettamente richiesto dalle esigenze della situazione; esse non possono essere discriminatorie o applicate in modo discriminatorio; lo Stato deve co-

⁵⁹ V. sul punto A. BIANCHI, *Dismantling the Wall: The I.C.J.'s Advisory Opinion and Its Likely Impact on International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, 372; A. ANNONI, *L'occupazione 'ostile' nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2015, 125.

⁶⁰ Anche la Corte internazionale di giustizia avrebbe progressivamente modificato il suo punto di vista sulla relazione tra diritto umanitario e norme sui diritti umani. Cfr. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 106; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 216.

⁶¹ Ad esempio, il diritto umanitario condanna la presa d'ostaggi o la tortura, ma non prevede una definizione di tali crimini, rinvenibili invece nelle norme sui diritti umani (Convenzione sulla presa d'ostaggi del 1979 e Convenzione contro la tortura del 1984).

⁶² Cfr. Comitato dei diritti umani, *General Comment n. 29 – States of Emergency*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 4.7.2001, par. 2 ss.

⁶³ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 1° luglio 1961, ricorso n. 332/57, *Lawless v. Ireland* (n. 3), par. 38; sentenza del 12 gennaio 2001, ricorso n. 52207/99, *Banković and others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, par. 62.

munque osservare gli altri obblighi previsti dal diritto internazionale; devono essere osservate alcune garanzie procedurali⁶⁴.

Di conseguenza, si può affermare che l'esistenza di un conflitto armato non implichi una deroga *automatica* all'applicazione del divieto di privazione arbitraria della vita, in virtù dell'applicazione del criterio di specialità a favore del diritto internazionale umanitario, quanto piuttosto che tale deroga sia possibile durante un conflitto armato solo se e nei limiti in cui quest'ultimo possa essere ritenuto, alla luce delle norme sui diritti umani, ad esempio, una minaccia alla stessa sopravvivenza della nazione. La condotta cioè deve essere interpretata sia secondo il diritto internazionale umanitario che alla luce delle norme a protezione dei diritti umani.

In questo senso, l'uccisione mirata nel corso di un conflitto armato non viola il diritto internazionale umanitario né le norme a tutela della vita umana quando costituisce un legittimo atto di guerra, ad esempio perché compiuto nei confronti di combattenti o di civili che partecipano attivamente alle ostilità. Infatti, poiché le norme sui diritti umani non contengono parametri per distinguere i combattenti e i civili, questi ultimi devono essere rinvenuti nelle norme sui conflitti armati, che funzionano come parametro di interpretazione del concetto di divieto di arbitraria privazione della vita⁶⁵.

Infine, anche con riferimento alle azioni antiterrorismo, se queste sono compiute all'interno di un conflitto, come qualificato precedentemente, o in relazione allo stesso, ad esempio una operazione mirata contro terroristi, che partecipano attivamente alle ostilità, quelle azioni potranno essere lecite sia per il diritto internazionale umanitario che per le norme sui diritti umani. Diverso, come si vedrà, è il caso in cui tali condotte siano compiute dagli Stati al di fuori delle ostilità.

Si noti, tuttavia, che nonostante l'evoluzione sin qui esaminata, la prassi di alcuni Stati in materia di *targeted killing* rimane criticabile: per le operazioni compiute con i droni in Yemen nel 2002, ad esempio, gli Stati Uniti hanno espressamente affermato che «quando è applicabile il diritto dei conflitti armati, quest'ultimo esclude l'applicazione delle norme sui diritti umani»⁶⁶.

⁶⁴ Così in R. FRAU, *Unmanned Military Systems and Extraterritorial Application of Human Rights Law*, in *Groningen Journal of International Law*, 2013, 5.

⁶⁵ In tema v. N. MELZER, *Targeted killing*, cit.

⁶⁶ Cfr. Consiglio economico e sociale, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, UN Doc. E/CN.4/2005/7, del 22 dicembre 2004, paragrafi 43 e 48. Per l'analisi di altri casi v. M. EPSTEIN, *The Curious Case of Anwar Al-Aulaqi: Is Targeting a Terrorist for Execution by Drones Strike a Due Process Violation when the Ter-*

5. Ci si chiede, infine, quale sia la cornice giuridica di riferimento quando gli aerei a pilotaggio remoto da combattimento sono utilizzati in operazioni armate extraterritoriali contro individui appartenenti a gruppi terroristici, all'esterno dei confini statali e *al di fuori di teatri di ostilità*. Si tratta di quelle azioni con i droni nelle aree di disordine interno, in cui il conflitto non raggiunge la soglia richiesta per l'applicazione del diritto internazionale umanitario⁶⁷, cioè quella *zona grigia*, in relazione alla quale le operazioni extraterritoriali con i droni troverebbero giustificazione nel paradigma del *law enforcement*⁶⁸.

Sulla possibilità di ricostruire un *corpus* di norme *ad hoc* per questa *zona grigia* qui non ci si sofferma. Si preferisce, invece, valutare la liceità delle operazioni di uccisioni mirate con i droni alla luce delle norme internazionali a tutela dei diritti umani. Con esse, lo svolgimento di operazioni con i droni, siano esse anche qualificate come *law enforcement*, certamente si devono confrontare.

Con riferimento alle azioni extraterritoriali con i droni, ci si deve porre il problema prima dell'applicazione c.d. extraterritoriale delle norme sui diritti umani e poi, una volta verificata la possibilità di applicare le norme sui diritti umani a condotte tenute dallo Stato al di fuori del proprio territorio, dell'ammissibilità secondo queste norme degli attacchi con i droni.

Se l'applicazione extraterritoriale delle norme sui diritti umani è dibattuta in dottrina⁶⁹, l'utilizzo dei droni armati pone ulteriori problemi a causa del pilotaggio in remoto. Per questo motivo, la futura giurisprudenza delle Corti e l'interpretazione degli strumenti conven-

rorist is a United States Citizen?, in *Michigan State Journal of International Law*, 2011, 723-744; E. BERLIN, *The Israeli Supreme Court's Targeted Killing Judgment: A reaffirmation of the Rule of Law During the War*, ivi, 2013, 517-546.

⁶⁷ Si può citare come esempio in tal senso l'attacco statunitense in Yemen in 2002, che ha ucciso il leader di Al-Qaeda Qa'id Salim Sinan al Harithi e altre 5 persone. La soglia di intensità dei disordini prevista per l'esistenza di un conflitto armato non internazionale nella penisola arabica non è mai stata raggiunta; mentre quella tra Al-Qaeda e il Governo yemenita è stata raggiunta solo nel 2012.

⁶⁸ Quest'ultima nozione consisterebbe in una serie di principi derivanti da norme consuetudinarie e convenzionali in materia di diritti umani, da norme di diritto umanitario che regolano l'uso della forza al di fuori delle ostilità, nonché dall'interpretazione di tali norme effettuata dalle corti nazionali e internazionali. Cfr. N. MELZER, *Targeted killing*, cit., 85-239.

⁶⁹ Sul punto v. P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; F. COOMANS, T.M. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, 2004; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011; K. DA COSTA, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Leiden, 2013; R. FRAU, *op. cit.*; N. BHUTA (ed.), *The Frontiers of Extraterritoriality-Human Rights Law as Global Law*, Oxford, 2016.

zionali in materia di diritti umani diventerà fondamentale per determinare se un *drone strike* possa essere ricondotto alla giurisdizione dello Stato che lo guida e quindi se quest'ultimo possa rispondere di eventuali violazioni dei diritti umani compiute attraverso l'utilizzo degli aerei a pilotaggio remoto⁷⁰.

In questa sede, tuttavia, appare opportuno limitarsi ad operare qualche considerazione relativa al conflitto tra tali azioni e il diritto alla vita, previsto in tutti gli strumenti convenzionali sui diritti umani⁷¹. In tale contesto, rilevano soprattutto l'obbligo a carico degli Stati che utilizzano i droni di assicurarsi che l'attacco letale non sia "arbitrario" e quello di sanzionare gli eventuali responsabili di tali condotte nel caso in cui l'uccisione sia stata arbitraria.

Nella prassi, verificare se un attacco con i droni sia ascrivibile alla categoria di uccisioni arbitrarie è questione particolarmente complessa: queste operazioni sono spesso effettuate dagli Stati in maniera segreta, proprio per la difficoltà di giustificarle sul piano giuridico⁷². Tuttavia, si possono svolgere alcune considerazioni.

Innanzitutto si può escludere che il *targeted killing* con i droni possa rientrare nell'ipotesi secondo cui un'uccisione non è arbitraria quando l'uso intenzionale della forza è l'unico mezzo rimasto per proteggere la propria vita⁷³. Infatti, tale circostanza mal si adatta alle azioni militari extraterritoriali con i droni contro individui, anche se appartenenti a gruppi terroristici, dove l'uccisione è certamente intenzionale e premeditata: in questo senso, anzi, tali condotte appaiono uccisioni extragiudiziali, non atti di legittima difesa.

Le altre ipotesi di uccisioni non arbitrarie meritano un'attenzione maggiore: poiché le cause di giustificazione dipendono dalla sussi-

⁷⁰ Per un esame dell'attuale, seppur esigua, giurisprudenza in materia v. *supra*, nota 21.

⁷¹ Cfr. Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 1966, art. 6, par. 1; Convenzione americana sui diritti umani, San José, 1969, art. 4, par. 1; Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, Addis Abeba, 1990, art. 4; Carta araba sui diritti umani, il Cairo, 2004, art. 5; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 1950, così come modificata dai protocolli 11 e 14, art. 2. Si noti che tale diritto ha ormai portata generale. Cfr. Comitato per i diritti umani, *General Comment n. 24*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 10.

⁷² In tema v. T. SCOVAZZI, G. CITRONI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, in T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, parte III, Milano, 2013, 234, che però si riferiscono a tutte le categorie di uccisioni arbitrarie e non solo a quelle effettuate tramite l'utilizzo dei droni.

⁷³ C. DROEGE, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, in *International Review of Red Cross*, 2008, 525; D. KRETZMER, *op. cit.*, 179.

stenza di condizioni quali la stretta necessità, la proporzionalità e la precauzione⁷⁴, è alla luce di esse che bisogna svolgere l'indagine.

Il criterio della stretta necessità va inteso come uso lecito della forza letale solo quando assolutamente necessario. Si tratta perciò di una *ultima ratio*. Dal punto di vista qualitativo, l'impiego della forza letale deve essere inevitabile, nel senso che qualunque altro mezzo non deve ritenersi adeguato al raggiungimento dello scopo. Dal punto di vista quantitativo, invece, l'entità della forza utilizzata dovrà essere proporzionata a ciò che si ritiene essenziale al raggiungimento dell'obiettivo. Infine, dal punto di vista temporale, la forza potrà essere impiegata solamente nel lasso di tempo in cui si dimostri necessaria. In tutti i casi in cui vi sia un'evoluzione della situazione tale da rendere possibile l'utilizzo di altri mezzi meno violenti per il raggiungimento dello scopo, l'uso della forza letale dovrà essere tralasciato, privilegiando tali mezzi⁷⁵.

In ossequio al principio di necessità, dunque, ci sembra che i droni da combattimento possano essere utilizzati solo a condizione che il tipo e il grado di forza impiegata siano strettamente necessari a raggiungere un determinato obiettivo. Tuttavia, poiché un attacco con i droni è per definizione un uso della forza intenzionalmente letale, e non solo potenzialmente tale, per giustificare tali condotte si dovrebbe poter provare, caso per caso, che l'uso di mezzi non letali fosse inefficace e inadeguato a raggiungere il risultato voluto. Solo in tal senso, l'uso intenzionale della forza letale sarebbe lecito perché strettamente inevitabile e necessario⁷⁶.

L'uso della forza non dovrà inoltre avere conseguenze sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti⁷⁷. Tale parametro richiede allora che l'uso intenzionale della forza letale sia strettamente necessario a proteggere altre vite da un attacco imminente, non in astratto

⁷⁴ Tali criteri si distinguono da quelli già esaminati a proposito dello *jus in bello*, perché, oltre a trovare applicazione tipicamente in condizioni di pace, attengono ad un diritto individuale alla vita e sono ammessi per fini diversi.

⁷⁵ N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, cit., 159, 199-201, 228.

⁷⁶ Si noti, tuttavia, che poiché i droni da combattimento sono equipaggiati unicamente con armi letali, appare piuttosto complesso in generale affermare la compatibilità tra tali operazioni e il sistema dei diritti umani: in determinate circostanze, un'*escalation* di violenza potrebbe giustificare la stretta necessità dell'uso dei droni, ma al di fuori di questa ipotesi sembra difficile sostenere la liceità di tali condotte.

⁷⁷ Più in generale sul rapporto di proporzionalità v. P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... "Utilitarian" Reflections*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 1009-1025.

ma in concreto⁷⁸. In altri termini, sarà necessario valutare il contegno del *target*⁷⁹. Di conseguenza, quando un individuo è inserito nella lista degli obiettivi, semplicemente perché collegato ad un'organizzazione terroristica, è più che fondato dubitare della liceità della condotta statale. Sempre con riferimento alla proporzionalità, è opportuno sottolineare che nel sistema dei diritti umani i danni collaterali vanno valutati in una prospettiva molto più restrittiva di quella utilizzata nel quadro dei conflitti armati. In caso di uccisione mirata con i droni, che causi la morte di altre persone oltre all'individuo-obiettivo, tali perdite dovranno dunque essere considerate sproporzionate. Qualora lo Stato voglia giustificare la condotta, dovrà dimostrare che la minaccia era talmente grave da giustificare gli eventuali danni collaterali.

Infine, il principio di precauzione, di derivazione giurisprudenziale⁸⁰, va analizzato prendendo in considerazione le fasi di pianificazione e controllo dell'operazione. Il rispetto del principio in esame richiederebbe l'attivazione di tutte quelle misure che consentano di ridurre al minimo l'utilizzo letale della forza, in una sorta di bilanciamento tra la tutela della vita delle potenziali vittime di aggressione e la tutela della vita degli stessi aggressori. Con riferimento alle azioni di *targeted killing* con i droni, dunque, si tratterebbe di operare un bilanciamento tra la tutela della vita delle potenziali vittime di attentati terroristici e i terroristi stessi: ciò sempre con riguardo alla situazione concreta, nell'imminenza e necessità dell'azione. Ci sembra che, poiché un attacco con i droni è pianificato con la finalità di uccidere un individuo sospetto, la possibilità di applicare una forza graduale da parte dell'agente statale che opera il drone (ad esempio, compiere un arresto) sia del tutto inattuabile⁸¹. Allo stesso modo, ci sembra che la minaccia (ad esempio, da parte del terrorista oggetto di *target*) non sia quasi mai imminente. Un'ipotesi del genere, infatti, potrebbe avverarsi solo nel caso in cui l'individuo sia sul punto di compiere l'attentato (si pensi all'ipotesi in cui un individuo indossi una cintura di esplosivi e

⁷⁸ La valutazione della minaccia posta dal destinatario dell'attacco mirato non dipende peraltro dalla sua appartenenza ad uno specifico gruppo (ad esempio terroristico), quanto piuttosto dalla sua condotta individuale e attuale.

⁷⁹ Ci sembra, a tal proposito, che la nozione di minaccia imminente debba essere intesa in senso ristretto: solo nel caso in cui l'individuo con la propria condotta concreta costituisca una minaccia attuale alle altrui vite, l'attacco con i droni potrà considerarsi lecito.

⁸⁰ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 12 settembre 1995, ricorso n. 18984/91, *McCann and Others v. United Kingdom*, paragrafi 150 e 194; sentenza del 28 luglio 1998, ricorso n. 23818/94, *Ergi v. Turkey*, par. 79.

⁸¹ La necessità di uso della forza *graduata* è stata affermata dalla Corte anche con specifico riferimento al terrorismo; sentenza *McCann*, cit., par. 213.

sia sul punto di agire), ma anche qui andrebbero poi valutati i danni collaterali⁸².

In definitiva, dunque, l'impossibilità di graduare i principi di stretta necessità, proporzionalità o immediatezza dal momento della pianificazione all'attuazione dell'operazione comporta gravi difficoltà nel conciliare le uccisioni mirate con i droni con il principio di precauzione e in definitiva con il diritto alla vita. In conclusione, dunque, la liceità delle uccisioni mirate di individui, al di fuori delle ostilità in operazioni extraterritoriali con gli aerei a pilotaggio remoto, appare estremamente problematica⁸³.

6. L'indagine svolta ha evidenziato alcuni dubbi sulla liceità delle azioni militari con i droni negli scenari di crisi attuali, soprattutto con riferimento alle operazioni contro il terrorismo.

Innanzitutto, ci sembra che l'attacco armato con tali mezzi possa essere, nelle circostanze rilevate, perfino contrario alle norme sull'uso della forza.

In secondo luogo, si è evidenziata la scarsa capacità di tali mezzi di soddisfare i noti principi di distinzione, necessità e proporzionalità applicabili nei conflitti armati, con l'avvertenza che questi ultimi, prima di essere parametri per la valutazione dell'uso legittimo delle

⁸² In questo senso, ad esempio, la Corte ha considerato che la morte di alcuni ostaggi in un teatro di Mosca, a causa di un gas che era stato usato per neutralizzare i sequestratori, non aveva violato l'art. 2.16. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 20 dicembre 2011, ricorsi n. 18299/03 e n. 27311/03, *Finogenov and Others v. Russian Federation*.

⁸³ Per quanto riguarda la prassi interna, in Italia, il caso rilevante è quello del cooperante Giovanni Lo Porto, deceduto nel gennaio 2015 in Pakistan a seguito di un'operazione antiterrorismo USA condotta con un drone, il cui obiettivo era un *compound* jihadista legato ad Al-Qaeda. In Germania, invece, il caso riguarda l'uccisione di civili in Yemen, in particolare di due familiari di Faisal Ali Jaber, uccisi da un *targeted killing* USA nell'agosto 2012 su territorio yemenita. Gli eredi hanno in un primo momento instaurato la controversia presso le corti americane, le quali in virtù della dottrina della *political question* hanno evitato di pronunciarsi (U.S. District Court of Colombia, 2016, *Faisal bin Ali Jaber*, cit.). In seguito, la controversia è stata instaurata presso i tribunali amministrativi tedeschi, in cui gli attori hanno fatto valere un interesse legittimo ad ottenere da parte del Governo tedesco un divieto dell'uso della stazione relais della base aerea di Ramstein, elemento essenziale per la direzione delle operazioni con i droni, in quanto ripetitore del segnale proveniente dal suolo americano. Anche in questa sede la Corte non ha ritenuto opportuno accogliere la domanda del sig. Faisal Ali Jaber, ma ha comunque rinvenuto un obbligo per il Governo tedesco di scrutinio, seppur superficiale, sulla legittimità delle operazioni con i droni che hanno luogo anche grazie alla strumentazione su suolo tedesco (per un commento D. MAURI, *The political question doctrine vis-à-vis drones' 'outsized power': Antithetical approaches in recent case-law*, in *Questions of International Law*, 30 aprile 2020).

armi nei conflitti armati, sono indicatori di *umanità* delle operazioni militari.

Infine, si è rilevato come i problemi circa la liceità delle operazioni appaiono essere acuiti quando comportano uccisioni mirate di terroristi durante e al di fuori delle ostilità, dal momento che queste ultime presentano profili di problematicità anche rispetto alla tutela dei diritti umani.

ABSTRACT

*Remarks on the Lawfulness of Armed Drones Operations
under International Law: Comparing Systems of Rules*

This contribution aims at identifying what violations of international law may be caused by the use of military drones by States and, in particular, by the so-called targeted operations and targeted killings against terrorists.

Indeed, since drones are used in the most critical, long and risky military operations, the probability of arising situations that are barely compatible with international law is significant. Moreover, the same technical characteristics of drones, such as precision, invisibility on radars, and rapidity of the armed attack, as well as the lack of risks for the life of the pilots, may raise doubts about the lawfulness of such actions under international law. This with respect, for example, to the principle of territorial sovereignty or to the ban on the use of force, but also with respect to the rules relating to humanitarian law and those on the protection of human rights.

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

IL DIRITTO A GODERE DEI BENEFICI DEL PROGRESSO SCIENTIFICO: PROFILI PROBLEMATICI DI UN DIRITTO ANCORA IN CERCA DI EFFETTIVITÀ

VALENTINA ZAMBRANO

SOMMARIO: 1. Premessa e piano del lavoro. – 2. I “caratteri” del diritto sancito nell’art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. – 3. (*Segue*): la partecipazione ai benefici del progresso scientifico. – 4. (*Segue*): la non discriminazione. – 5. (*Segue*): la libertà di ricerca scientifica. – 6. Gli elementi costitutivi del diritto a partecipare del progresso scientifico. – 7. Gli obblighi derivanti dall’art. 15 del Patto per gli Stati parti. – 8. Alcuni nodi problematici: il diritto a partecipare all’educazione scientifica e alle decisioni che regolano la scienza. – 9. (*Segue*): il difficile rapporto tra il diritto a partecipare al progresso scientifico e i diritti di proprietà intellettuale. – 10. La portata del diritto.

1. L’anno 2020 potrebbe essere ricordato, oltre che come l’anno della pandemia da Covid-19, anche come “l’anno della scienza”. Ciò può essere riconosciuto sia per la rinnovata attenzione nei confronti di questa ultima a causa della necessità di affrontare l’emergenza sanitaria sia per una rilevante coincidenza a livello internazionale: l’adozione, nell’aprile del 2020, del General Comment n. 25 su “Science and Economic, Social and Cultural Rights” da parte del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali¹. Il Commento attiene all’art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il quale enuncia il diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale, godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni e trarre vantaggio dalla tutela degli interessi morali o materiali derivanti dalle opere scientifiche, letterarie o artistiche di cui egli sia autore. Detta statuizione era stata preceduta dall’art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo che pre-

¹ Cfr. Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 25 (2020). Science and Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/C.12/GC/25, 30 aprile 2020. Il Commento era stato preceduto, nel gennaio 2020, dall’adozione di una bozza di commento all’art. 15, par. 1, lett. b) (cfr. *Draft General Comment. Science and Economic, Social and Cultural Rights*, 2 gennaio 2020), che in gran parte è stata trasfusa nel Commento generale, sebbene vi siano state delle modifiche tendenti a integrare argomenti precedentemente solo accennati o a razionalizzare la successione degli stessi.

senta un contenuto analogo. Entrambi questi strumenti vedono nel diritto a godere del progresso scientifico un mezzo utile e necessario alla realizzazione progressiva degli altri diritti economici, sociali e culturali. Successivamente, si iniziò a sentire l'esigenza di garantire che la scienza fosse utilizzata in modo responsabile così da non costituire un detrimento per il benessere dell'umanità² o per il rispetto della dignità umana³.

Tuttavia, al di là di tali aspetti, per lungo tempo il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico, in quanto diritto individuale, è stato "dimenticato" rispetto ad altri ritenuti di maggiore rilevanza o di realizzazione più immediata (quali, ad esempio, il diritto alla salute e quello all'istruzione), quasi fosse un ideale da raggiungere, ma non un diritto da cui discendono obblighi concreti, attuabili e giustiziabili⁴. A ciò contribuiva certamente la difficoltà di definire il contenuto della "scienza" e, di conseguenza, del relativo diritto, stanti anche le enormi differenze di sviluppo, non solo economico, ma appunto anche scientifico, tra le diverse parti del mondo.

Negli ultimi decenni tanto l'incessante e veloce sviluppo tecnologico quanto la dottrina⁵ e alcune organizzazioni e organismi internazionali⁶,

² Appare interessante notare che all'inizio degli anni '70 dello scorso secolo, sono stati adottati alcuni strumenti (non pattizi) in cui si è affermato il dovere degli Stati e degli scienziati di utilizzare la scienza in un modo responsabile, quali, ad esempio, la Carta dei diritti e doveri economici degli Stati del 1974 e la Dichiarazione sull'uso del progresso scientifico e tecnologico negli interessi della pace e per il benessere dell'umanità, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 novembre 1975.

³ Si veda, ad esempio, la Convenzione per la protezione dei diritti umani e della dignità dell'essere umano con riguardo all'applicazione della biologia e della medicina (la c.d. Convenzione di Oviedo), adottata dal Consiglio d'Europa nel 1997 ed entrata in vigore nel 1999.

⁴ Si evidenzia fin da subito che il Commento generale n. 25 ribadisce che il diritto di godere dei benefici del progresso scientifico è un diritto giustiziabile e, di conseguenza, sugli Stati parti del Patto incombe un obbligo di predisporre misure giudiziarie, amministrative, ecc., effettive per permettere agli individui di agire a tutela di tale loro diritto in caso di violazione (cfr. par. 89). Riguardo alla giustiziabilità del diritto a livello internazionale è, ovviamente, possibile presentare comunicazioni davanti al Comitato dei diritti economici, sociali e culturali nel caso di presunta violazione del diritto da parte di uno Stato parte del Protocollo facoltativo annesso al Patto. Un caso, che ha visto coinvolta l'Italia e inerente anche alla violazione del diritto a godere del progresso scientifico, è stato presentato nel 2017 (caso *S.C. and G.P. v. Italy*, 28 marzo 2019, UN Doc. E/C.12/65/D/22/2017).

⁵ A.R. CHAPMAN, *Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications*, in *Journal of Human Rights*, 2009, 1 ss.; L. SHAVER, *The Right to Science and Culture*, in *Wisconsin Law Review*, 2010, 121 ss.; ID., *The Right to Science: Assuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress*, in *Journal Européen des droits de l'homme*, 2015, 411 ss.; L. SHAVER, C. SGANGA, *Right to Take Part to Cultural Life: On Copyright and Human Rights*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2010, 637 ss.; O. DE SCHUTTER, *The Right of Everyone to Benefits of Scientific Progress and the Right to Food: From Conflict to Complementarity*, CRIDHO Working paper 2011/5; Y. DONDEERS, *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress: in Search of State Obligations in Relation to Health*, in *Medical, Health Care and Philosophy*, 2011, 371 ss.; M. MAN-

hanno mostrato che la scienza e la possibilità di poterne fruire è, ormai, una condizione essenziale per favorire lo sviluppo delle società e permettere la realizzazione di molti altri diritti: il diritto al cibo, se si pensa, a titolo esemplificativo, alle innovazioni scientifiche nel campo dell'agricoltura e della produzione di cibo; il diritto alla salute, per quanto riguarda le scoperte di nuovi trattamenti terapeutici e le applicazioni biotecnologiche alla medicina; il diritto all'istruzione e alla piena realizzazione della personalità dell'individuo, se si pensa alle potenzialità di accesso alla conoscenza che internet porta con sé; ecc.

Cionondimeno, il contenuto di tale diritto non può essere delineato in termini assoluti, dovendolo contemperare con alcuni diritti individuali, con istanze di natura etico-morale, con i diritti delle collettività e con la necessità di garantire il diritto allo sviluppo e la non discriminazione anche tra i Paesi, così da renderlo uno strumento al servizio della realizzazione dei diritti di tutti gli individui e del progresso dell'umanità e non un mezzo per aumentare il divario tra classi sociali e/o tra Stati.

In tale contesto, l'adozione del General Comment n. 25 appare rilevante per quanto concerne la definizione e la sistematizzazione degli elementi essenziali del diritto a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, nonché degli obblighi da esso derivanti per gli Stati parti al Patto. È necessario evidenziare fin da subito un aspetto generale del diritto per come esaminato nel Commento: esso si compone di un fascio di diritti (e di obblighi per gli Stati parti) che, pur potendo avere una realizzazione autonoma, vanno a "costituire" insieme (e sono tutti necessari per l'attuazione de) il diritto di partecipare ai benefici del progresso scientifico. Il presente contributo si soffermerà, quindi, sul contenuto del citato diritto allo scopo di delinearne la portata e analizzerà alcuni nodi problematici che richiedono un corretto inquadramento al fine di garantire la sua effettiva attuazione.

CISIDOR, *Is There Such a Thing as a Human Right to Science in International Law?*, in *ESIL Reflections*, 2015, 1;

⁶ Cfr. UNDP, *Human Development Report 2001: Making New Technologies Work for Human Development*, New York, 2001; J. CALESTOUS, C-Y. LEE (eds.), *Innovation: Applying Knowledge in Development: UN Millennium Project, Task Force on Science, Technology and Innovation*, London, 2005, www.unmillenniumproject.org/documents/Science-complete.pdf; UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, risoluzione 15 adottata dalla Conferenza generale il 21 ottobre 2005, 33 C/Res.15; World Bank, *The World Development Report 2008: Agriculture for Development*, Washington, 2007; *Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*, 17 luglio 2009, SHS/RSP/HRS-GED/2009/PI/H/1; UNESCO, *Recommendation on Science and Scientific Researchers Resolution*, risoluzione 15 adottata dalla Conferenza generale il 13 novembre 2017, 39 C/Res.15; Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights Ms. Farida Shaheed. The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*, 14 maggio 2012, UN Doc. A/HRC/20/26.

2. Dalla lettura del Commento generale è possibile individuare quelli che potremmo definire gli elementi essenziali del diritto qui analizzato e della sua attuazione (nonché del processo scientifico stesso), vale a dire: partecipazione, non discriminazione e libertà di ricerca scientifica.

Prima di soffermarci su questi aspetti, è necessario dedicare qualche battuta a cosa si intenda (per lo meno nell'ottica del Comitato) per scienza. Esso riprende la definizione dalla Recommendation on Science and Scientific Researchers Resolution dell'UNESCO del 2017⁷, indicando poi che questa si riferisce, tanto ad un metodo specifico quanto ai risultati di questo processo e che la conoscenza può essere considerata scienza solo nel caso in cui sia basata su una ricerca critica e possa essere testata e dimostrata. Di conseguenza, «[k]nowledge which is based solely on tradition, revelation or authority, without the possible contrast with reason and experience, or which is immune to any falsifiability or intersubjective verification, cannot be considered science»⁸. Appare chiaro, quindi, che l'elemento ritenuto centrale per parlare di scienza è la possibilità che le teorizzazioni e/o le “scoperte” siano provabili o assoggettabili a verifica e smentita⁹. Infine, il termine scienza è, ovviamente, inteso non solo

⁷ Secondo tale raccomandazione la scienza è «the enterprise whereby humankind, acting individually or in small or large groups, makes an organized attempt, by means of the objective study of observed phenomena and its validation through sharing of findings and data and through peer review, to discover and master the chain of causalities, relations or interactions; brings together in a coordinated form subsystems of knowledge by means of systematic reflection and conceptualization; and thereby furnishes itself with the opportunity of using, to its own advantage, understanding of the processes and phenomena occurring in nature and society». Nella medesima raccomandazione il termine “le scienze” significa «a complex of knowledge, fact and hypothesis, in which the theoretical element is capable of being validated in the short or long term, and to that extent includes the sciences concerned with social facts and phenomena».

⁸ Cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 5.

⁹ È interessante notare che, nella bozza adottata dal Comitato nel gennaio di questo anno, si affermava, nelle battute conclusive, che l'insieme «of rights, entitlements, liberties, duties or obligations related to science, analyzed in this General Comment, might be bring together in a single broad concept named the *human right to science*» (corsivo nostro), terminologia, d'altra parte, già utilizzata da altre organizzazioni internazionali, da parte della dottrina e in alcuni summit internazionali (cfr. *Draft General Comment*, cit., par. 89). Nel Commento generale, tuttavia, questo riferimento è venuto meno richiamando, inizialmente, che «UNESCO, declarations made at international conferences and summits, the Special Rapporteur on cultural rights, and eminent scientific organizations and publications have upheld the “human right to science”, referring to all the rights, entitlements and obligations related to science» (cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 1). Da un lato, si potrebbe ritenere che, in tale modo, il Comitato abbia seguito le indicazioni di alcuni soggetti che hanno partecipato con le loro osservazioni al processo negoziale e che chiedevano di porre in evidenza, fin dall'inizio del documento, il “diritto umano alla scienza”. D'altro lato, però, la formulazione utilizzata sembra indicare una volontà del Comitato di prendere le distanze o, per lo meno, non pronunciarsi sulla questione. Questo leggero ma significativo cambiamento rispetto alla bozza probabilmente significa che il Comitato non è pienamente convinto che la dicitura “diritto umano

con riferimento alle c.d. scienze dure ma anche alle scienze di ambito “umanistico”, in una visione ampia del termine scienza.

3. Il Commento generale mette correttamente in evidenza come «il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni» vada definito tenendo presente i molteplici significati sia del termine “benefici” sia del termine “godere”¹⁰. In particolare, i benefici sono tanto i risultati materiali delle ricerche scientifiche e delle loro applicazioni quanto la diffusione delle conoscenze scientifiche derivanti dalle attività scientifiche. Tra i benefici rientra anche il ruolo che svolge la scienza nel formare individui dotati di capacità critiche e in grado di partecipare pienamente a una società democratica.

Il “godimento” deve, invece, essere inteso non solo come possibilità di fruire “passivamente” dei risultati della ricerca, ma anche come diritto (di tutti) a partecipare alle attività scientifiche e all’adozione delle decisioni relative agli sviluppi e agli orientamenti della scienza. Infatti, detto diritto deve essere interpretato in connessione all’oggetto e allo scopo del Patto e dei diritti ivi sanciti (come previsto dal diritto dei trattati) e, in particolare, dell’art. 15, par. 1, lett. a), che, precedendo il diritto di godere dei benefici della ricerca scientifica, afferma quello di ciascuno a partecipare alla vita culturale di cui la scienza è una componente. Questi due elementi sono fortemente interdipendenti: solo un cittadino formato e istruito anche per mezzo della scienza e del metodo scientifico può partecipare alle decisioni circa gli sviluppi della stessa e avere la possibilità di prendere parte alla scienza e alla ricerca scientifica. Il diritto qui richiamato viene così ad acquisire un valore intrinseco quale diritto necessario a favorire l’autodeterminazione degli individui¹¹, la loro capacità di dare un consenso informato e la realizzazione libera della loro personalità

alla scienza” rappresenti compiutamente tutti gli elementi costitutivi del diritto a partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici, potendo, quindi, essere fuorviante. Vero è che, in senso contrario, sarebbe, comunque, intervenuto il Commento a definire i confini e il contenuto del suddetto diritto, il che fa apparire la scelta del Comitato eccessivamente prudente.

¹⁰ Per quanto attiene alle “applicazioni”, queste si riferiscono ai risultati raggiunti dalla scienza e in particolare alla «particular implementation of science to the specific concerns and needs of the population. Applied science also includes the technology deriving from scientific knowledge, such as the medical applications, the industrial or agricultural applications, or information and communications technology» (cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 7).

¹¹ La necessità di favorire l’autodeterminazione dell’individuo ritorna nel Commento anche in relazione alle scelte attinenti all’utilizzo o meno di determinati risultati del progresso tecnico-scientifico. Si afferma, infatti, che gli Stati devono proteggere gli individui dal loro contesto familiare, sociale, ecc., qualora questo gli impedisca di partecipare al progresso scientifico. Ugualmente, in ambito medico, essi devono «guarantee everyone the right to choose or refuse the treatment they want with the full knowledge of the risks and benefits of the relevant treatment» (cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 44).

proprio attraverso la partecipazione alla scienza, alle scelte che la guidano e all'istruzione indispensabile a raggiungere tali scopi. Ciò mostra, quindi, che esso non debba essere inteso solo nella sua dimensione strumentale di attuazione di altri diritti umani. Tuttavia, detto obiettivo presenta degli elementi di criticità per l'alto livello di istruzione che è necessario raggiungere per poter partecipare all'adozione delle decisioni che indirizzano la scienza, con la conseguente grande difficoltà anche per la società civile di prendere parte ai relativi processi decisori degli organi legislativi ed esecutivi. Ma su questo punto torneremo più avanti.

4. Il principio di non discriminazione è, ovviamente, un elemento imprescindibile e inerente al concetto stesso di diritto *di tutti* a partecipare ai benefici della scienza. Esso richiede, in *primis*, agli Stati di eliminare tutti gli ostacoli che impediscono agli individui di avere accesso alla scienza in condizioni di parità, mettendo ogni essere umano nelle condizioni di parteciparvi accedendo all'istruzione superiore e alle posizioni di ricerca. Il progresso scientifico e i suoi risultati devono, quindi, essere accessibili a tutti, anche alle categorie più svantaggiate o che hanno sperimentato (e continuano a sperimentare) situazioni di discriminazione, quali donne, omosessuali, lesbiche, transessuali, persone con disabilità e che vivono in stato di povertà. Ciò implica, chiaramente, anche adottare misure positive al fine di favorire l'accesso alla scienza di tali gruppi vulnerabili. È curioso che il Commento, nel dedicare alcuni paragrafi specificamente ad essi e alle azioni che gli Stati dovrebbero intraprendere nei loro confronti, affermi che «owing to limitations of space»¹² si soffermerà solo su donne, disabili, persone a basso reddito, popoli indigeni¹³. Non ci risulta che il Comitato debba rispettare regole procedurali inerenti alla lunghezza massima dei suoi commenti: sarebbe, quindi, stato più opportuno evitare di richiamare solamente alcuni “gruppi” rispetto ai quali, a differenza degli altri, non si sarebbe poi svolta un'analisi specifica.

¹² Ivi, par. 28.

¹³ Relativamente a questi gruppi ciò che richiede il Commento non è solo un impegno in termini economici per favorire il superamento delle situazioni di discriminazioni che essi vivono, ma anche (e innanzitutto) un cambiamento culturale. Ad esempio, per quanto attiene alle donne, si sottolinea l'esigenza non solo di agire per superare la disparità tra uomini e donne nell'accesso all'istruzione e alle carriere scientifiche ma anche di attuare sempre più un'ottica di genere nella determinazione degli indirizzi e degli scopi perseguiti dalla ricerca e dallo sviluppo scientifico. Per quanto concerne le persone che vivono in povertà, il Commento afferma, tra le altre cose, che gli Stati dovrebbero dare priorità alle innovazioni scientifiche e tecnologiche che rispondono in modo particolare alle esigenze di questa categoria e dovrebbero assicurare che tali persone possano accedere alle innovazioni tecnologiche.

Al di là di questo aspetto, alcuni elementi paiono meritevoli di un approfondimento, soprattutto per quanto concerne le persone con disabilità. La discriminazione che queste ultime possono subire per quanto attiene alla partecipazione al progresso scientifico può riguardare due situazioni. La prima si collega al fatto che l'accesso e la partecipazione al progresso scientifico e ai suoi benefici possono essere limitati a causa del fatto che non si tengono in considerazione le necessità, le particolarità e le capacità specifiche di tali persone nell'ambito scientifico (di conseguenza, l'azione statale deve mirare a superare tali criticità). La seconda si verifica quando le persone con disabilità vengono escluse dalla fruizione "passiva", potremmo dire, dei benefici e dei prodotti della scienza proprio a causa del loro essere disabili. Ne sono esempi eclatanti i piani proposti da alcuni stati degli USA (Alabama, Kansas, Tennessee, Washington) durante la pandemia da Covid-19 e tendenti a posporre le persone con disabilità nell'accesso alle cure intensive rispetto ad altre persone più "sane", qualora dette cure non fossero state disponibili per tutti a causa del numero crescente dei malati. E ciò solo sulla base dell'esistenza della malattia¹⁴. Questa impostazione, che è stata scongiurata dall'intervento delle autorità federali¹⁵, è ovviamente incompatibile con varie norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani (nonché con la Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili che, tuttavia, è stata firmata e non ratificata dagli USA), e dimostra che l'eventualità che le persone con disabilità subiscano discriminazioni non concerne solo il ridotto accesso alla scienza, ma anche la possibilità di essere esclusi dai benefici da essa derivanti proprio a causa della loro disabilità e talvolta in relazione al diritto che più da vicino li coinvolge, quello alla salute.

Il Commento non pone un particolare accento su questo aspetto, forse perché ritenuto implicito nell'affermazione del dovere di garantire l'accesso generalizzato alla scienza e, più genericamente, nella tutela dei diritti dell'individuo. Tuttavia, proprio a fronte del moltiplicarsi di fenomeni di chiusura e di difesa da ciò che è "differente" all'interno della società mondiale, sarebbe stato preferibile richiamare l'attenzione degli Stati anche su tale aspetto.

¹⁴ Si vedano, su detti aspetti, i *complaint* presentati all'Ufficio per i diritti civili dello US Department for Health and Human Services: adap.ua.edu/uploads/5/7/8/9/57892141/al-ocr-complaint_3.24.20.pdf; www.centerforpublicrep.org/wp-content/uploads/2020/03/Kansas-OCR-complaint-3.27.20-final.pdf; thearc.org/wp-content/uploads/2020/03/2020-03-27-TN-OCR-Complaint-re-Healthcare-Rationing-Guidelines.pdf.

¹⁵ Cfr. *HHS Office for Civil Rights in Action, BULLETIN: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 marzo 2020, 1.

5. La garanzia della libertà di ricerca scientifica, sancita nello stesso art. 15, al par. 3, è un altro elemento fondamentale del diritto qui considerato. Tale libertà non coincide solamente con il divieto dello Stato di interferire indebitamente sul giudizio indipendente dei ricercatori, ma include anche: la facoltà di questi ultimi di determinare gli obiettivi della ricerca e i metodi da applicare alla stessa, che dovrebbero essere umanamente, scientificamente, socialmente e ecologicamente responsabili; il loro diritto di abbandonare un progetto se la loro coscienza glielo impone; la possibilità di cooperare a livello internazionale e di condividere dati con altri ricercatori, la politica e il pubblico. In particolare, questo ultimo richiamo sembra sottolineare la sempre maggiore importanza che dovrebbe avere all'interno della comunità scientifica lo scambio di dati e ricerche *open access* proprio nell'ottica del progresso della scienza e della sua diffusione *generalizzata*. Questo dovrebbe essere temperato con i diritti di proprietà intellettuale che necessiterebbero di un cambio di visione, riducendo l'attenzione all'aspetto commerciale e ampliando quello maggiormente compatibile con la tutela dei diritti umani (aspetto che verrà approfondito di seguito).

La libertà di ricerca scientifica non può, però, essere intesa in termini assoluti, potendo (e dovendo) incontrare dei limiti in relazione agli utilizzi negativi che essa può avere, ad esempio, in termini di impatto sugli individui, sull'ambiente, sui rapporti tra i differenti gruppi sociali o gli Stati. Si rende, quindi, necessaria una sua "regolamentazione" (talvolta limitazione) in relazione agli scopi perseguiti e alle modalità di realizzazione, anzitutto, per garantire la dignità e i diritti degli esseri umani coinvolti¹⁶. La tutela della dignità umana è centrale in questo ambito, come già affermato da vari strumenti internazionali adottati in materia precedentemente¹⁷, e costituisce, quindi, il primo ed essenziale principio etico che deve guidare l'attività dei ricercatori, nonché di quanti adottano decisioni concernenti la regolamentazione della scienza e dei suoi obiettivi.

Altro aspetto estremamente rilevante in relazione all'attività scientifica è la garanzia che questa sia indipendente e non condizionata da interessi non scientifici o incompatibili con la tutela dei diritti umani e dell'interesse generale. Detta garanzia è fondamentale per due ordini di motivi. Innanzitutto, i pareri scientifici possono (e, in alcuni casi, devono) essere acquisiti dagli organi esecutivi, legislativi e giudiziari per

¹⁶ Tali limitazioni devono chiaramente rispettare i requisiti stabiliti nell'art. 4 del Patto, vale a dire essere previste per legge e allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica.

¹⁷ Si vedano in tale senso, la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani, predisposta dall'UNESCO e adottata dall'Assemblea generale nel 1999, o la già richiamata Convenzione di Oviedo.

adottare decisioni in merito a questioni di interesse generale (si pensi, ad esempio, a tutte le decisioni adottate dai governi nazionali durante la pandemia da Covid-19 e fondate su pareri tecnico-scientifici). In tali casi, la trasparenza e l'assenza di conflitti di interessi tra gli scienziati che forniscono detti pareri e le aziende private o i settori della politica è essenziale per garantire che le determinazioni politiche e legislative si basino sulle migliori conoscenze scientifiche e non siano, invece, inficiate da interessi di parte.

In secondo luogo, la suddetta garanzia è un elemento imprescindibile affinché la società civile possa riporre fiducia verso la scienza e verso coloro che operano in tale ambito, fiducia che, se viene meno, favorisce la diffusione di pseudoscienze con grave danno dei diritti individuali e dell'interesse pubblico generale nonché del diritto di partecipare al progresso scientifico.

6. I principali elementi costitutivi di tale diritto sono identificati dal Commento in: disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità.

La disponibilità implica, innanzitutto, che il progresso e l'innovazione tecnico-scientifico abbiano effettivamente luogo (in maniera costante e continua) e che le conoscenze scientifiche e le loro applicazioni siano tutelate e diffuse, con una particolare attenzione rivolta ai gruppi più vulnerabili. Secondariamente, la disponibilità deve essere intesa sia come possibilità per gli individui di fruire di servizi che permettano loro di conoscere e di accedere alla scienza (biblioteche, musei, internet, ecc.), sia come il dovere degli Stati di agire per supportare la ricerca scientifica e *diffondere* a tutti le conoscenze che ne derivano. In relazione a tale ultimo aspetto, il Commento richiama la necessità che gli Stati promuovano l'*open science* e la pubblicazione *open source* delle ricerche scientifiche, in particolare se svolte con il sostegno di fondi pubblici¹⁸ (aspetto su cui ci soffermeremo più avanti).

L'accessibilità significa che il progresso scientifico e i risultati che ne discendono siano effettivamente accessibili senza discriminazioni in particolare quando sono necessari per il godimento di altri diritti economici, sociali e culturali. Ne deriva, quindi, che tali risultati (così come i servizi poco sopra richiamati) dovrebbero essere accessibili a tutti da un punto di vista economico, culturale, fisico senza discriminazioni tra parti della popolazione e/o del Paese. L'accessibilità si riferisce poi ad altre due dimensioni: l'accesso generalizzato alle applicazioni della scienza e quello alle informazioni riguardanti non solo i benefici, ma anche i rischi derivanti dalla scienza. Quest'ultimo aspetto appare strettamente inerente

¹⁸ Cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 16.

alla creazione di tutte le condizioni affinché l'individuo possa autodeterminarsi essendo messo a conoscenza tanto dei benefici quanto di tutti i rischi (conosciuti in quel momento) derivanti da una determinata ricerca scientifica o prodotto tecnologico.

L'accettabilità si riferisce alla necessità di spiegare il contenuto delle ricerche e diffonderne i risultati in modo da facilitarne l'accettazione in contesti sociali e culturali differenti, senza che ciò implichi un travisamento delle finalità e dell'integrità della ricerca o un peggioramento della sua qualità. Ugualmente, l'educazione scientifica e i prodotti della ricerca dovrebbero essere il più possibile adattati alle necessità di persone in situazioni particolari (quali le persone con disabilità). L'accettabilità implica, poi, che le ricerche scientifiche includano il rispetto di principi etici, finalizzati alla tutela, come detto, della dignità umana e dei diritti altrui.

Infine, la qualità. Questa fa riferimento al fatto che tanto il processo di creazione scientifica quanto l'accesso ai benefici da esso derivanti devono riguardare la scienza più avanzata, aggiornata e accettata al momento e che rispetti gli standard minimi stabiliti dalla comunità scientifica. Ritorna, qui, il concetto di scienza evidenziato all'inizio, ossia un'attività che rispetta determinati standard condivisi dalla comunità scientifica e che, in quanto tale, garantisca che le nuove scoperte/invenzioni siano "scientifiche" (e non pseudo-scientifiche) e, quindi, possano essere messe a disposizione della popolazione. In relazione alla "qualità" è necessario evidenziare che, sebbene sia auspicabile che la scienza più avanzata sia disponibile per tutti, ciò non deve significare l'esclusione, a priori, dell'accesso alla scienza meno avanzata. Infatti, in alcuni contesti socio-economici (come quello dei Paesi meno avanzati) lo sviluppo scientifico e la possibilità di accesso allo stesso passano, in un primo momento, per l'acquisizione e la diffusione di tecnologie semplici e poco costose, necessarie però a permettere a tutti (anche ai settori più svantaggiati della società) di accedere alla scienza e alle tecnologie e di avere un miglioramento nei loro standard di vita. Ovviamente, questo non potrebbe accadere in relazione ai prodotti tecnico-scientifici più avanzati che, per ragioni di costo, resterebbero appannaggio degli individui e delle regioni più istruite ed economicamente avanzate¹⁹. Il Commento avrebbe potuto evidenziare tale aspetto allo scopo di assicurare che il miglior standard possibile di qualità della scienza e della tecnologia sia determinato anche in base alle esigenze della società in cui esse si applicheranno e non solo in base alla "modernità" di detta scienza o tecnologia.

¹⁹ In tal senso, A.R. CHAPMAN, *op. cit.*, 14; L. SHAVER, *The Right to Science: Assuring that Everyone*, cit., 424.

7. Il Commento generale evidenzia fin da subito che, sebbene la piena realizzazione di questo diritto sia progressiva (e, si potrebbe aggiungere, senza fine, date proprio le caratteristiche specifiche della scienza e, quindi, del relativo diritto a parteciparvi), l'azione per dare avvio alla sua realizzazione deve essere immediata, così come prioritaria deve essere l'attuazione delle "core obligations", ossia i livelli minimi di realizzazione di un diritto al di sotto dei quali la sua essenza e il suo significato vengono meno. Il Comitato prevede, qui, una sorta di clausola di salvaguardia per gli Stati affermando che, se essi non riescono a implementare neppure detti obblighi, devono dimostrare di aver fatto tutti gli sforzi possibili per utilizzare le risorse a loro disposizione per darvi attuazione in via prioritaria. La *ratio* che ne è alla base è, evidentemente, quella di non prevedere obblighi eccessivamente onerosi per i Paesi meno avanzati che, data la scarsità di risorse economiche e i gravi problemi legati alla sopravvivenza delle loro popolazioni, potrebbero non essere nelle condizioni di soddisfare neppure gli obblighi essenziali. Tuttavia, quasi tutti gli obblighi rientranti in questa categoria non richiedono un impegno economico per lo Stato (eliminazione di leggi, politiche e pratiche che ingiustificatamente limitano l'accesso a servizi, beni e informazioni relative alla scienza, alla conoscenza scientifica e alle sue applicazioni; eliminazioni di leggi, politiche e stereotipi che discriminino donne o alcuni gruppi sociali nell'accesso alla scienza, ecc.), ad eccezione di quelli che riguardano la predisposizione di piani e strategie nazionali che permettano di favorire l'accesso e la partecipazione degli individui alla scienza, cosa che implica necessariamente interventi economici nel campo dell'istruzione, del sostegno alla ricerca, ecc. Sarebbe, quindi, stato preferibile limitare la "clausola di salvaguardia" solo a questi obblighi essenziali ed economicamente impegnativi, piuttosto che estenderla a tutti, proprio allo scopo di favorire la maggiore attuazione possibile del diritto esaminato.

Anche per questo diritto, poi, il Comitato richiama la ormai tradizionale tripartizione in obblighi di rispettare, proteggere e adempiere. In tale ambito appaiono particolarmente interessanti due aspetti.

Il primo attiene all'obbligo di proteggere che si esplica, innanzitutto, nel dovere degli Stati di adottare misure per impedire che tanto i soggetti privati quanto i pubblici poteri possano interferire con il diritto di ciascuno di godere dei benefici del progresso scientifico e con la possibilità di accedere all'educazione e alla scienza. Allo stesso tempo, gli Stati devono adottare misure per tutelare gli individui da pseudoscienze che, spesso per motivi economici, creano false aspettative nella popolazione, soprattutto nelle fasce più vulnerabili. In tale senso, si è visto anche durante l'attuale pandemia da Covid-19 quante siano state le *fake news* circolate

relative, ad esempio, a farmaci già esistenti indicati come “efficaci” nel curare la malattia (tanto da indurre alcuni ad auto-somministrarseli senza controllo medico, con effetti purtroppo letali), *fake news* che, talvolta, sono state diffuse addirittura da capi di Stato (nota è, purtroppo, la “boutade” del Presidente degli Stati Uniti d’America, Donald Trump, sull’efficacia delle iniezioni di disinfettante nel prevenire e curare il Covid-19).

L’altro aspetto concerne la dimensione promozionale dell’obbligo di adempiere, vale a dire la necessità di favorire il progresso tecnico e scientifico anche attraverso gli investimenti²⁰ e la divulgazione della scienza, eliminando gli ostacoli alla pubblicazione e condivisione dei risultati scientifici e garantendo che le restrizioni contrattuali al diritto degli scienziati di pubblicare i risultati delle loro ricerche siano coerenti con l’interesse pubblico (e con la corretta attribuzione dei risultati ai ricercatori). Anche qui torna l’importanza di rendere il più possibile diffusi i risultati delle ricerche scientifiche nell’ottica della creazione di una società scientifica sempre più caratterizzata dall’*open access* a cui si collega il profilo problematico, già richiamato, del rapporto tra il diritto di partecipare al progresso scientifico e i diritti di proprietà intellettuale (di cui ci occuperemo a breve).

8. Se quelli fin qui evidenziati costituiscono gli aspetti essenziali del contenuto del diritto a godere del progresso scientifico, si rende necessario porre in evidenza alcuni profili problematici che richiedono di specificare meglio alcune enunciazioni del Commento o postulano un approccio rinnovato ad alcune tematiche (quali, ad esempio, i diritti di proprietà intellettuale e la diffusione dei dati scientifici) al fine di dare effettiva attuazione al diritto qui analizzato.

Si è posto precedentemente in evidenza che la fruizione dei benefici della scienza debba essere intesa non solo in senso passivo, ma anche in senso attivo, quale diritto a partecipare all’educazione scientifica e alle decisioni che regolano la scienza. La possibilità di ricevere un’istruzione scientifica diviene essenziale per dotare tutti gli individui delle capacità

²⁰ È fin troppo ovvio osservare che, come per molti diritti di natura economica, sociale e culturale, anche per quello a partecipare al progresso scientifico un *punctum dolens* è quello della disponibilità delle risorse economiche pubbliche. Il Commento pone, in alcuni ambiti, obiettivi molto avanzati. Si pensi, solo per fare un esempio, all’affermazione circa l’opportunità che gli Stati diano priorità alle innovazioni scientifiche e tecnologiche che rispondono in modo particolare alle esigenze delle persone che vivono in povertà e alla garanzia che anche queste ultime possano accedere alle innovazioni tecnologiche. Sono obiettivi che solamente uno Stato con grandi risorse economiche può tentare di perseguire, anche in considerazione del fatto che difficilmente investimenti privati si indirizzeranno verso settori di ricerca meno “remunerativi”.

necessarie non solo ad intraprendere, se così desiderano, una carriera scientifica, ma anche per essere parte attiva della vita democratica del proprio Paese e poter intervenire anche nelle decisioni che guidano la scienza.

Ora, alcune considerazioni su questi aspetti vengono in rilievo. Da un lato, sembra esservi una certa sovrapposizione tra il diritto qui richiamato e il diritto all'istruzione. Come detto, solo un cittadino formato anche in ambito scientifico sarà in grado di intraprendere una carriera nell'ambito della ricerca scientifica e di partecipare alle decisioni inerenti alla scienza. Tuttavia, non sembra esserci molta differenza con il diritto di tutti di poter accedere in condizioni di parità ai gradi più elevati di istruzione che, ovviamente, includono anche la formazione scientifica. Vero è che la partecipazione alla scienza, in quanto componente del più ampio diritto di ognuno di partecipare alla vita culturale, include anche la possibilità di poter fruire di servizi "secondari" che permettono di ampliare le proprie conoscenze (come biblioteche, musei, ecc.) o di prendere parte a tutte quelle manifestazioni o attività che favoriscono la diffusione di una cultura scientifica e di accedere alle carriere scientifiche. Tuttavia, l'elemento essenziale appare quello inerente alla possibilità di fruire dell'istruzione scolastica, universitaria e post-universitaria, possibilità che deve essere garantita a tutti senza discriminazioni.

Dall'altro lato, l'affermazione del diritto di ogni individuo di partecipare alle decisioni che riguardano gli sviluppi e gli orientamenti della scienza va meglio specificata per non apparire, in un certo senso, utopistica. Infatti, se ciò fosse inteso come diritto di ogni individuo di esprimere la propria opinione su tutte le questioni scientifiche ci si porrebbe in un'ottica di difficilissima realizzazione per due ragioni. La prima attiene alla vastità delle conoscenze e della specializzazione necessaria per poter contribuire *consapevolmente* alle scelte in materia di scienza. Ad esempio, anche nel caso in cui si fosse esperti di intelligenza artificiale, si potrebbe sapere poco o nulla di bioingegneria e, di conseguenza, la possibilità di partecipare alle scelte inerenti a entrambi i campi sarebbe compromessa. Ciò vale a maggior ragione per chi non possiede una specializzazione scientifica, ma solo delle conoscenze di base o mediamente avanzate in materia di scienza. La seconda ragione attiene alla velocità con cui, soprattutto oggi, la scienza e la tecnica si evolvono, velocità che rende impossibile per chiunque non sia addentro alla materia partecipare in modo consapevole. Diventa, quindi, inevitabile (e probabilmente auspicabile) che la partecipazione alle scelte specifiche in materia di questioni scientifiche sia, per lo meno di fatto, limitata agli "esperti" della materia. Ciò anche nell'ottica di evitare che le suddette decisioni siano prese su false basi o su pseudoscienze.

Questo non significa certamente escludere la società civile dal processo decisionale. Innanzitutto, essa può svolgere un importante ruolo nel vigilare affinché gli esperti siano realmente indipendenti da controlli esterni e diano il loro contributo in *scienza e coscienza* e non per interessi personali o perché legati a “lobbies”²¹. In secondo luogo, gli individui e la società nel suo complesso, anche se non esperti, possono dare il loro contributo per delineare i principi fondamentali, giuridici e metagiuridici, che devono guidare la ricerca scientifica. Il Commento richiama, in tal senso, la necessità che le politiche inerenti alla scienza e alla tecnologia siano stabilite attraverso un processo partecipativo e trasparente, così come l’esigenza che le decisioni concernenti gli orientamenti di determinate ricerche o il ricorso a certe nuove tecnologie siano oggetto di un esame pubblico e aperto alla partecipazione dei cittadini²². In tal modo, se agli esperti spetta dare un contributo portando il loro punto di vista di studiosi su una determinata specifica questione, alla società (e alla politica) attiene di determinare i confini entro cui dette questioni vanno inquadrare.

9. Si è richiamato più volte il tema del rapporto con la normativa in materia di proprietà intellettuale, aspetto che il Commento affronta sia in un paragrafo specifico, sia in vari passaggi, nonché trattando del rapporto tra diritto alla scienza e diritto alla salute. È significativo che, su questo punto, alcuni Stati, durante la sottoposizione di commenti e suggerimenti alla bozza di Commento in vista dell’adozione del testo definitivo, abbiano contestato la posizione del Comitato in relazione a due punti in particolare: gli effetti negativi che la normativa in materia di proprietà intellettuale avrebbe sul diritto di partecipare alla scienza; il dovere degli Stati di adottare i mezzi necessari a evitare detti effetti negativi²³.

Non si può certo dimenticare che lo stesso art. 15, par. 1, lett. c), afferma il diritto di ciascuno «to benefit from the protection of the moral

²¹ Sul tema del pericolo che le scelte in materia scientifica siano guidate da *lobbies* si veda già C.G. WEERAMANTRY, *The Slumbering Sentinels: Law and Human Rights in the Wake of Technology*, Ringwood, 1983. Queste problematiche sono amplificate nei Paesi in via di sviluppo a causa della grave e perdurante mancanza di risorse, il che porta con sé ulteriori questioni, quale, ad esempio, l’esistenza o meno di un diritto collettivo delle popolazioni a ricevere alcune tecnologie essenziali per la loro sopravvivenza, esame che va al di là dello scopo del presente contributo. Tuttavia, per alcuni approfondimenti, si rinvia a, A. LERNER-LAM, L. SEEGER ET AL., *Vital Technology as a Human Right*, in *Christian Science Monitor*, 2005.

²² Cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 55.

²³ Cfr., *Comments of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (2-3)*, *Japan’s Comments on the Draft General Comment on Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2-4)*, *Submission of the Australian Government to Draft General Comment on Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (4)* (www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/DraftGeneralComment_Science.aspx).

and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author». Tuttavia, come mostrano i lavori preparatori sia del Patto sia della Dichiarazione universale, che, come detto, all'art. 27 prevede una disposizione dello stesso tenore²⁴, in origine l'obiettivo di tale statuizione era di garantire l'integrità delle opere letterarie e scientifiche, di assicurare che non fossero utilizzate in una maniera distorta e differente da quella voluta dall'autore e di garantire a quest'ultimo degli introiti per la sua opera/creazione, ecc. In altri termini, lo scopo non era quello di creare una base giuridica per l'affermazione di un diritto di utilizzazione esclusiva della scoperta/invenzione/opera²⁵, bensì quello di statuire il diritto alla paternità dell'invenzione²⁶. A partire dagli anni '80 del secolo scorso la normativa, tanto nazionale quanto internazionale (si pensi all'Accordo TRIPs all'interno della Organizzazione mondiale del commercio), si è incentrata sempre più sulla tutela degli interessi economici dell'autore/inventore, il che ha favorito il notevole incremento degli investimenti privati in tali settori²⁷. Così, sebbene questa normativa costituisca un incentivo (pur non unico)²⁸ per il progresso tecnico-scientifico garantendo introiti economici agli inventori/autori, essa comunque presenta vari aspetti che possono minare la fruizione del diritto alla scienza e dei benefici da essa derivanti per come qui delineato. In-

²⁴ Per un esame approfondito dei lavori preparatori dell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo v. L. SHAVER, *The Right to Science and Culture*, cit., 131 ss.

²⁵ Il Comitato nel General Comment n. 17 relativo proprio al par. 1, lett. c), dell'art. 15 del Patto, afferma che è importante non equiparare i diritti di proprietà intellettuale con il diritto sancito dall'art. 15, par. 1, lett. c), poiché lo scopo di quest'ultimo non coincide necessariamente con ciò che le legislazioni nazionali e gli accordi internazionali intendono per diritti di proprietà intellettuale (cfr. *General Comment n. 17. The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She Is the Author (Article 15, Paragraph 1 (c), of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/GC/17, 12 gennaio 2006, paragrafi 2-3).

²⁶ A ciò si aggiunga che il diritto enunciato dall'art. 15, par. 1, lett. c), non può certo essere interpretato o applicato in maniera incompatibile con la realizzazione degli altri diritti stabiliti nel Patto.

²⁷ Significative in tal senso sono le parole di A.R. CHAPMAN, *op. cit.*, 19: «The process of commercialization of science noted above has altered the role of intellectual property from a means to provide incentives to authors, researchers, and inventors to a mechanism to encourage investment and to protect the interests of investors. This development, in turn, has stimulated pressures for new and broader forms of intellectual property rights to protect economic investments in science and technology». Le fa eco L. SHAVER, *The Right to Science and Culture*, cit., 158-159, la quale afferma: «Put another way, the function of intellectual property is to transform a global public good (la conoscenza, ndr) into a private one».

²⁸ Per una critica all'"impostazione" secondo cui l'aspetto remunerativo derivante dall'attuale normativa in materia di proprietà intellettuale costituisca il principale incentivo per i ricercatori e i privati a investire in ricerca e, di conseguenza, il "motore" dello sviluppo tecnico-scientifico, v. D. ARCHIBUGI, A. FILIPPETTI, *The Globalisation of Intellectual Property Rights: Four Learned Lessons and Four Theses*, in *Global Policy*, 2010, 137 ss.; C. HENRY, J.E. STIGLITZ, *Intellectual Property, Dissemination and Sustainable Development*, ivi, 237 ss.

nanzitutto, ciò deriva dalle limitazioni allo scambio di informazioni, dati e risultati della ricerca che i diritti di proprietà intellettuale possono porre sia in termini generali (impedendo l'accesso per un certo periodo di tempo) sia in termini più specifici, per esempio, prevedendo dei costi per la fruizione di determinate pubblicazioni o prodotti che sono inaccessibili per i ricercatori a più basso reddito o dei Paesi in via di sviluppo. Inoltre, il finanziamento privato tende a indirizzare la ricerca verso settori che in alcuni casi possono essere particolarmente redditizi ma non attinenti a questioni cruciali per il benessere sociale generale o che non tengono in considerazione le necessità delle classi economicamente più svantaggiate o dei Paesi meno avanzati, essendo mercati meno vantaggiosi. In senso opposto, dovrebbe intervenire il finanziamento pubblico ma, in un tempo in cui la ricerca scientifica sconta continue riduzioni di sussidi pubblici, è consequenziale che i pochi fondi a disposizione tendano a essere indirizzati verso obiettivi che garantiscono un certo "profitto" (non solo in termini economici ma anche di utilizzabilità delle scoperte fatte). Invece, la necessità di evitare discriminazioni nell'accesso alla scienza e ai suoi benefici implica scelte che orientino la stessa (anche) verso le esigenze delle fasce di popolazione più svantaggiate, rurali, i gruppi etnici discriminati, ecc., a discapito (se necessario) del profitto economico e della "competitività" scientifica²⁹.

Sarebbe, di conseguenza, necessario agire per evitare una inaccettabile tendenza a dare priorità al profitto economico di alcuni rispetto al benessere di tutti poiché «intellectual property is social product and has a social function»³⁰. Gli Stati sono, infatti, chiamati a garantire un equilibrio tra la tutela dei diritti degli inventori/scopritori/autori e i diritti altrui di natura economica, sociale e culturale, compreso, ovviamente, il diritto a beneficiare del progresso scientifico³¹.

Ora, in tale contesto, due aspetti appaiono particolarmente rilevanti: la questione dei brevetti e quella inerente al "copyright" per quanto riguarda la diffusione delle ricerche scientifiche (e dei relativi dati). Entrambi questi aspetti richiederebbero una revisione normativa o una interpretazione delle norme esistenti, tanto a livello nazionale quanto inter-

²⁹ Cfr., A.R. CHAPMAN, *op. cit.*, 13.

³⁰ Cfr. *General Comment n. 17*, cit., par. 35.

³¹ Si noti che l'obbligo degli Stati parti di garantire un equilibrio tra i diritti dell'autore/inventore e i diritti altrui (in particolare quelli economici, sociali e culturali) è enumerato nel succitato Commento generale n. 17 tra le "core obligations" inerenti alla realizzazione dell'art. 15, par. 1, lett. c). D'altra parte, la connessione tra necessità di "limitare" gli aspetti economici della scienza e la diffusione dei risultati della scienza (che dovrebbero appartenere a tutti) era stata ben messa in evidenza fin dal 1973 da Merton, nella sua basilare *Sociologia della Scienza* (cfr. R.K. MERTON, *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, Chicago, 1973, 270 ss.).

nazionale, più orientata alla tutela dei diritti umani, se si vuole favorire l'effettiva realizzazione del diritto a partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici. Tale revisione dovrebbe essere improntata anche alla necessità di favorire la collaborazione scientifica (e culturale) tra gli scienziati, la cooperazione allo sviluppo e il trasferimento di tecnologie allo scopo di ridurre i *gap* e le discriminazioni nella fruizione della scienza anche tra le differenti aree geografiche del mondo.

Relativamente ai brevetti, una soluzione maggiormente *human rights oriented* potrebbe essere quella di limitare la portata da un punto di vista sia temporale sia degli "elementi di novità" coperti dal brevetto³². Infatti, se fosse richiesta una differenziazione anche minima di un prodotto/scoperta/applicazione rispetto a quello precedentemente brevettato per essere considerato nuovo, ciò porterebbe due principali benefici. Innanzitutto, un maggior numero di soggetti sarebbe indotto a creare prodotti "nuovi", evitando i monopoli e favorendo la conoscenza e l'innovazione. Inoltre, i Paesi in via di sviluppo potrebbero accedere con maggiore facilità a invenzioni o prodotti necessari a garantire il benessere e lo sviluppo della popolazione, proprio grazie alla maggiore competitività.

Ugualmente sarebbe importante cercare altre vie attraverso cui garantire l'incentivo economico all'inventore/scopritore e/o alla società che ha investito nella ricerca. Un esempio è costituito dai premi di accesso al mercato (quali i fondi per incentivare l'innovazione) che rendono possibile sganciare i compensi economici destinati all'attività di ricerca e sviluppo dal prezzo del prodotto che potrebbe, così, essere più basso e accessibile a un maggior numero di persone³³. Tuttavia, questo, come ogni altro tipo di aiuto economico pubblico tendente a controllare/ridurre i prezzi, implica che lo Stato considerato abbia risorse sufficienti per dare vita a detti incentivi e che essi siano abbastanza remunerativi da essere appetibili per i ricercatori e le aziende private.

A livello internazionale, si dovrebbe finalmente giungere ad una interpretazione dell'Accordo TRIPs che sia maggiormente compatibile con la tutela dei diritti individuali e del diritto di godere del progresso scientifico. Tale interpretazione sarebbe, infatti, possibile proprio in base ai principi e alle finalità del suddetto Accordo che tendono a facilitare la disseminazione della tecnologia e a favorire il benessere economico e sociale degli individui³⁴. Allo scopo di perseguire detti obiettivi, si dovrebbe

³² Cfr. C. HENRY, J.E. STIGLITZ, *op. cit.*

³³ In tal senso, *Comments of Knowledge Ecology International (KEI) on the Draft General Comment: Science and Economic, Social and Cultural Rights Art. 15: 15.1b, 15.2, 15.3 and 15.4, 2 January 2020 draft*, 2.

³⁴ In tal senso e nell'ottica di evidenziare l'insussistenza di una contrapposizione tra il testo dell'Accordo TRIPs e il diritto alla salute (contrapposizione derivante piuttosto

be interpretare l'Accordo TRIPs in un senso maggiormente *human rights oriented* (e non più essenzialmente *market oriented*) così da realizzare, anche, un'applicazione più corretta e con meno condizioni restrittive (in particolare per i Paesi in via di sviluppo) delle clausole di flessibilità del TRIPs. Tali clausole permettono all'autorità giudiziaria o amministrativa di autorizzare l'uso di un brevetto senza il consenso del suo proprietario (c.d. licenze obbligatorie), in caso di emergenze nazionali o in altre circostanze di estrema urgenza allo scopo di salvaguardare l'interesse generale (art. 31).

In questo ambito, rilevante è il caso dei brevetti relativi ai medicinali e del loro rapporto con la tutela del diritto alla salute. Su tale questione è intervenuta, prima, la Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, adottata nel 2001 dalla Conferenza di Doha del WTO³⁵, ad affermare che l'Accordo TRIPs deve essere interpretato e applicato in una maniera tale da supportare il diritto (e dovere) degli Stati membri del WTO di tutelare la salute pubblica e di accedere ai medicinali, utilizzando le clausole di flessibilità previste nell'Accordo (anche nei Paesi in via di sviluppo) per raggiungere tali scopi, in particolare (ma non solo) in caso di emergenze nazionali derivanti dalla diffusione di una malattia endemica o pandemica. Successivamente, si è avuta la decisione sull'attuazione del par. 6 della Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPs e la salute pubblica, adottata dal Consiglio TRIPs nel 2003, che permette ai Paesi colpiti da una epidemia di importare legalmente da uno Stato esportatore il farmaco generico atto a curare la malattia, se detto Paese non ha le capacità per produrlo a livello nazionale (decisione poi trasfusa in un Protocollo di emendamento del TRIPs)³⁶. Tuttavia, questi significativi passi in avanti hanno incontrato l'ostacolo rappresentato dai i c.d. TRIPs-*plus* conclusi tra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo. Detti accordi, infatti, tendono a limitare, ritardare o escludere l'applicazione delle licenze obbligatorie in quegli Stati in via di sviluppo che non possano produrre *in loco* i farmaci brevettati. Sarebbe, di conseguenza, necessaria una completa revisione di questi ultimi accordi per

dall'implementazione che gli Stati hanno dato al trattato qui richiamato), si veda, N. BOSCHIERO, *Intellectual Property Rights and Public Health: an Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, 259 ss., 280-286.

³⁵ Doha WTO Ministerial 2001, WT/Min(01)/Dec/2, 20 novembre 2001. Cfr. R. CADIN, *È più immorale e antigiuridico secondo il diritto internazionale copiare un brevetto o negare l'accesso ai farmaci essenziali ai malati di Aids nei Paesi poveri?*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2004, 40 ss.

³⁶ Il Protocollo è stato adottato nel 2005 ed è entrato in vigore nel 2017. Attualmente è stato ratificato dalla maggioranza dei membri del WTO, tra cui UE e USA.

permettere la su richiamata applicazione generalizzata delle clausole di flessibilità del TRIPs (e anche una rinnovata “reazione” internazionale nei confronti degli Stati che, invece, agiscono per impedire tale applicazione)³⁷ in un’ottica di tutela del diritto alla salute e del diritto a partecipare ai benefici del progresso scientifico³⁸.

Veniamo ora all’altro aspetto: la diffusione delle opere e dei dati scientifici. Queste opere, come tutte le opere letterarie, artistiche, musicali, ecc., sono sovente soggette al “copyright” o dello scienziato/autore della ricerca/opera o della casa editrice della rivista o del libro attinenti a tale ricerca o opera. Il “copyright”, così come i brevetti e gli altri diritti di proprietà intellettuale, pone forti limiti alla diffusione della scienza e della conoscenza poiché, per periodi di tempo anche lunghi, impedisce non solo la riproduzione in senso stretto di quel testo ma anche la sua traduzione, l’adattamento o la modifica, effetti che sono tanto più negativi nei confronti dei ricercatori dei Paesi in via di sviluppo o con meno risorse economiche. In tal senso, sarebbe necessario dare maggiore impulso alle pubblicazioni in *open access*³⁹, innanzitutto, per quelle ricerche che hanno un impatto su diritti economici, sociali e culturali, quali il diritto alla salute, all’educazione, al cibo⁴⁰. Ciò instaurerebbe un circolo virtuoso di diffusione della scienza e della conoscenza e di progresso culturale e scientifico. Infatti, quanto più gli studiosi possono accedere a nuove ricerche tanto più saranno messi nelle condizioni di sviluppare nuove idee. Ciò, poi, dovrebbe valere a maggior ragione nel caso in cui la ricerca sia stata sviluppata (anche) con fondi pubblici: è evidente che se lo Stato investe in una data ricerca è perché ritiene che essa si occupi di una questione di interesse generale e, di conseguenza, i risultati dovrebbero essere “aperti” proprio per soddisfare quell’interesse generale e per non co-

³⁷ L’High Level Panel on Innovation and Access to Medicines, creato nel 2015 dall’allora Segretario generale Ban Ki-Moon, nel suo rapporto finale aveva suggerito di sottoporre a sanzioni gli Stati che, attraverso minacce o “vendette”, impediscono ad altri Stati di esercitare i diritti loro attribuiti dall’Accordo TRIPs (cfr. *Report of the United Nations Secretary General’s High Level Panel on Innovation and Access to Medicines. Promoting Innovation and Access to Health Technologies*, settembre 2016, 53).

³⁸ La *call for action* lanciata a fine aprile 2020 da ONU e OMS per una collaborazione globale (tra attori pubblici e privati) al fine di accelerare lo sviluppo di terapie e vaccini anti-Covid-19 e per garantire a tutti l’accesso ad essi, potrebbe, quindi, rappresentare l’occasione giusta anche per rivedere gli accordi TRIPs e TRIPs-*plus* in un senso maggiormente attento alla tutela dei diritti fondamentali degli individui.

³⁹ In tal senso, già il Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed, Copyright Policy and the Right to Science and Culture*, UN Doc. A/HRC/28/57, 24 dicembre 2014, par. 82 ss.

⁴⁰ Cfr. *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 62.

stringere, magari, le autorità pubbliche a dover (nuovamente) pagare per ottenere i risultati della suddetta ricerca⁴¹.

Ciò, ovviamente, ha i suoi rovesci della medaglia, quali: a) la necessità di una regolamentazione dell'*open access* che, per essere veramente "aperto" e non trasformarsi in uno strumento discriminatorio, dovrebbe implicare solo costi molto bassi per chi pubblica o per l'università/ente a cui esso appartiene⁴²; b) l'eccessiva pubblicazione di dati o di dati non totalmente verificati che può avere il grave effetto di negare un reale accesso alla scienza, soprattutto a chi non è esperto della materia; c) la necessità di stabilire strumenti che garantiscano, in alcuni casi, che la pubblicazione e la diffusione di dati non siano incompatibili con la tutela di altri diritti individuali, ad esempio il diritto alla *privacy*. Tuttavia, anche questo aspetto è imprescindibile se si vuole rendere effettivo e reale il diritto di accesso alla scienza e ai suoi benefici.

10. Si è visto che il diritto di partecipare ai benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni ha un significato (e un contenuto) con molte sfaccettature, implicante differenti componenti, quali principalmente: a) il diritto a accedere alla formazione (ampiamente intesa) e alle carriere scientifiche in condizioni di parità e senza discriminazioni; b) la garanzia che gli Stati agiscano per favorire il continuo sviluppo scientifico e l'innovazione tecnologica e per diffonderne i risultati; c) la possibilità per tutti di accedere alle innovazioni tecniche e scientifiche più avanzate; d) la necessità di riservare una particolare attenzione alle esigenze di gruppi "storicamente" discriminati (anche) in ambito scientifico; e) la garanzia della libertà di ricerca scientifica e, al contempo, della sua "regolamentazione" in un'ottica di tutela dei diritti individuali e della dignità umana.

Se, come detto, la componente inerente al diritto di accedere alla cultura scientifica su base paritaria e non discriminatoria può essere vista come sovrapponibile al diritto all'istruzione, il diritto di godere dei bene-

⁴¹ Quanto è avvenuto (e sta avvenendo) durante la pandemia da Covid-19 è un importante segnale in tal senso. Infatti, in questi mesi molti dati (epidemiologici, statistici, inerenti alla sequenza genomica del virus) sono stati scambiati tra i ricercatori per mezzo della pubblicazione di articoli in *preprint* o sui *social network* o su piattaforme *open access* dedicate, in modo da metterli a disposizione di altri esperti con cui confrontare idee, ipotesi, possibilità di ricerca. Ugualmente, numerose riviste e istituzioni scientifiche hanno deciso di rendere immediatamente fruibili in *open access* le pubblicazioni sul Covid-19 e si sono impegnate a trasmettere all'OMS tutti i dati e le informazioni rilevanti in loro possesso.

⁴² Non sono pochi i casi in cui i costi per pubblicare in *open access* vengono sostenuti non direttamente dall'autore della ricerca ma dall'università o dall'ente in cui esso svolge la sua attività o, anche, dallo Stato. Affinché, quindi, l'*open access* sia uno strumento a servizio della scienza e aperto a tutti è necessario che tali costi siano sostenibili anche nei Paesi in via di sviluppo o dagli scienziati meno abbienti, altrimenti diventerebbe uno strumento "elitario".

fici del progresso scientifico e delle sue applicazioni può costituire un'importante base giuridica per affermare la necessità di una più corretta interpretazione (o, laddove necessario, di una revisione) della normativa concernente la proprietà intellettuale e per la creazione di una scienza sempre più aperta allo scambio delle ricerche e dei dati scientifici, anche in un'ottica di raggiungimento degli obiettivi di sviluppo dei Paesi. Altri diritti (quali, ad esempio, il diritto alla salute) potrebbero essere opportunamente invocati per modificare solamente quelle parti della normativa sui diritti di proprietà intellettuale che incidono specificamente sul diritto di volta in volta considerato. Il diritto a godere del progresso scientifico può costituire, invece, una base giuridica per una nuova interpretazione o revisione di tali normative *in generale*.

Questo è un aspetto cruciale, poiché la fruizione da parte di tutti dei benefici del progresso scientifico non può essere scissa dalla necessità di reinterpretare (o modificare) accordi internazionali e legislazioni nazionali molto stringenti in materia di diritti di proprietà intellettuale e che in quanto tali sono in grado di limitare in maniera sostanziale il diritto qui analizzato. Relativamente a questo ultimo aspetto, appare rilevante la dimensione extraterritoriale dell'obbligo degli Stati parti di garantire la piena realizzazione del diritto a partecipare del progresso scientifico e dei suoi benefici⁴³. Tale responsabilità implica in particolare, afferma il Commento, il dovere degli Stati parti, quando negoziano un accordo internazionale o adottano la legislazione nazionale in materia di proprietà intellettuale, di assicurare che il regime di proprietà intellettuale favorisca la fruizione del diritto di godere dei benefici del progresso scientifico. Ora, se è vero che nel negoziare trattati futuri o nell'attività svolta in seno alle organizzazioni internazionali gli Stati parti dovrebbero agire così da rispettare gli obblighi discendenti dal diritto qui analizzato (oltre che degli altri diritti umani), è altrettanto vero che i medesimi obblighi extraterritoriali dovrebbero condurli a una revisione di trattati già esistenti se essi impediscono la piena realizzazione del diritto degli individui di partecipare e fruire dei benefici del progresso scientifico. La conoscenza (intesa in senso ampio) e la possibilità di partecipare al progresso scientifico verrebbero, così, ad essere intesi come beni pubblici, le cui limitazioni (anche derivanti dagli interessi economici degli inventori/scopritori/autori, ecc.) devono essere delineate in modo da non costituire una negazione del diritto in questione.

Affinché possano realizzarsi tali mutamenti necessari a rendere effettivo il diritto di partecipare al progresso scientifico, diviene rilevante pure la cooperazione internazionale, anch'essa più volte richiamata dal

⁴³ *General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 83.

Commento generale⁴⁴. Così, un'azione propulsiva a favore della interpretazione o della revisione (laddove necessario) della normativa in materia di diritti di proprietà intellettuale in senso più orientato ai diritti umani potrebbe giungere dalla OMPI e dall'OMC. L'UNESCO potrebbe svolgere una funzione importante nell'indirizzare e diffondere una "cultura" scientifica sempre più aperta e accessibile (e ciò, ovviamente, non solo in riferimento alle scienze dure). In ambito medico, l'OMS potrebbe svolgere un ruolo essenziale nella raccolta e condivisione dei dati scientifici (nonché nella predisposizione di regole uniformi relative a detta raccolta)⁴⁵.

Il diritto a godere di benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni è, innegabilmente, un diritto che nella società attuale riveste un'importanza sempre maggiore nell'ottica della piena realizzazione degli individui (e dei loro diritti) nonché dello sviluppo dei popoli. Affinché sia effettivamente realizzato è necessario concentrarsi, primariamente, sulla diffusione della scienza e dei suoi risultati in maniera generalizzata, sulla possibilità degli individui di fruire a costi equi di detti risultati (soprattutto quando questi hanno un impatto sulla possibilità di godere di altri diritti come il diritto alla salute o al cibo) e sulla facoltà di accedere a tutti i livelli di istruzione al fine di creare e diffondere una mentalità scientifica (che, come già detto, non è riferita solo alle scienze dure). Ugualmente, è indispensabile assicurare che i risultati raggiunti e diffusi

⁴⁴ È interessante notare che, proprio in relazione alla cooperazione internazionale, è stato introdotto un paragrafo completamente dedicato alle pandemie quale esempio lampante dell'importanza della cooperazione internazionale e della condivisione dei dati per far fronte a tali situazioni emergenziali, paragrafo non previsto dalla bozza del gennaio 2020 (*General Comment n. 25 (2020)*, cit., par. 82).

⁴⁵ La cooperazione internazionale dovrebbe, poi, essere indirizzata a due altri aspetti rilevanti: a) rendere gli Stati in via di sviluppo sempre più in grado di partecipare al progresso scientifico anche (per lo meno inizialmente) per mezzo del trasferimento tecnologico verso di essi; b) regolamentare le nuove tecnologie in modo da impedire che diventino (o continuino a essere) strumenti per ampliare le disuguaglianze economiche, sociali, lavorative, ecc., rivolgendo una particolare attenzione alla necessità di regolare l'accesso, il possesso e il controllo dei dati da parte di grandi compagnie private poiché tale possesso e controllo possono essere alla base di molte delle ineguaglianze attuali e future. Infatti, a fronte di una fortissima capacità di tali compagnie di controllare e influenzare le scelte degli utenti per mezzo della raccolta dei dati, si riscontra una debolissima facoltà degli utenti di controllare a loro volta dette compagnie e lo scambio di dati tra di esse. Si noti che il Commento dedica una "sezione" specifica ai rischi e alle "promesse" discendenti dalle nuove tecnologie (*General Comment n. 25 (2020)*, cit., paragrafi 72-76). Sull'importanza di porre delle regole che guidino l'attività degli individui che sviluppino e progettino gli algoritmi e le applicazioni dell'intelligenza artificiale e sull'individuazione di alcune di tali regole generali, si veda J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Yale Law School Faculty Scholarship*, 2017, 1218 ss. Sul rapporto tra *big data*, regolamentazione internazionale della rete e tutela dei diritti umani si veda, da ultimo, G. DELLA MORTE, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018.

siano *scientifici*, vale a dire conseguiti seguendo i criteri e le procedure stabilite dalla comunità scientifica (criteri e procedure che non possono essere determinate o messe in discussione dai non addetti ai lavori), e che le decisioni politiche e legislative (e talvolta giudiziarie) attinenti a questioni generali in cui è coinvolta la scienza siano prese sulla base di dati e opinioni scientifiche, il più possibile scevre da influenze “esterne”. Quella che si richiede, in conclusione, è una rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, così come rivoluzionaria è la scienza.

ABSTRACT

*The Right to Enjoy Benefits of Scientific Progress:
Problematic Aspects of a Right Still Looking to be Fulfilled*

This paper focuses on the analysis of the content of the right to enjoy benefits of scientific progress and its applications, enshrined in the art. 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and now object of the General Comment no. 25 of the CESCR. Moreover, this paper deals with some problematic questions that ask for some changes with the aim to effectively implement the right to enjoy benefits of scientific progress.

THE INTERSECTION OF EU AND ITS MEMBER STATES' SECURITY IN LIGHT OF THE FOREIGN DIRECT INVESTMENTS SCREENING REGULATION

ANTONINO ALÌ

SUMMARY: 1. Introduction. National Security and EU Law. – 2. Foreign Direct Investments (“FDI”) in the European Union. – 3. Regulation EU 2019/452: between security needs and investment demand. – 4. The dilemma of the protection of the European interest on grounds of security or public interest: FDI affecting the Union interest. – 5. Conclusion: the Covid-19 pandemic test ground.

The influence of European integration on the national security of its Member States has remained largely unexplored over the past few decades¹. The reasons for this absence can be traced back to the fact that the protection of national security, as an essential function of the State, was not included among those matters that the Member States have conferred to the European Community first and then to the European Union².

An analysis of the EU legal system, from the birth of the European Communities in the fifties to the European Union after Lisbon, as well as the case-law of the Court of Justice, clearly shows that there is not a general clause providing for a general exemption for reasons of public security in EU law. In EU law there are derogations in specific areas, for example, in the field of the free movement of people, goods, services, capital. Even art. 346 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), according to which EU

¹ One of the few exceptions is S. PEERS, *National Security and European Law*, in *Yearbook of European Law*, 1996, 363-404; see also J. DAWSON, *Brexit: Implications for National Security*, House of Commons Briefing Paper, Number CBP798, 31 March 2017.

² The cooperation between the intelligence bodies dealing with the national security of the EU member States takes place outside the EU context although art. 73 TFEU states that: «It shall be open to Member States to organise between themselves and under their responsibility such forms of cooperation and coordination as they deem appropriate between the competent departments of their administrations responsible for safeguarding national security».

law shall not preclude a Member State avoiding «to supply information the disclosure of which considers contrary to the essential interest of its security» is a special rule of general application that operates only when some information is requested or should be communicated by Member States when applying EU law.

This approach has been supported by the Court of Justice starting from a well-known judgment in the 1980s, in which the judges stressed that: «It must be observed in this regard that the only articles in which the treaty provides for derogations applicable in situations which may involve public safety are articles 36, 48, 56, 223 and 224 which deal with exceptional and clearly defined cases. Because of their limited character those articles do not lend themselves to a wide interpretation and it is not possible to infer from them that there is inherent in the Treaty a general proviso covering all measures taken for reasons of public safety. If every provision of community law were held to be subject to a general proviso, regardless of the specific requirements laid down by the provisions of the Treaty, this might impair the binding nature of Community law and its uniform application»³.

A clear example is offered by art. 65.1.b, TFEU, which allows Member States (MS) «to take measures which are justified on grounds of public policy or public security» and therefore to derogate specifically to the general prohibition to restrict the movement of capitals between Member States and between Member States and third countries as states in art. 63 TFEU. Similarly, art. 53 TFEU allows Member States to restrict the establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State «providing for special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health».

Furthermore, although having a certain degree of discretion, national authorities, when adopting measures for reasons of public security, must not exceed what is adequate and necessary to achieve the objective pursued in accordance with the principle of proportionality⁴. Apparently, Member States seem to enjoy wide margins of derogation from the rights attributed by the treaties for reasons of public order or public security. However, as already explained in various provisions of primary law, secondary law and,

³ Court of Justice, 15 May 1986, *Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, EU:C:1986:206, §26.

⁴ Court of Justice, 26 October 1999, *Sirdar*, C-273/97, EU:C:1999:523, §§ 26-27.

above all, in the copious case-law of the Court of Justice, the exceptions provided for in the Treaties concern exceptional and clearly delimited hypotheses and should be interpreted in a restrictive way.

It can reasonably be said that this approach has not been modified by the introduction of art.4, par. 2, TEU by the Treaty of Lisbon according to which the EU shall respect the essential State functions of the Member States «including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State».

Although competences not conferred upon the Union in the Treaties should remain with the Member States, art. 4 of the Treaty on the European Union (TEU) expressly reinforces the exclusivity of the competence of the MS in the field of national security. This rule may sound redundant, but the action of the EU increasingly shows interferences on the national security of its Member States.

Moreover, the concept of national security incorporated in art. 4.2 TEU could be questioned. The wording of this provision seems to be focused on the classic concept of national security including the defence (internally and externally) of the structure of the State and its key elements (territory, government, population). The concept of national security is intimately linked to the one of sovereignty and this last concept to the territory of the State. Sovereignty has been understood as the right to exercise exclusively the power of government over the territorial community (the individuals and their assets that are within the territory) and the prohibition of exercising in the territory of other State coercive actions. In this sense, the protection of the State security is one of the declinations of the concept of sovereignty, of the power of the state in the territory, to prevent internal and external interference with its exercise. The protection of national security is an essential function of the State and is, therefore, intimately connected with state sovereignty and with its international dimension. In the last decades, the concept of national security, which basically was focused on political/military issues, has enlarged to cover the economic and energetic field, the cyber one and others. This widening of the concept raises the question of the delimitation of the “economic territory” of the State and the “cyber-territory” of the State.

The direct consequence of the statement in art. 4.2 TEU is that EU institutions have no competence to act with regard to matters of national security. This formal scheme is continuously questioned by

some interventions of the EU in fields (exclusive or shared competences) that fall in the MS exclusive competence. This possible friction between EU and MS is amplified by the fact that the case-law of the Court of Justice of the EU is quite clear recognising judicial review over the use of security exceptions in the EU legal order (in other words the “justiciability” of the security exception)⁵.

2. The investment sector is the perfect playground where the economic and security needs of Member States and those of the European Union may collide.

On the one side security concerns have been invoked also in relation to foreign direct investments in strategic industries, in critical infrastructures and more recently in the technological sector.⁶ On the other side, some crucial data may help to understand how important Foreign Direct Investments (FDI) are for the European economy. Since the first recital of the EU Regulation 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union⁷ clearly underlines that: «Foreign direct investment contributes to the Union’s growth by enhancing its competitiveness, creating jobs and economies of scale, bringing in capital, technologies, innovation, expertise, and by opening new markets for the Union’s exports. It supports the objectives of the Investment Plan for Europe and contributes to other Union projects and programmes».

Foreign direct investment stocks held by investors from outside the EU amounted to €6,295 billion at the end of 2017 providing Europeans with 16 million direct jobs⁸. A slightly superior amount of investments are the ones of EU investors in third countries. This makes the EU a world’s leading source and destination of FDI⁹.

⁵ On the justiciability of the security exceptions in international law see S. SCHILL, R. BRIESE, *If the States Considers’: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement*, in *Max Planck Yearbook of UN Law*, 2009, 61 ff. and the WTO Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, adopted on 5 April 2019, WT/DS512/R.

⁶ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs, Unctad Series on International Investment Policies for Development*, New York-Geneva, 2009.

⁷ OJEL, 21.3.2019, L 79 I/1.

⁸ See the Commission Staff Working Document on *Foreign direct investment in the EU*, March 13, 2019, SWD (2019) 108 final.

⁹ See 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, *Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests*, September 13, 2017, COM(2017) 487 final, 3.

Quite similarly in the United States of America, section 1702 of the Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA), which has expanded the jurisdiction of the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)¹⁰ (i.e., the U.S. multi-agency government body chaired by the Secretary of the Treasury that reviews foreign investment for national security considerations), underlines that: «12,000,000 United States workers, equivalent to 8.5 percent of the labor force, have jobs resulting from foreign investment, including 3,500,000 jobs in the manufacturing sector alone [...] in 2015 foreign-owned affiliates in the United States contributed \$894,500,000,000 in value added to the United States economy; exported goods valued at \$352,800,000,000, accounting for nearly a quarter of total exports of goods from the United States; and undertook \$56,700,000,000 in research and development».

The main traditional investors in EU (and in the US)¹¹ control approximately 70-80% of all foreign-owned assets. In the last 10 years new investors have started to emerge, with China standing out in terms of acquisitions¹². It should also not be forgotten that a big part of the FDI comes from private equity firms (“financialization of FDI”) and a small proportion of foreign acquisitions are the ones of State-owned enterprises (SOE) but their share is growing rapidly¹³. The impressive growth of the Chinese investments in Europe in the last decade has raised serious apprehension¹⁴. These concerns are perfectly

¹⁰ See J.K. JACKSON, *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*, Congressional Research Service Report, RL3338, Updated August 6, 2019, crsreports.congress.gov.

¹¹ See Sec. 1702 of the FIRRMA and Eurostat, Foreign direct investment-stocks, Statistics Explained, July 2019, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/65110.pdf>.

¹² See the document under note 6.

¹³ In particular, Russia, China and United Arab Emirates. See also the recent study on the phenomenon of phantom investments. J. DAMGAARD, T. ELKJAER, N. JOHANNESSEN, *The rise of Phantom Investments, Finance and Development*, September 2019, 11-13, www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2019/09/pdf/the-rise-of-phantom-FDI-in-tax-havens-damgaard.pdf and of the same authors, *What Is Real and What Is Not in the Global FDI Network?*, IMF Working Paper, Washington DC (forthcoming).

¹⁴ The flow of Chinese FDI into the EU hit a record in 2016. In 2017-2019 there was a sharp decline to to pre-2015 levels (see Foreign direct investment screening A debate in light of China-EU FDI flows, EU Parliamentary Briefing, May 2017, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf)). Between 2000-2018 the main China FDI transactions targeted UK, Germany Italy and France. See T. HANEMANN, M. HUOTARI, A. KRATZ, *Chinese FDI in Europe: 2018 Trends and Impact of New Screening Policies*, A Report by Rhodium Group (RHG) and the Mercator Institute for China Studies (MERICS), March 2019, www.merics.org/sites/default/files/2019-03/190311_MERICS-Rhodium%20Group_COFDI-Update_2019.pdf, and A. KRATZ, M.

epitomized in the letter sent to Commissioner for Trade by the economy Ministers of France and Germany and Italy's industry Minister in February 2017 in which they remarked the fact that «in the last few years, non-EU investors have taken over more and more European companies with key technological competences for strategic reasons»¹⁵. At the same time, they underlined the lack of reciprocity for the EU investors in the countries of origin of these non-EU ones and «a possible sell-out of European expertise». For these reasons, the German, French and Italian governments have reflected some possible solutions.

It is important to keep in mind that more than half of the Member States of the Union have some screening mechanism¹⁶ and all the biggest economies of the European Union have their own FDI control apparatus. In the last three years, the FDI screening mechanism were updated to deal with the takeovers of companies operating in sensitive strategic sectors¹⁷.

The recent adoption in March 2019 of a regulation establishing a Framework for the screening of the FDI in the European Union¹⁸

HUOTARI, T. HANEMANN, R. ARCESATI, *Chinese FDI in Europe: 2019 Update*, A Report by Rhodium Group (RHG) and the Mercator Institute for China Studies (MERICS), April 2020, www.merics.org/sites/default/files/2020-05/MERICS-Rhodium%20Group_COFDI-Update-2020_3.pdf.

¹⁵ In particular critical technologies and dual use items, «including artificial intelligence robotics, semiconductors, cybersecurity, aerospace, defence, energy storage, quantum and nuclear technologies as well as nanotechnologies and biotechnologies» (see art. 4.b of the Regulation).

¹⁶ Fourteen member States at the moment (excluding UK), thirteen (including UK) in 2017 when the Proposal of Regulation was presented. For an updated scheme (which includes also United Kingdom), see the *List of the screening mechanisms notified by Member States* (Denmark, Germany, Spain, France, Italy, Latvia, Lithuania, Hungary, The Netherlands, Austria, Poland, Portugal, Romania, Finland, United Kingdom) pursuant to Article 3.7 and 3.8 of Regulation (EU) 2019/452 of 19 March 2019. See the Research note by the OECD Secretariat, *Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests. Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies*, May 2020, oe.cd/natsec.

¹⁷ This was the case of Germany, UK, Italy and France in which the problem became a political priority. The major efforts were made in the enlargement of the jurisdiction of the screening mechanisms and the economic sectors to be screened.

¹⁸ See G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019 and, in the same volume, ID., *Foreign direct investment screening: open questions and future challenges*, 9 ff.; S. BARIATTI, *Current trends in foreign direct investment: open issues on national screening systems*, 39 ff.; L. FUMAGALLI, *The global rush towards national screening systems on foreign direct investment: a movement facing no limits? Remarks from the point of view of public international law*, 45 ff.; C. PETTINATO, *The new EU regulation on foreign direct investment*

provides the opportunity to talk about the intersection between the national security of the Member States, the security of the European Union and, more broadly, with EU law¹⁹. The Regulation is particularly interesting because it is a clear example of the possible overlap of the national security of the EU member States and the one of the European Union and more generally with EU Law.

3. The choice of legal basis of Regulation (EU) 2019/452 was a sensitive one and fell on art. 207.2 TFEU, according to which the EU shall adopt «the measures defining the framework for implementing the common commercial policy»(CCP). Indeed, with the entry into force of the Lisbon Treaty, “foreign direct investment” (art. 207.1 TFEU) is part of the common commercial policy of the Union (art. 3.1 TFEU²⁰). The Treaty of Lisbon has broadened the EU exclusive external competence over CCP to include FDI. A possible option could have been art. 64.2 TFEU, which allows the adoption of «measures on the movement of capital to or from third countries involving direct investment – including investment in real estate – establishment, the provision of financial services or the admission of securities to capital markets»²¹.

The new Regulation on FDI screening has been described as a paradox because of the fact that it aims to achieve further investment

screening: rationale and main elements, 57 ff.; G. PITRUZZELLA, *Foreign direct investment screening in EU*, 63 ff.

¹⁹ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a *framework for the screening of foreign direct investments into the Union*. The proposal of the Commission – COM(2017) 487 final – has become a regulation in less than one year and half. On the Regulation see S. SCHILL, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, 105-128; J. BOURGEOIS, N. LAVRANOS (eds.), *Foreign Direct Investment Control in the European Union*, Cheltenham, 2019 and S. VELLUCCI, *The new regulation on the screening of FDI: The quest for a balance to protect EU's essential interests*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2019, 123-155.

²⁰ On the competence of the EU over FDI see S. MEUNIER, *Integration by Stealth: How the European Union Gained Competence over Foreign Direct Investment*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, 593-610.

²¹ It is a well-established case-law of the Court of justice that «if examination of a measure reveals that it pursues two aims or that it has two components and if one of those aims or components is identifiable as the main one, whereas the other is merely incidental, the measure must be founded on a single legal basis, namely, that required by the main or predominant aim or component». See Judgment of the Court (Grand Chamber), 19 July 2012, *European Parliament v Council of the European Union*, C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, §43.

liberalization in foreign markets intervening on the FDI screening mechanisms of the MS restricting inward investment flows²². Less paradoxically the impressive FDI data and their impact, described in the previous paragraph, explains quite clearly why both the EU and the US legislators acknowledge the importance of FDI on their economies even before stressing the importance of their national security.

Moreover, the new EU legislation intervenes in an international context in which all the most relevant trade/investments treaties²³ provide the possibility for the States to adopt measures restricting FDI on grounds of security of public order. Classic examples are the security exceptions in art. XXI GATT or art. XIV bis GATS²⁴. More specifically in the field of international investment law, both articles 3 of the OECD Codes of Liberalisation (of Capital Movements and of Current Invisibles Operations)²⁵ state that: «The provisions of this Code shall not prevent a Member from taking action which it considers necessary for: i) the maintenance of public order or the protection of public health, morals and safety; ii) the protection of its essential security interests; iii) the fulfilment of its obligations relating to international peace and security».

According to the User's Guide prepared by the OECD itself, these safeguard provisions «are deemed to address exceptional situations»²⁶.

Before the adoption of the Regulation, thirteen states out of twenty-eight of the European Union had developed screening mechanisms. Mechanism are very various and with different approaches. Most of them are structured on *ex-ante* notification by the investor (with a prior authorization), some with an *ex-post* control. Some apply to intra-EU and extra-EU investments, some others to

²² See S. SCHILL, *The European Union's Foreign Direct Investment*, at 107-108.

²³ See *International Investment Perspective: Freedom of Investment in a Changing World*, OECD, 2007, 93-134.

²⁴ See, on the problem of justiciability of the security exception in the WTO system, the recent decision of the World Trade Organisation (WTO) Panel in "Russia – Measures Concerning Traffic in Transit" (WT/DS512/R), docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512R.pdf.

²⁵ See the most recent review (2016-2019) of OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, 2019, www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/OECD-Code-capital-movements-2019-EN.pdf, and OECD Code of Liberalisation of Current Invisible Operations www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/InvisibleOperations_WebEnglish.pdf.

²⁶ See also the OECD Codes of Liberalisation: User's Guide, 2019, www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/38072327.pdf

extra-EU only investment with measures to prevent circumvention of the mechanism. Some national procedures are limited to strategic sectors, some others are of general application.

Those screening mechanisms will continue to be operative when the regulation will start to be applied. This implies that the Member States have the final word as to authorise or not an FDI for security or public order but also as to decide whether a screening mechanism should be set up. In other words, the regulation affirms that MS can maintain a screening system «in compliance with the regulation». What matters is that if a MS decide to adopt a mechanism, rules and procedures should be transparent (setting out the circumstances and the grounds triggering the screening) with pre-determined timeframes. In other words, the regulation states that States can maintain a screening system «in compliance with the regulation».

The Regulation seems to follow the path of the modifications introduced in the US legislation through FIRRMA trying to help the broadening of the transaction, transfer, agreement, or arrangement designed to circumvent CFIUS jurisdiction. The Regulation, in fact, requires that «Member States which have a screening mechanism in place shall maintain, amend or adopt measures necessary to identify and prevent circumvention of the screening mechanisms and screening decisions». On the other side, the regulation doesn't solve the potential conflicts between the freedom of establishment and the right of the State to protect its national security or public order (in other words the fact that a European company could be the tool to take over another European one)²⁷.

The new European legislation is structured so as to assess cross-border threats, and in this sense, it is applicable to all Member States. As a matter of fact, the new EU investment screening framework is an instrument of “coordination and cooperation”. So, there is still no comprehensive framework at Union level for the screening of foreign direct investments on the grounds of security or public order as developed by the US already since the seventies or more recently by China.

²⁷ See the right of establishment and foreign investors see A. DE LUCA, *The Legal Framework for Foreign Investments in the EU: the EU Internal Market Freedoms, the Destiny of Member States' Bits, and Future European Agreements on Protection of Foreign Investments*, in L. TRAKMAN, N. RANIERI (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford, 2013, 120-161, at 128.

The proposal of the Commission did not contain almost any reference to “the elephant in the room”, i.e., the *sole responsibility* of the MS in the field of national security (art. 4.2 TEU)²⁸. The regulation more prudently in art. 1.2 (and in the recital 7) reminds that the competence in the field of security is of the Member State concerned and it underlines, by using the same phraseology of art. 4.2 TEU, that «the decision on whether to set up a screening mechanism or to screen a particular foreign direct investment remains *the sole responsibility* of the Member State concerned» (recital 8).

The consequences of this “dispute” between exclusive competences of the MS and of the EU in the field of FDI involved the implementation of a composite discipline in which the Commission and the Member States adopt non-binding acts (opinion and comments) suggesting the delicacy of a given transaction. The main purpose of the Regulation is to provide information sharing between the Member States on the one hand and the Commission on the other on specific foreign investments that could have an impact on their national security and public order, and last but not least to check that the use of the national security and public order clause by the Member States conforms to EU Law. The core of the regulation is enclosed in three articles on the «cooperation mechanism in relation to foreign direct investments undergoing screening» (art. 6) or «not undergoing screening» (art. 7), and «foreign direct investments likely to affect projects or programmes of Union interest» (art. 8).

An interesting effort has been made in the Regulation in listing those factors that may be taken into consideration by Member States or the Commission to determine whether a foreign investment is likely to affect security of public order²⁹. This was made taking into account, on the one side, the potential effects of an FDI on specific sectors and, in particular, «the effects on critical infrastructure, technologies (including key enabling technologies) and inputs which are essential for security or the maintenance of public order, the disruption, failure, loss or destruction of which would have a significant impact in a Member State or in the Union»³⁰.

²⁸ And to art. 346 TFEU.

²⁹ See art. 4.1 of Regulation (EU) 2019/452.

³⁰ See recital 13 and art. 4 of the FDI Regulation. See M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening*, 118.

On the other, some elements on the “nature” of the investor should be taken into consideration as: «(a) whether the foreign investor is directly or indirectly controlled by the government, including state bodies or armed forces, of a third country, including through ownership structure or significant funding; (b) whether the foreign investor has already been involved in activities affecting security or public order in a Member State; or (c) whether there is a serious risk that the foreign investor engages in illegal or criminal activities»³¹.

4. According to the Regulation, the Commission has the power to issue an opinion³² addressed to the Member State where the foreign direct investment is planned or has been completed and it is likely to affect projects or programmes of Union interest on grounds of security or public order (art. 8). These projects and programmes are defined as the ones involving «a substantial amount or a significant share of Union funding, or which are covered by Union law regarding critical infrastructure³³, critical technologies or critical inputs which are essential for security or public order» (art. 8.3).

On the basis of this provision the EU has attached to the Regulation an Annex containing a list of projects or programmes of Union interest³⁴: European GNSS programmes (Galileo & EGNOS)³⁵; Copernicus³⁶; Horizon 2020³⁷; European Defence Industrial Develop-

³¹ See art. 4.2 of Regulation (EU) 2019/452.

³² The expression opinion has been used in a formal way «within the meaning of Article 288 TFEU» (see recital 19).

³³ Council Directive 2008/114/EC of 8 December 2008 on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection.

³⁴ The Commission has the power to adopt acts in accordance with Article 290 TFEU (delegated acts) amending the list (see art. 8.4 and 16).

³⁵ Regulation (EU) No 1285/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 on the implementation and exploitation of the European satellite navigation systems and repealing the Council Regulation (EC) No 876/2002 and Regulation (EC) No 683/2008 of the European Parliament and of the Council.

³⁶ Regulation (EU) No 377/2014 of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 establishing the Copernicus Programme and repealing Regulation (EU) No 911/2010.

³⁷ Regulation (EU) No 1291/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 establishing Horizon 2020 – the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020) and repealing Decision No 1982/2006/EC, including actions therein relating to Key Enabling Technologies such as artificial intelligence, robotics, semiconductors and cybersecurity.

ment Programme³⁸: Permanent structured cooperation (PESCO)³⁹ and the Trans-European Networks for Transport (TEN-T)⁴⁰, for Energy (TEN-E)⁴¹ and for Telecommunications⁴².

It may be noted that the evaluation of the interest of the European Union has been made through a list of projects and programmes⁴³, and a definition («projects and programmes which involve a substantial amount or a significant share of Union funding, or which are covered by Union law regarding critical infrastructure, critical technologies or critical inputs which are essential for security or public order»). Those projects or programmes may not cover all cases concerning an interest of the EU on grounds of security or public order but they are certainly a guidance for the Commission and the Member States. It is quite interesting to observe that, more prudently, the Regulation refers to an FDI that could «*affect*» projects or programmes of Union interest on grounds of security or public order more than «*menace*» or «*threatens*». The intervention of the Commission in this field has been described as «a tool to protect projects and programmes which serve the Union as a whole and represent an important contribution to its economic growth, jobs and competitiveness». In this sense, it sounds quite surprising that the legal instrument used is a (non-binding) opinion addressed to a Member State where the FDI is planned or has been completed and that should also be sent to the other Member States.

To reinforce the (non-binding) opinion of the Commission, the Regulation underlines that the Member State should take «utmost account» of the opinion received from the Commission and «provide

³⁸ Regulation (EU) 2018/1092 of the European Parliament and of the Council of 18 July 2018 establishing the European Defence Industrial Development Programme aiming at supporting the competitiveness and innovation capacity of the Union's defence industry.

³⁹ Council Decision (CFSP) 2018/340 of 6 March 2018 establishing the list of projects to be developed under PESCO.

⁴⁰ Regulation (EU) No 1315/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 on Union guidelines for the development of the trans-European transport network and repealing Decision No 661/2010/EU.

⁴¹ Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure and repealing Decision No 1364/2006/EC and amending Regulations (EC) No 713/2009, (EC) No 714/2009 and (EC) No 715/2009.

⁴² Regulation (EU) No 283/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 on guidelines for trans-European networks in the area of telecommunications infrastructure and repealing Decision No 1336/97/EC.

⁴³ According art. 8.4 «the Commission shall adopt delegated acts in accordance with Article 16 to amend the list of projects and programmes of Union interest».

an explanation to the Commission if its opinion is not followed»⁴⁴. In other words, it seems reasonable to affirm that, when a Member State disregards the opinion without an adequate motivation, the Commission may start an infringement procedure according to art. 258 TFEU. It may be said that the Regulation has “weaponized” the opinion of the Commission in a way that it has substantially transformed a non-binding act in a “quasi-binding” one. The final decision in relation to any foreign direct investment undergoing screening or any measure taken in relation to a foreign direct investment not undergoing screening remains the sole responsibility of the Member State but, when the Union interest is at stake, the discretion of the State decreases. So, even if the mechanism introduced by art. 8 of the Regulation is very far from a centralized screening over the transactions which have an impact on the EU security, the meaning of this new procedure should not be underestimated. It brings to the attention of all Member States, irrespective of whether they have an FDI screening mechanism, the Union interest which has been incorporated in a list adopted by the Parliament and the Council through the proposal of the Commission and that, in the future, could be updated by the Commission (under the control of the European Parliament and the Council)⁴⁵.

The coordination mechanism provided by the Regulation it is also a quite significative counterbalance to the wide margin of discretion that was attributed to the member States through the wide catalogue of factors that may be taken into consideration to determine a threat to security of public order.

The Regulation shows once again how difficult it is to strike a balance between the national security of member States and the one of the European Union and, at the same time, to reinforce EU Law while preserving the reinforced exclusive competence of the member States in this field.

We shall now turn to focus on the particular test ground constituted by the economic effect of the pandemic Covid-19 in 2020.

5. The pandemic came at a time when foreign direct investment flows were at their second lowest level since 2010 in the aftermath of the 2008 global financial crisis. At the end of 2019, before the

⁴⁴ See art. 8.2.c of Regulation (EU) 2019/452.

⁴⁵ See art. 16 of Regulation (EU) 2019/452.

emergence of Covid-19, corporate debt was at record levels and the stock of non-financial corporate bonds was at an all-time high at the end of 2019⁴⁶.

This very special context has underlined the importance of a coordination between the member States and the EU in the field of the FDI screening and has constituted a test ground of the Regulation pending its application as from 11 October 2020.

On 25 March 2020 the Commission adopted the Communication «Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)». These guidelines have been adopted to address concerns raised by several Member States in relation to the risks related to the weakening of the financial/economic apparatus in the EU Member States and possible predatory operations aimed at the acquisition of companies operating in strategic sectors⁴⁷.

Indeed, the main objective is, in fact, to protect assets (defined as strategic) working in the fields of health, medical research, biotechnology and infrastructure, but also those which are otherwise essential for European security and public order. The Commission considered it appropriate to take action because it was prompted by concerns raised by a number of parties outside the EU – including foreign national governments – who might have considered the economic shock resulting from the pandemic as an appropriate time to acquire critical businesses and activities in the EU at undervalued prices, given the EU's current economic vulnerability.

Bearing this in mind, the purpose of the Guidelines appears to provide, not only a framework in relation to the control of FDI in the event of a health emergency, but also to reiterate and better explain

⁴⁶ OECD, *Foreign Direct Investment Flows in the Time of Covid-19*, 4 May 2020 (read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=129_129922-gkr56na1v7&title=OECD-Investment-Policy-Responses-to-COVID-19) and *OECD Investment Policy Responses to COVID-19*, 4 June 2020 (read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=129_129922-gkr56na1v7&title=OECD-Investment-Policy-Responses-to-COVID-19).

⁴⁷ See the letter addressed on March 25, 2020 to the President of the European Union by the heads of State and government of Belgium, France, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Portugal, Slovenia and Spain in which they underline that they «also need to make sure that essential value chains can fully function within the EU borders and that no strategic assets fall prey of hostile takeovers during this phase of economic difficulties. First and foremost, we will put all our efforts to guarantee the production and distribution of key medical equipment and protections, to deliver them in an affordable and timely manner where they are most needed».

the obligations of the FDI Regulations. However, if the Regulation in an underground manner encouraged States to have a screening mechanism, now in the Communication the request is even more explicit. States that do not have a control mechanism, or whose control mechanisms do not cover all relevant operations are required to establish a comprehensive control mechanism and «in the meantime to consider other available options, in full compliance with Union law and international obligations, to address cases where the acquisition or control of a particular business, infrastructure or technology would create a risk to security or public order, including health security, in the EU».

ABSTRACT

The Intersection of EU and its Member States' Security in Light of the Foreign Direct Investments Screening Regulation

The EU Regulation 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments (FDI) into the Union is the perfect playground where to measure the economic and security needs of the EU Member States and the ones of the European Union. It is a quite delicate framework in which two different competences, the one of the Member States in the field of national security and the other one of the EU in the field of common commercial policy (and, in particular, foreign direct investments, introduced by the Lisbon Treaty) may collide. The economic consequences of the coronavirus pandemic may increase the occurrence of friction between Member States' FDI screening mechanisms and EU law.

SUPPORTO ALLE IMPRESE EUROPEE IN TEMPI DI COVID-19: IL QUADRO DI RIFERIMENTO TEMPORANEO PER GLI AIUTI DI STATO

ALESSANDRO PERFETTI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le risposte dell’Unione europea alle imprese in relazione alla crisi economica generata dall’emergenza sanitaria. – 3. Il sistema delle deroghe funzionali al regime degli aiuti di Stato istituito con il Quadro di riferimento temporaneo. – 4. *Segue*: l’estensione del sistema di deroghe ad altre categorie di aiuti per effetto delle modifiche al Quadro di riferimento temporaneo. – 5. *Segue*: le condizioni specifiche applicabili agli aiuti in favore delle microimprese e piccole imprese. – 6. Considerazioni alla luce di alcuni casi di prassi applicativa del Quadro di riferimento temporaneo.

1. L’emergenza sanitaria COVID-19 ha generato, dal punto di vista economico, uno shock simmetrico all’interno dell’Unione europea, in quanto, pur con conseguenze probabilmente diversificate nel medio termine, ha colpito in egual misura le economie degli Stati membri¹. Tale circostanza ha indotto le istituzioni UE a rendere disponibile un pacchetto di misure volte a fronteggiare gli effetti economici negativi prodotti dalla diffusione dei contagi negli Stati parti al mercato interno europeo. In larga parte le suddette misure consistono nell’immissione in circolazione di risorse finanziarie per sostenere i diversi settori colpiti dalla crisi. Tra queste, alcune sono contemplate nel quadro di iniziative e programmi gestiti direttamente dall’Unione. Altre, invece, sono affidate alla gestione dei singoli Stati membri. Appartengono al novero di tali misure i regimi nazionali di aiuti di Stato, oggetto di una revisione temporanea delle regole di attuazione contenute nei Trattati istitutivi dell’UE, nell’ottica di

¹ Nelle sue più recenti previsioni economiche (*European Economy Forecasts – Spring 2020*, del 7 maggio 2020), la Commissione europea ha stimato che l’economia dell’UE dovrebbe contrarsi del 7,4% nel 2020, in ribasso di circa nove punti percentuali rispetto alle precedenti proiezioni elaborate ad ottobre 2019. Altrettanto negative sono le ultime stime della Banca centrale europea la quale, nel suo Bollettino economico del 14 maggio 2020, rileva come l’area dell’euro stia affrontando una contrazione economica che per entità e rapidità non ha precedenti in tempi di pace. In conseguenza delle misure di *lockdown*, gli indicatori del clima di fiducia dei consumatori e delle imprese segnano un drastico calo e suggeriscono una netta contrazione della crescita economica e un forte deterioramento delle condizioni nel mercato del lavoro.

renderli maggiormente funzionali agli scopi di mitigazione dei rischi di recessione economica causati dall'emergenza sanitaria in corso.

Il presente scritto delinea il quadro di riferimento delle deroghe introdotte alla disciplina in materia di aiuti di Stato per proporre poi alcune riflessioni circa la loro attuazione.

2. Le risposte delle istituzioni europee finalizzate a controbilanciare gli effetti socioeconomici della crisi indotta dalla pandemia rispondono alla logica delle deroghe funzionali alle regole sul funzionamento delle politiche dell'Unione europea rilevanti. Invero, piuttosto che introdurre regole del tutto nuove, le istituzioni hanno preferito consentire agli Stati membri di derogare in maniera transitoria alle norme in vigore, rendendo ammissibili una serie di esenzioni agli obblighi da queste posti.

Tale approccio è delineato nella comunicazione della Commissione intitolata "Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19"², in cui sono elencate le deroghe applicabili ai settori del mercato unico, trasporti, banche e finanza, lavoro e aiuti alle imprese. La comunicazione muove dalla consapevolezza che è necessario «garantire un quadro che consenta agli Stati membri di agire in modo deciso e coordinato»³ allo scopo di preservare l'integrità del mercato comune e «sostenere le imprese e in particolare quelle di piccole e medie dimensioni»⁴. In questa prospettiva, la comunicazione mira al raggiungimento simultaneo di tre obiettivi specifici: assicurare i fondi e gli investimenti necessari per il potenziamento dei sistemi sanitari nazionali degli Stati membri, e quindi il contenimento e trattamento della pandemia; garantire che i lavoratori possano beneficiare di forme di sostegno al reddito e le imprese riescano a reperire liquidità finanziaria; favorire le azioni degli Stati UE attraverso l'elaborazione di un quadro normativo e procedurale flessibile⁵.

Le prime risposte in favore delle imprese sono riconducibili a due macro-gruppi di azioni. Al primo gruppo appartengono la *Common Response Investment Initiative* (CRII) e la *Common Response Investment Initiative Plus* (CRII Plus).

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, del 13 marzo 2020, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, COM(2020) 112 def.

³ Ivi, I.

⁴ *Ibidem*.

⁵ La comunicazione richiama altresì il principio di solidarietà e auspica soluzioni coordinate a livello europeo, nel contesto di un approccio comune chiaro e coerente.

Le misure contemplate nel quadro della CRII⁶ operano in due ambiti: da un lato, esse prevedono la mobilitazione di riserve finanziarie della politica di coesione⁷; dall'altro, introducono alcune deroghe alla disciplina dei fondi strutturali (d'ora in poi fondi)⁸ – strumenti precipui della suddetta politica –, al fine di migliorarne il funzionamento.

La CRII favorisce lo sblocco delle risorse della politica di coesione già affidate alla gestione degli Stati membri (e rispettive regioni), attraverso la creazione di meccanismi speciali di operatività dei fondi. Il primo di questi comporta che la Commissione non proceda a chiedere agli Stati il rimborso per le quote non spese nell'annualità 2019, le quali potranno essere impiegate per il sostegno a investimenti resi necessari per il contenimento degli effetti della crisi generata dal COVID-19, tra cui il sostegno alle imprese.

⁶ La CRII è stata lanciata nel quadro della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 1303/2013, il regolamento (UE) n. 1301/2013 e il regolamento (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di COVID-19, del 13 marzo 2020, COM(2020) 113 def. Gli interventi in essa previsti sono entrati in vigore il 1° aprile 2020 come previsto dal regolamento (UE) n. 2020/460 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013, n. 1303/2013 e n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di COVID-19 (Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus).

⁷ La politica di coesione è disciplinata dall'art. 174 TFUE, il quale stabilisce: «Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, l'Unione europea rafforza la sua coesione economica, sociale e territoriale. In particolare l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle sue varie regioni. Tra le regioni interessate, un'attenzione speciale è rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica nonché le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna». Per un esame delle caratteristiche generali di tale politica, si veda, per tutti, G. VIESTI, F. PROTA, *Le nuove politiche regionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2007.

⁸ I fondi strutturali attivi per il settennio di programmazione in corso (2014-2020) sono: il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), il quale mira a consolidare la coesione economica e sociale regionale investendo nei settori che favoriscono la crescita, al fine di migliorare la competitività, creare posti di lavoro e correggere gli squilibri fra le regioni; il Fondo sociale europeo (FSE), dedicato alla promozione dello sviluppo attraverso la creazione e trasferimento della conoscenza, nonché diretto a consolidare e migliorare gli attuali livelli di occupazione, qualità del lavoro e coesione sociale. Altri strumenti finanziari operano in sinergia con tali fondi: il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), che rappresenta lo strumento di finanziamento della politica di sviluppo rurale, attuato mediante il Programma di sviluppo rurale (PSR) declinato a livello regionale; il Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (FEAMP), il quale sostiene i pescatori nella transizione verso una pesca sostenibile, supporta le comunità costiere a diversificare le loro economie e finanzia i progetti che creano nuovi posti di lavoro e migliorano la qualità della vita nelle regioni costiere europee; il Fondo di coesione (FC), che interviene nei settori delle reti trans-europee di trasporto e tutela dell'ambiente in quegli Stati membri in cui il reddito nazionale lordo pro capite è inferiore al 90% della media UE.

La CRII introduce regole innovative di funzionamento ispirate a principi di flessibilità e semplificazione procedurale. In primo luogo, viene estesa la possibilità per gli Stati membri di chiedere in via eccezionale il cofinanziamento integrale dei rispettivi programmi operativi attuativi delle misure della politica di coesione⁹. Diventa, inoltre, più semplice effettuare un trasferimento tra fondi e/o categorie di regioni¹⁰. Si consente, altresì, agli Stati membri di operare con estrema flessibilità per convogliare le risorse verso settori maggiormente colpiti dalla crisi. Infine, le procedure relative all'attuazione e *audit* dei programmi operativi vengono snellite e semplificate¹¹.

L'iniziativa in esame è stata rafforzata più di recente con la CRII *Plus*¹², la quale introduce regole ancora più vantaggiose per gli Stati e ispirate a una flessibilità ulteriore. Nello specifico, questa prevede un meccanismo più semplice e rapido per la riassegnazione delle risorse finanziarie all'interno dei programmi operativi in ciascuno Stato membro, oltre che una procedura semplificata per le eventuali modifiche di questi

⁹ I programmi operativi sono documenti di programmazione attraverso i quali gli Stati membri definiscono le modalità di spesa dei contributi derivanti dai fondi per il periodo di programmazione in corso. Possono riferirsi a una regione in particolare, oppure riguardare un settore di interesse nazionale (ad es. l'occupazione giovanile o l'ambiente). Gli Stati membri presentano i propri programmi operativi sulla base di accordi di partenariato sottoscritti con la Commissione. Ciascun programma operativo specifica quale degli 11 obiettivi tematici in cui si declina la politica di coesione per il ciclo 2014-2020 saranno perseguiti grazie agli aiuti destinati al programma stesso. La Commissione negozia con le autorità nazionali e/o regionali ogni programma. I programmi espongono le priorità dello Stato e/o della regione interessata. Alla programmazione e alla gestione dei programmi possono partecipare tutti gli organismi che rappresentano i lavoratori, i datori di lavoro e la società civile. Essi sono attuati da specifici organismi (autorità di gestione) istituiti presso gli Stati e le rispettive regioni.

¹⁰ I fondi della politica di coesione operano in base a una zonizzazione del territorio UE che distingue tra regioni meno sviluppate (il cui PIL pro capite medio è inferiore al 75% della media UE), più sviluppate (il cui PIL pro capite medio è superiore al 90% della media UE) o in transizione (il cui PIL pro capite medio è compreso tra il 75 e il 90% della media UE). La nozione di regione rilevante ai fini di tale zonizzazione si riferisce a un'unità di classificazione ricostruita su base statistica corrispondente alla Nomenclatura delle unità territoriali per la statistica (NUTS) di livello 2, elaborata dall'Ufficio statistico dell'UE (Eurostat) al fine di adottare uno standard statistico comune in tutta l'Unione. I livelli NUTS rappresentano aree geografiche omogenee al proprio interno rispetto a certi parametri di natura socio-economica, utilizzate per raccogliere dati armonizzati nell'UE.

¹¹ La CRII rende più agevole per gli Stati membri (e rispettive regioni) procedere alla modifica dei programmi operativi, limitando gli spazi e poteri di intervento della Commissione nelle diverse fasi della rinegoziazione. Gli Stati potranno utilizzare le risorse dei fondi fino al 2025. Le risorse aggiuntive sono escluse dall'applicazione delle regole in materia di rimborso.

¹² La CRII *Plus* è stata introdotta con la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) n. 1303/2013 e n. 1301/2013 per quanto riguarda misure specifiche atte a offrire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta alla pandemia di COVID-19, del 2 aprile 2020, COM(2020) 138 def.

ultimi. Tale iniziativa abbatte poi temporaneamente il limite del 3% per il trasferimento dei fondi tra le regioni ed elimina in maniera funzionale la categorizzazione delle regioni a seconda del livello di sviluppo¹³.

Al secondo gruppo di azioni appartiene l'iniziativa della Commissione con la quale viene attivato il finanziamento di 1 miliardo di euro dal Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS)¹⁴ a titolo di garanzia per il Fondo europeo per gli investimenti (FEI)¹⁵, parte del Gruppo Banca europea per gli investimenti (BEI). In questo modo il FEI fornisce garanzie speciali per incentivare le banche e altri finanziatori a fornire liquidità, per un importo disponibile stimabile in 8 miliardi di euro, ad almeno 100.000 piccole e medie imprese colpite dalle conseguenze economiche negative della pandemia¹⁶. Quest'iniziativa è cruciale, dal momento che tende a rispondere alla carenza improvvisa di liquidità che il sistema delle imprese – anzitutto le più piccole e/o meno capitalizzate –

¹³ Tra le altre, merita segnalare le seguenti ulteriori regole: a) esentare gli Stati membri dall'obbligo di modificare gli accordi di partenariato; b) posticipare il termine per la presentazione delle relazioni annuali per il 2019; c) estendere la possibilità di utilizzare un metodo di campionamento non statistico; d) prevedere l'esenzione dall'obbligo di revisione e aggiornamento delle valutazioni *ex ante* al fine di agevolare l'adeguamento degli strumenti finanziari per affrontare efficacemente la crisi sanitaria; e) rendere ammissibili in via eccezionale le spese per le operazioni completate o pienamente realizzate, volte a promuovere le capacità di risposta alle crisi nel contesto della pandemia; f) prevedere una limitata flessibilità finanziaria alla chiusura dei programmi operativi, al fine di consentire agli Stati membri e alle regioni di sfruttare appieno il sostegno offerto dai fondi; g) consentire al FESR di fornire sostegno alle imprese in difficoltà in linea con la flessibilità prevista dalle norme europee in materia di aiuti di Stato.

¹⁴ Il FEIS è il pilastro finanziario su cui si basa il piano di investimenti per l'Europa, avviato nel novembre 2014 per invertire il calo tendenziale dei livelli degli investimenti nell'Unione europea. Il suo approccio innovativo, basato sull'uso di una garanzia fornita dal bilancio dell'Unione al Gruppo BEI, consente di mobilitare ingenti fondi del settore pubblico e privato per investimenti in settori strategici dell'economia europea.

¹⁵ Parte del Gruppo BEI, il FEI ha come missione fondamentale il sostegno alle microimprese e PMI europee, facilitandone l'accesso ai finanziamenti; elabora e sviluppa strumenti di capitale di rischio e capitale di crescita, strumenti di garanzia e micro-finanza destinati nello specifico a tale segmento di mercato; promuove gli obiettivi dell'Unione a supporto dell'innovazione, ricerca e sviluppo, imprenditorialità, crescita e occupazione.

¹⁶ Il 26 maggio 2020 il Consiglio di amministrazione della BEI ha raggiunto un accordo sull'assetto e le procedure operative del nuovo Fondo di garanzia paneuropeo, creato per far fronte alle conseguenze economiche della pandemia da COVID-19. A seguito dell'avallo del Consiglio europeo nella sua riunione del 23 aprile 2020, gli Stati membri sono stati invitati a contribuire alla dotazione del Fondo di 25 miliardi di euro, in proporzione alle rispettive quote di capitale detenute nella BEI. I contributi degli Stati membri al Fondo si realizzeranno sotto forma di garanzie e potranno anche comprendere un versamento iniziale. Il Fondo consentirà al Gruppo BEI di potenziare il sostegno alle imprese europee, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, attraverso la mobilitazione di un importo che potrà arrivare fino a 200 miliardi di euro di finanziamenti aggiuntivi.

si trova a fronteggiare in conseguenza dell'emergenza sanitaria¹⁷. Al contempo, tale iniziativa contribuisce a minimizzare i rischi di rientro dalle posizioni debitorie delle imprese, incentivando dunque gli intermediari creditizi a potenziare l'erogazione dei finanziamenti.

3. Un settore di rilevanza strategica a sostegno del rilancio del sistema delle imprese è quello degli aiuti di Stato. L'emergenza sanitaria ha inciso sotto quattro profili sulla condizione delle imprese: uno shock dell'offerta dovuto alla perturbazione delle catene di approvvigionamento; uno shock della domanda determinato da una minore richiesta di beni e servizi da parte dei consumatori; un aumento dell'incertezza sui piani di investimento; una contrazione della liquidità. Le diverse misure di contenimento adottate, il distanziamento sociale, le restrizioni degli spostamenti, la quarantena e l'isolamento hanno prodotto effetti negativi nel breve termine sulla mobilità e sugli scambi commerciali, colpendo le imprese di ogni settore e comparto produttivo.

In tale contesto, la Commissione europea ha adottato lo scorso 19 marzo un Quadro di riferimento temporaneo per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia durante l'emergenza COVID-19¹⁸, per consentire agli Stati membri di adottare misure di aiuto all'economia, in deroga alla disciplina ordinaria dell'UE in materia di aiuti di Stato¹⁹. Le regole di que-

¹⁷ Le somme sbloccate dal FEIS consentono al FEI di fornire a intermediari finanziari garanzie del valore di 2,2 miliardi di euro, generando un valore complessivo di 8 miliardi di euro di finanziamenti disponibili. Le garanzie sono offerte tramite il FEI al mercato mediante un invito a manifestare interesse destinato a intermediari finanziari, banche e creditori alternativi. Le garanzie prestate presentano specifiche caratteristiche: un accesso semplificato e più rapido alla garanzia del FEI; una maggiore copertura del rischio fino all'80% delle perdite potenziali sui prestiti individuali, rispetto al 50% normalmente garantito; un'attenzione particolare al capitale di esercizio; la concessione di condizioni più flessibili, quali la proroga, nuova rateizzazione o sospensione dei crediti.

¹⁸ Comunicazione della Commissione, del 19 marzo 2020, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM(2020) 1863 def.

¹⁹ La letteratura sulla disciplina in materia di aiuti di Stato è ampia. Tra gli altri, si vedano i contributi di T. BALLARINO, L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997; A. EVANS, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 1997; S. BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; A. BIONDI, P. EEC-KOUT, J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; K. BACON, *European Community Law of State Aids*, Oxford, 2009; M.L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 381 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2011; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato. Profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Padova, 2013; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione Europea)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, 2013, 19 ss.; C. CELLERINO, F. MUNARI, *Aiuti concessi dagli Stati*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1141 ss.

sto Quadro cessano la loro applicazione il 31 dicembre 2020, eccezion fatta per la disciplina specifica degli aiuti alla ricapitalizzazione delle imprese non finanziarie, in vigore fino al 1° luglio 2021²⁰.

Il fondamento giuridico del Quadro va rinvenuto nell'art. 107 TFUE. In particolare, esso si fonda sul suo par. 2, lett. b), secondo cui si considerano compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali». Il Quadro si fonda altresì sul par. 3, lett. b), di tale articolo, in virtù del quale possono essere considerati compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». Com'è noto, il TFUE esonera gli aiuti rientranti nella prima categoria in esame dall'obbligo di previa approvazione da parte della Commissione. Gli altri sono, sottoposti invece alla sua approvazione preventiva: la Commissione ne valuta congruità, adeguatezza e proporzionalità.

Il regime derogatorio non incide peraltro su alcuni aspetti della disciplina generale. Resta invariato l'ambito di applicazione del regolamento c.d. GBER²¹, il quale contempla un complesso di esenzioni per categoria, dichiarando, a date condizioni, alcuni tipi di aiuti di Stato compatibili con il funzionamento corretto del mercato interno, esentandole dall'obbligo di notifica preventiva²². È fatta altresì salva la regolamentazione degli

²⁰ Il Quadro potrà essere modificato e prorogato anche prima di tali date, sulla base di considerazioni di politica della concorrenza o economica. Merita qui segnalare che le istituzioni europee, parallelamente al Quadro, hanno attivato la clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita, ai cui sensi è consentito, in caso di grave recessione economica per la zona euro o l'Unione, la sospensione o l'aggiustamento di bilancio, in modo da concedere la necessaria flessibilità alle politiche di bilancio nazionali. La clausola, disciplinata dagli articoli 5, par. 1, 6, par. 3, 9, par. 1, e 10, par. 3, del regolamento (CE) n. 1466/97, del 7 luglio 1997 e dagli articoli 3, par. 5, e 5, par. 2, del regolamento (CE) n. 1467/97 del 7 luglio 1997, facilita il coordinamento delle politiche di bilancio in tempi di grave recessione economica (comunicazione della Commissione al Consiglio, del 20 marzo 2020, *sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita*, COM(2020) 123 def.).

²¹ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, meglio noto con l'acronimo della sua denominazione in inglese (General Block Exemption Regulation – GBER).

²² La prassi dei regolamenti di esenzione è frutto dell'opera di c.d. *modernizzazione* della disciplina degli aiuti di Stato, che ha altresì visto le istituzioni emanare «un'ingente quantità di atti a carattere generale quali regolamenti, comunicazioni e decisioni» (C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, 319 ss.). Sulla *modernizzazione*, si vedano i contributi di N. PESARESI, R. PEDUZZI, *State Aid Modernization*, in B. NASCIBENE, A. DI PASCALE (eds.), *The Modernization of State Aid for Economic and Social Development*, Berlin, 2018, 17 ss., e C. OSTI, *La riforma degli aiuti di Stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, 57 ss.

aiuti di Stato di importanza minore, c.d. *de minimis*²³, parimenti esentati dall'obbligo di notifica preventiva. Resta, inoltre, applicabile la disciplina sugli aiuti di Stato alle imprese in difficoltà, ammissibili alle condizioni previste dagli specifici orientamenti della Commissione²⁴.

Il regime in esame risponde, nel suo complesso, a una logica di fondo che si caratterizza per due profili. Da un lato, l'applicazione mirata e proporzionata del controllo degli aiuti di Stato serve ad assicurare che le misure di sostegno nazionali siano efficaci nell'aiutare le imprese colpite dalla crisi indotta dal COVID-19. Dall'altro, il sistema di deroghe deve garantire comunque che il mercato interno non venga frammentato e le condizioni di parità rimangano inalterate, evitando «pericolose corse alle sovvenzioni, in cui Stati membri con mezzi più ingenti possono spendere più dei loro vicini a scapito della coesione all'interno dell'Unione»²⁵.

La Commissione sottolinea che le fattispecie previste dalle disposizioni del TFUE richiamate vanno ricostruite in termini di assoluto rigore ermeneutico, «in linea con la necessità di un'interpretazione rigorosa di qualsiasi disposizione eccezionale»²⁶ e come confermato dalla rispettiva prassi decisionale applicativa delle suddette disposizioni²⁷.

Dal punto di vista materiale, il Quadro rende ammissibili cinque categorie di aiuti.

Gli aiuti concessi sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali diventano ammissibili purché siano soddisfatte specifiche condizioni: a) l'aiuto non supera gli 800.000 euro per impresa, al lordo di qualsiasi imposta o altro onere; b) è concesso sulla

²³ Tali aiuti sono disciplinati dal regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis». In virtù del loro limitato valore, essi sono esentati dall'obbligo di preventiva notifica alla Commissione ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE. Un'analisi della prassi applicativa delle regole in tema di aiuti di importo limitato è offerta da R. DE LUCA, *Aiuti di Stato e contributi in regime "de minimis": stato dell'arte e problematiche applicative*, 20 settembre 2018, www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

²⁴ Comunicazione della Commissione, del 31 luglio 2014, *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà*, COM(2014) 249 def. Tali orientamenti sono stati di recente prorogati per effetto della comunicazione della Commissione, dell'8 luglio 2020, COM(2020) 224 def.

²⁵ Comunicazione della Commissione COM (2020) 1863 def, cit., punto 10.

²⁶ Ivi, punto 17. Al riguardo, viene richiamata la sentenza della Corte di giustizia, del 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione*, punto 167.

²⁷ Tra le più rilevanti in proposito, si richiamano le seguenti decisioni della Commissione: 8 luglio 1998, caso C 47/96, *Crédit Lyonnais*; 4 maggio 2005, caso C 28/02, *Bankgesellschaft Berlin*; 26 marzo 2008, caso C 50/06, *BAWAG*; 16 febbraio 2008, caso NN 70/07, *Northern Rock*; 26 luglio 2008, caso NN 25/08, *Aiuto al salvataggio a favore di Risikoabschirmung WestLB*; 4 giugno 2008, caso C 9/08, *SachsenLB*; 16 giugno 2017, caso SA 32544, *Ristrutturazione di TRAINOSE S.A.*

base di un regime con budget previsionale; c) può essere concesso a imprese che non erano in difficoltà al 31 dicembre 2019 e/o che hanno incontrato difficoltà o si sono trovate in una situazione di difficoltà in un momento successivo, a seguito dell'epidemia di COVID-19; d) è concesso entro e non oltre il 31 dicembre 2020; e) gli aiuti concessi a imprese operanti nella trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli sono subordinati al fatto di non venire parzialmente o interamente trasferiti a produttori primari²⁸.

Sono ammissibili anche gli aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti, finalizzati a garantire l'accesso alla liquidità a quelle imprese che si trovano in una situazione di improvvisa carenza²⁹. Le condizioni di ammissibilità riguardano essenzialmente l'entità dell'importo del prestito e la relativa durata. I premi di garanzia dovranno rispettare dei livelli minimi di rischio³⁰ ed essere concessi entro e non oltre il 31 dicembre 2020. In casi eccezionali, tale limite temporale può essere superato, purché in osservanza di requisiti molto stringenti, riguardanti essenzialmente l'importo nominale del capitale del prestito³¹. Sono previste condizioni

²⁸ Fanno eccezione a tali regole i settori dell'agricoltura, pesca e acquacoltura, per i quali si applicano le seguenti condizioni specifiche: a) l'aiuto non supera 120.000 euro per impresa operante nel settore della pesca e acquacoltura o 100.000 euro per impresa operante nel settore della produzione primaria di prodotti agricoli (valori al lordo di qualsiasi imposta o altro onere); b) gli aiuti concessi alle imprese operanti nella produzione primaria di prodotti agricoli non devono essere stabiliti in base al prezzo o al volume dei prodotti immessi sul mercato; c) gli aiuti alle imprese operanti nel settore della pesca e acquacoltura non riguardano alcuna delle categorie di aiuti di cui all'art. 1, par. 1, lett. da a) a k), del regolamento (UE) n. 717/2014 della Commissione; d) se un'impresa opera in diversi settori ai quali si applicano importi massimi diversi, lo Stato membro interessato garantisce, con mezzi adeguati – quali la separazione contabile – che per ciascuna di tali attività sia rispettato il massimale pertinente e che in totale non sia superato l'importo massimo concedibile.

²⁹ Rispetto a tale tipologia di aiuti, l'Unione europea ha seguito un approccio di tipo progressivo, ampliando la possibilità di ricorrervi in coincidenza con le crisi finanziarie che periodicamente hanno interessato certi Stati membri. Per un esame di tali sviluppi, si veda F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 335 ss. Sulla questione specifica del controllo degli aiuti nei contesti di crisi economica, si veda per tutti E. TRIGGIANI, *Il controllo degli aiuti di Stato di fronte alle nuove sfide economiche*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, III, Torino, 2011, 867 ss.

³⁰ Il Quadro temporaneo articola tali livelli in base al «tipo di beneficiario» – PMI o grande impresa – e «marginie di rischio di credito per un prestito» con scadenze diversificate – a 1, 2 e 3 anni – e associa a queste variabili dei punti base di riferimento per la quantificazione del livello, in un *range* da 25 a 200. Pur nel rispetto di tale schema, gli Stati membri possono notificare i regimi di aiuto adottati, modulando la scadenza, la fissazione dei prezzi e la copertura della garanzia (a titolo di esempio, è consentita una copertura della garanzia inferiore a compensazione di una scadenza più lunga).

³¹ I suddetti importi non potranno eccedere, in via alternativa: a) il doppio della spesa salariale annuale del beneficiario (compresi gli oneri sociali e il costo del personale che lavora

anche per quanto concerne la durata e la tipologia della garanzia: limitata a un massimo di sei anni³² e a copertura di prestiti per investimenti e/o capitale di esercizio.

Una terza categoria di aiuti autorizzati dal Quadro temporaneo sono quelli concessi sotto forma di tassi d'interesse agevolati per i prestiti. Anzitutto, va precisato che tali misure non sono cumulabili con quelle rientranti nella categoria appena esaminata. Per il resto e *mutatis mutandis*³³, tali aiuti sono considerati compatibili a condizioni analoghe rispetto a quelle applicabili agli aiuti sotto forma di garanzia.

Gli aiuti concessi sotto forma di garanzie pubbliche e tassi di interesse agevolati in favore delle imprese che sperimentano un'improvvisa carenza di liquidità per gli effetti della pandemia da COVID-19 possono essere erogati in modo diretto o attraverso intermediari finanziari. In tal caso, l'ammissibilità degli aiuti dipende dal rispetto di condizioni peculiari.

Nella consapevolezza che essi siano idonei a produrre vantaggi indiretti per gli enti erogatori, la Commissione è esplicita nell'escludere che tali misure possano tradursi in aiuti a sostegno della redditività, liquidità o solvibilità degli stessi. Per questa ragione, gli aiuti in oggetto non dovrebbero essere qualificati come sostegno finanziario pubblico straordinario agli enti creditizi e imprese di investimento³⁴, né essere valutati alla

nel sito dell'impresa, ma figura formalmente nel libro paga dei subcontraenti) per il 2019 o per l'ultimo anno disponibile; b) il 25% del fatturato totale del beneficiario nel 2019. A fronte di una giustificazione adeguata e in base a un'autodichiarazione del beneficiario circa il proprio fabbisogno di liquidità, l'importo del prestito può essere aumentato per coprire il fabbisogno di liquidità, dal momento della concessione, per i seguenti 18 mesi per le PMI e per i seguenti 12 mesi per le grandi imprese.

³² La garanzia non dovrà, inoltre, eccedere: a) il 90% del capitale di prestito in caso di perdite subite in modo proporzionale e alle stesse condizioni da parte dell'ente creditizio e dello Stato o b) il 35% del capitale di prestito, laddove le perdite siano dapprima attribuite allo Stato e solo successivamente agli enti creditizi (garanzia di prima perdita). In entrambi i casi, quando l'entità del prestito diminuisce nel tempo, ad esempio perché il prestito inizia a essere rimborsato, l'importo garantito deve diminuire proporzionalmente.

³³ In questo caso, il valore rispetto al quale sono stabiliti limiti specifici è il tasso d'interesse. In particolare, i prestiti possono essere concessi a un tasso di interesse agevolato pari almeno al tasso di base (IBOR a 1 anno o equivalente, pubblicato dalla Commissione) applicabile il 1° gennaio 2020, più i margini di rischio di credito ricostruiti in base ai parametri e valori descritti *infra*, nota 30. Gli aiuti alle istituzioni finanziarie presentano profili che li rendono in buona parte peculiari rispetto a quelli erogati per sostenere gli altri tipi di imprese. Tali profili sono ampiamente esaminati da C. HATTON, J.M. COUMES, *European Commission Adopts Guidance on State Aids to the Financial Sector*, in *European Competition Law Review*, 2009, 51 ss. L'accento sugli aspetti problematici connessi alla *governance* dei suddetti aiuti è posto da M. HELLSTERN, C. KOENIG, *The European Commission's Decision-Making on State Aid for Financial Institutions. Good Regulation in the Absence of Good Governance?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 207 ss.

³⁴ La suddetta fattispecie è disciplinata dall'art. 2, par. 1, punto 28, della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e

luce delle norme sugli aiuti di Stato applicabili al settore bancario. Ciò nondimeno, al fine di limitare indebite distorsioni della concorrenza, gli enti erogatori dovrebbero, nella misura più ampia possibile, trasferire ai beneficiari finali i vantaggi della garanzia pubblica o dei tassi di interesse agevolati sui prestiti³⁵. Dovranno essere pertanto in grado di dimostrare l'esistenza di un meccanismo volto a garantire che tale trasferimento avvenga sotto forma di maggiori volumi di finanziamento, maggiore rischiosità dei portafogli, minori requisiti in materia di garanzie e premi di garanzia o tassi d'interesse inferiori³⁶.

L'ultima categoria di aiuti contemplati nel regime derogatorio è costituita dall'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine. Alla luce delle regole che disciplinano tale fattispecie³⁷, i rischi assicurabili sul mercato non possono essere coperti dall'assicurazione del credito all'esportazione con il sostegno degli Stati membri. L'emergenza sanitaria COVID-19 rappresenta tuttavia una circostanza eccezionale a causa della quale per taluni Stati UE la copertura per i rischi assicurabili sul mercato può divenire temporaneamente indisponibile. Per questa ragione, in parziale deroga alle norme vigenti, essi possono dimostrare la carenza di mercato, fornendo prove sufficienti dell'indisponibilità di copertura per il rischio sul mercato assicurativo privato³⁸.

4. Il rapido inasprirsi della crisi economica per effetto della diffusione massiccia del contagio del COVID-19 ha indotto in breve tempo la Commissione a modificare il Quadro temporaneo, in due fasi distinte, al

dall'art. 3, par. 1, punto 29, del regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico.

³⁵ I rischi in termini di distorsioni della concorrenza connessi agli aiuti concessi al settore finanziario e bancario sono posti in luce da P. NICOLAIDES, I.E. RUSU, *The Conflicting Roles of State Aid Control: Support of Financial Institutions versus Safeguarding the Internal Market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, 223 ss.

³⁶ Quando sussiste l'obbligo giuridico di prorogare la scadenza dei prestiti esistenti per le PMI, nessuna commissione di garanzia potrà essere addebitata.

³⁷ Comunicazione della Commissione agli Stati membri, del 19 dicembre 2012, *sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine*, 2012/C.

³⁸ Al di là del suddetto onere probatorio a carico dello Stato membro, la deroga è sempre ammessa se «a) una grande e nota impresa privata internazionale di assicurazione del credito all'esportazione e un assicuratore dei crediti nazionale forniscono prove dell'indisponibilità di tale copertura, o b) almeno quattro affermati esportatori dello Stato membro forniscono la prova del rifiuto di copertura da parte degli assicuratori per specifiche operazioni» (comunicazione COM(2020) 1863 def., cit., punto 33).

fine di estendere le categorie di aiuti ammissibili a norma del richiamato art. 107 TFUE³⁹.

Nel Quadro originario le misure hanno avuto quale finalità precipua – per far fronte allo shock iniziale – la garanzia di accesso alla liquidità e ai finanziamenti. Nel Quadro modificato assumono invece un ruolo cruciale determinate attività economiche, tra le quali la ricerca e sviluppo in materia di COVID-19 e la costruzione e ammodernamento degli impianti di prova per prodotti essenziali per la lotta contro la pandemia⁴⁰.

Com'è noto, l'emergenza sanitaria ha posto sotto pressione il sistema delle imprese anche sotto il profilo del mantenimento dei livelli occupazionali. La preservazione dei posti di lavoro è divenuta così una priorità nel nuovo Quadro. Questo considera il differimento del pagamento di imposte e contributi previdenziali una misura adeguata per ridurre la contrazione della liquidità e incentivare le imprese, soprattutto le più piccole, a non ricorrere al licenziamento della forza lavoro. Misure con questa finalità, qualora riguardino tutti i settori economici, esulano dal campo di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato⁴¹. Neppure i regimi generali di indennizzo totale o parziale per la perdita della retribuzione in caso di sospensione dell'attività lavorativa ricadono nell'applicazione dell'art. 107 TFUE.

Un'ulteriore constatazione ha spinto la Commissione a modificare il Quadro iniziale. Le imprese non finanziarie interessate da una temporanea crisi di liquidità rischiano di andare incontro a problemi di solvibilità a medio e lungo termine, poiché la sospensione della produzione di beni e/o fornitura di servizi ne determina una riduzione del capitale proprio e una conseguente diminuzione di capacità a contrarre prestiti. Vengono, pertanto, introdotte ulteriori deroghe alla disciplina degli aiuti di Stato, al fine di consentire agli Stati membri di adottare misure di sostegno sotto

³⁹ La prima modifica è intervenuta con la comunicazione della Commissione, del 3 aprile 2020, *Modifica del Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM(2020) 2215 def. La seconda è stata realizzata con la comunicazione della Commissione, dell'8 maggio 2020, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*, COM(2020) 3156 def.

⁴⁰ Tali prodotti comprendono: «i medicinali (inclusi i vaccini) e i trattamenti, i relativi prodotti intermedi, i principi attivi e le materie prime per uso farmaceutico; i dispositivi medici, le attrezzature ospedaliere e mediche (compresi i ventilatori meccanici, gli indumenti e i dispositivi di protezione e gli strumenti diagnostici) e le materie prime necessarie; i disinfettanti e i relativi prodotti intermedi e le materie prime chimiche necessarie per la loro produzione e gli strumenti di raccolta e trattamento dei dati» (ivi, punto 4).

⁴¹ Diversamente, qualora esse conferiscano un vantaggio selettivo a imprese operanti in certi settori o si applichino solo in determinate aree geografiche, rientrerebbero nel campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE e, pertanto, sarebbero incompatibili con il mercato interno.

forma di strumenti di capitale e/o strumenti ibridi di capitale a favore di imprese che si trovano in difficoltà finanziarie a causa della pandemia da COVID-19.

Le condizioni di ammissibilità delle misure in questione sono la residualità e proporzionalità. In primo luogo, le ricapitalizzazioni possono essere attuate solo qualora non sia possibile trovare alcun'altra soluzione adeguata⁴², anche allo scopo di limitarne gli effetti discorsivi per la concorrenza tra le imprese. Inoltre, le ricapitalizzazioni non devono superare il minimo necessario per garantire la redditività del beneficiario e non andare oltre il ripristino della struttura patrimoniale di quest'ultimo anteriore alla pandemia.

Le modifiche al Quadro temporaneo tengono conto anche di altri aspetti della ripresa economica: la transizione *verde* e la trasformazione digitale. Sotto questo profilo, la Commissione si dichiara favorevole alle misure nazionali adottate per tenere conto di tali aspetti nell'elaborazione dei regimi di aiuto⁴³.

Più specificamente, diverse categorie di aiuti sono assoggettate al regime derogatorio introdotto con le modifiche in esame. Merita senz'altro menzionare gli aiuti per la ricerca e sviluppo in materia di COVID-19 e antivirali pertinenti, con particolare riguardo per quelli concessi a sostegno di progetti insigniti di un marchio di eccellenza specifico per il COVID-19, che ne attestino la qualità nel quadro dello strumento per le piccole e medie imprese di *Horizon 2020*⁴⁴. Tali misure sono ammissibili a condizione che siano concesse sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali entro il 31 dicembre 2020⁴⁵. In virtù delle finalità dell'aiuto, l'intensità è oltremodo vantaggiosa, in quanto può coprire la totalità dei costi suddetti⁴⁶. Quanto ai limiti, va rilevato che

⁴² Tali interventi devono altresì sottostare a condizioni chiare per quanto riguarda l'entrata dello Stato nelle imprese interessate, la sua remunerazione e l'uscita da esse.

⁴³ La Commissione sottolinea che l'adozione di misure del genere «consentirà una crescita più sostenibile a lungo termine e promuoverà la trasformazione verso l'obiettivo della neutralità climatica, concordato nell'UE, entro il 2050» (comunicazione COM(2020) 3156 def, cit., punto 9).

⁴⁴ *Horizon 2020* è il Programma Quadro dell'Unione europea per la ricerca e l'innovazione, in vigore per il periodo 2014-2020, istituito con il regolamento (UE) n. 1291/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013.

⁴⁵ Per i progetti avviati prima del 1° febbraio 2020, l'aiuto può essere concesso solo se necessario per accelerare l'esecuzione del progetto o ampliarne la portata. Solo i costi supplementari necessari a tal fine sono ammissibili.

⁴⁶ Il suddetto regime di favore si applica solo nel caso dei progetti di ricerca fondamentali, mentre il sostegno finanziario non può superare l'80% dei costi ammissibili per la ricerca industriale e sviluppo sperimentale. In via eccezionale, quest'ultima soglia può essere superata di quindici punti percentuali qualora si tratti di un progetto comune a più Stati membri o in collaborazione transfrontaliera.

il beneficiario è tenuto a concedere a terzi licenze non esclusive a condizioni di mercato non discriminatorie⁴⁷.

Anche gli aiuti agli investimenti per le infrastrutture di prova e *upscaling* che contribuiscono allo sviluppo di prodotti strumentali alla cura del COVID-19 e/o al contenimento della sua propagazione sono ora ammissibili⁴⁸. Rispetto a tale categoria di aiuti la Commissione ha imposto requisiti specifici rigorosi, anzitutto sotto il profilo del tempo di attuazione⁴⁹ e delle caratteristiche delle infrastrutture sovvenzionate. Queste devono essere aperte a più utenti e concesse in uso in modo trasparente e non discriminatorio. Le condizioni di ammissibilità sono analoghe nel caso di aiuti agli investimenti per la produzione di prodotti strumentali alla cura del COVID-19.

La pressione sulla liquidità delle imprese può essere alleggerita anche grazie a misure di differimento del pagamento delle imposte e dei contributi previdenziali. Qualora siano di portata generale e non favoriscano in maniera selettiva talune imprese o la produzione di determinati beni, misure siffatte esulano dal campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE⁵⁰. Inoltre, un sostegno indiretto alle imprese può derivare da sov-

⁴⁷ Com'è ovvio, l'aiuto non può essere concesso a imprese che si trovavano già in difficoltà (ai sensi del regolamento GBER) alla data del 31 dicembre 2019.

⁴⁸ Le misure nazionali di sostegno, di tipo diretto e indiretto, al settore sanitario rappresentano un *leit motiv* in situazioni di emergenza sanitaria o, più in generale, di crisi economica transitoria. Al riguardo, si veda il contributo di A. SCETTINO, *La disciplina sugli aiuti di Stato nel settore sanitario: quali effetti e, soprattutto, quale applicazione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, 115 ss.

⁴⁹ Sul punto, il Quadro modificato stabilisce che, per i progetti avviati prima del 1° febbraio 2020, sono ammissibili solo i costi supplementari relativi alle misure di accelerazione o ampliamento della portata del progetto già avviato, il quale deve essere completato entro sei mesi dalla data di concessione dell'aiuto. Se il termine di sei mesi non è rispettato, per ogni mese di ritardo si procede al rimborso del 25% dell'importo dell'aiuto concesso, a meno che il ritardo non sia dovuto a fattori che esulano dalle capacità di controllo del beneficiario. I costi ammissibili corrispondono ai costi di investimento necessari per realizzare le infrastrutture e l'intensità di aiuto non deve superare il 75% di questi. L'aiuto non è cumulabile con altri aiuti agli investimenti per gli stessi costi ammissibili. Se il sostegno proviene da più di uno Stato membro, oppure se l'investimento viene concluso entro due mesi dalla concessione del sostegno, l'intensità massima di aiuto può essere aumentata di quindici punti percentuali.

⁵⁰ Diversamente, se la misura opera in maniera selettiva, a favore dunque di determinati settori, regioni o tipi di imprese, si configura la fattispecie di aiuto ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Si era così espressa già la comunicazione della Commissione, del 19 luglio 2016, *sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, COM(2016) 2946 def., punto 118. In questa categoria rientrano il differimento dei pagamenti rateali, l'accesso più agevole ai piani di pagamento dei debiti d'imposta, la concessione di periodi esenti da interessi, la sospensione del recupero dei debiti d'imposta e una maggiore rapidità dei rimborsi fiscali. Il limite temporale è fissato al 31 dicembre 2022.

venzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti, nella prospettiva di evitarne i licenziamenti⁵¹.

Al fine di rendere coerente il sistema di deroghe in esame con le altre iniziative adottate dalle istituzioni UE per contrastare l'emergenza sanitaria, il Quadro prevede che gli aiuti appena descritti possano essere combinati con altre misure di sostegno all'occupazione disponibili, purché il sostegno complessivo reso disponibile non comporti una sovracompensazione dei costi salariali del personale interessato⁵².

Le modifiche al Quadro tengono conto di un ultimo aspetto di non secondaria importanza. Le scelte drastiche di contenimento hanno avuto un forte impatto negativo sulla capacità di molte imprese europee di produrre beni o fornire servizi, facendo registrare perdite che ne hanno ridotto il capitale e la capacità di contrarre prestiti sui mercati. Per tale ragione, il Quadro esenta dall'applicazione delle norme vigenti sugli aiuti di Stato le misure di sostegno pubblico alle imprese sotto forma di strumenti di capitale⁵³ e/o strumenti ibridi di capitale⁵⁴ (c.d. aiuti alla ricapitalizzazione)⁵⁵, tesi a evitare che la crisi economica provochi un'uscita dal mercato *non necessaria* di imprese operanti in modo redditizio prima dell'emergenza.

⁵¹ Tali aiuti sono ammissibili alle seguenti condizioni: a) la sovvenzione per il pagamento dei salari deve essere concessa per un periodo non superiore a dodici mesi a decorrere dalla domanda di aiuto, purché il personale che ne beneficia continui a svolgere in modo continuativo l'attività lavorativa durante tutto il periodo per il quale è concesso l'aiuto; b) la sovvenzione mensile per il pagamento dei salari non deve superare l'80% della retribuzione mensile lorda dei beneficiari, compresi i contributi previdenziali a carico del datore di lavoro

⁵² Il riferimento è, in via prioritaria, all'iniziativa "Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency" (SURE), strumento di sostegno temporaneo finalizzato ad attenuare i rischi di disoccupazione, pensato per aiutare gli Stati membri a proteggere i posti di lavoro e i lavoratori sotto pressione per effetto dell'emergenza sanitaria. SURE è un programma di sostegno destinato alle regioni più colpite dall'emergenza COVID-19 lanciato dalla Commissione europea nel quadro della proposta di regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di COVID-19, del 2 aprile 2020, COM(2020) 139 def. Il programma fornisce assistenza finanziaria agli Stati membri per un totale di 100 miliardi di euro sotto forma di prestiti a condizioni favorevoli. I prestiti aiuteranno gli Stati membri ad affrontare aumenti repentini della spesa pubblica per il mantenimento dell'occupazione. Nello specifico, essi concorreranno a coprire i costi direttamente connessi all'istituzione o estensione di regimi nazionali di riduzione dell'orario lavorativo e altre misure analoghe per i lavoratori autonomi introdotte in risposta all'attuale pandemia.

⁵³ In particolare, emissione di nuove azioni ordinarie o privilegiate.

⁵⁴ Si tratta di misure consistenti in diritti di partecipazione agli utili, partecipazioni senza diritto di voto e a responsabilità limitata e obbligazioni convertibili garantite o non garantite.

⁵⁵ Per un esame di tali tipologie di aiuti e le specifiche condizioni di esentabilità nel periodo pre-COVID-19, si veda V. ZULEGER, *State Aid and Risk Capital*, in *European Competition Law Review*, 2006, 166 ss.

Anche le condizioni previste per la categoria in esame sono molto rigorose. Anzitutto, le ricapitalizzazioni non devono eccedere il minimo necessario per garantire la redditività del beneficiario e non andare, dunque, oltre il ripristino della relativa struttura patrimoniale così come si presentava anteriormente all'inizio dell'emergenza sanitaria. In capo alle grandi imprese è posto un onere ulteriore: esse devono illustrare in che modo gli aiuti ricevuti sono impiegati in linea «con gli obiettivi dell'UE e gli obblighi nazionali in materia di trasformazione verde e digitale, compreso l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050»⁵⁶. Inoltre, il ricorso a tali forme di sostegno deve essere sperimentato come *extrema ratio*, laddove non siano attuabili altre soluzioni⁵⁷.

Allo scopo di limitare effetti distorsivi per la concorrenza, le misure contemplate vanno sottoposte a ulteriori condizioni in tema di entrata, remunerazione e uscita dello Stato dal capitale delle imprese interessate, e *governance*. Quanto ai requisiti di entrata, lo Stato deve essere remunerato in maniera congrua per i rischi che assume attraverso l'aiuto. Tale requisito mira a ridurre la possibilità di alterazione della concorrenza tra le imprese, poiché «quanto più la remunerazione è a condizioni di mercato, minore è la distorsione della concorrenza che l'intervento statale potrebbe causare»⁵⁸. Il meccanismo di remunerazione deve, inoltre, incentivare i beneficiari e/o i loro proprietari a riacquistare le azioni acquisite dallo Stato con la misura di aiuto.

Un'attenzione peculiare è riservata agli aspetti della pubblicità e trasparenza di tali aiuti. Gli Stati membri devono pubblicare, entro tre mesi dalla ricapitalizzazione, informazioni sull'identità delle imprese destinatarie dell'aiuto e sull'importo. Inoltre, i beneficiari, salvo che si tratti di PMI, devono pubblicare informazioni sull'uso degli aiuti ricevuti e sulle modalità attraverso le quali questi contribuiscono al rispetto degli obblighi europei e nazionali in tema di trasformazione *verde* e digitale.

⁵⁶ Comunicazione COM(2020) 3156 def, cit., punto 37.

⁵⁷ In particolare, l'ammissibilità dell'aiuto dipende da tre condizioni specifiche. In primo luogo, deve essere palese che senza l'intervento dello Stato il beneficiario fallirebbe o avrebbe gravi difficoltà a mantenere le sue attività. Tali difficoltà possono essere rivelate dal deterioramento, in particolare, del rapporto tra debito e patrimonio netto del beneficiario o da indicatori analoghi. In secondo luogo, l'intervento può essere motivato dall'intento di evitare difficoltà di ordine sociale e un fallimento del mercato a causa di considerevoli perdite di posti di lavoro, dall'uscita dal mercato di un'impresa innovativa o di importanza sistemica, dal rischio di perturbazione di un servizio importante o da situazioni analoghe debitamente giustificate dallo Stato membro interessato. Infine, il beneficiario non deve essere in grado di reperire finanziamenti sui mercati a condizioni accessibili e le misure orizzontali esistenti nello Stato membro interessato per coprire il fabbisogno di liquidità devono rivelarsi insufficienti per garantirne la redditività.

⁵⁸ Comunicazione della Commissione COM(2020) 3156 def, cit., punto 55.

5. La crisi provocata dall'emergenza sanitaria ha colpito in maniera particolare le microimprese e le piccole imprese. Esse sono più esposte, rispetto alle medie e grandi imprese, alla carenza di liquidità per effetto della contrazione simultanea di domanda e offerta e incontrano maggiori limiti nell'approvvigionamento del credito. Nella consapevolezza che tali imprese costituiscono l'ossatura del mercato, sostenendone quasi integralmente taluni settori produttivi di importanza strategica e producendo quasi la metà dei posti di lavoro⁵⁹, la Commissione ha adottato un'ulteriore modifica al Quadro⁶⁰ per includere nel regime derogatorio le misure nazionali a sostegno delle imprese in questione⁶¹.

Esso consente agli Stati membri di modificare quei regimi di aiuti adottati in base alle versioni precedenti del Quadro e già approvati dalla Commissione, al fine di includervi in qualità di beneficiari le microimprese e piccole imprese⁶², anche qualora risultanti in difficoltà al 31 dicembre 2019⁶³. Come già evidenziato, tale limite temporale è stato fissato dal Quadro originario per evitare di sostenere quelle imprese che sarebbero comunque fallite, a prescindere dall'avvento del COVID-19. Nondimeno, la Commissione ritiene che gli aiuti alle microimprese e piccole imprese, in virtù dei probabili importi unitari, «siano meno idonei a falsare la concorrenza nel mercato interno e ad incidere sugli scambi all'interno dell'UE rispetto agli aiuti di Stato concessi alle medie e grandi imprese»⁶⁴ e perciò ha introdotto una deroga al suddetto limite temporale,

⁵⁹ Fatta esclusione per il settore finanziario.

⁶⁰ Comunicazione della Commissione *Terza Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*, del 29 giugno 2020, COM(2020) 4509 def.

⁶¹ La terza modifica al Quadro temporaneo è altresì legata all'esigenza di chiarire alcune condizioni specifiche per l'adozione dei regimi di aiuti già autorizzati dalla modifica dell'8 maggio, con particolare riguardo per quelle relative alle sezioni 3.3, 3.10 e 3.11.

⁶² La relativa definizione è contenuta nell'allegato I del regolamento GBER, il cui art. 2 prevede che «si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e che realizza un fatturato annuo e/o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR» e che «si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e che realizza un fatturato annuo e/o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR». Il nuovo Quadro consente di estendere i suddetti regimi di aiuti anche alle *start-up* innovative, poiché, ad avviso della Commissione, queste ultime rientrano, nella maggioranza dei casi, nel novero delle microimprese o piccole imprese.

⁶³ Il nuovo Quadro invita gli Stati che decidano di adottare siffatte modifiche a notificare alla Commissione un elenco cumulativo delle misure oggetto di modifica, al fine di consentire alla stessa di pronunciarsi con una sola decisione.

⁶⁴ Comunicazione COM(2020) 4509 def, cit., punto 6.

purché le imprese beneficiarie non siano soggette a procedure concorsuali per insolvenza in base alle rispettive legislazioni nazionali⁶⁵.

Un ultimo aspetto affrontato dal nuovo Quadro è degno di nota. Richiamandosi all'art. 345 TFUE in tema di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri⁶⁶, esso chiarisce che le condizioni applicabili alle imprese interamente o in parte di proprietà pubblica per poter beneficiare di aiuti di Stato⁶⁷ non devono essere dissimili da quelle che valgono per le imprese private.

6. Il *Coronavirus Outbreak* relativo all'adozione di aiuti di Stato alla luce del Quadro temporaneo⁶⁸ mostra alcuni aspetti degni di nota. Anzitutto rileva un dato quantitativo: sono circa duecento le misure adottate dagli Stati. Sotto il profilo della tipologia delle misure, taluni casi forniscono spunti per alcune prime riflessioni⁶⁹.

Lo scorso 22 marzo la Commissione ha approvato il regime di aiuti adottato dall'Italia consistente in 50 milioni di euro destinati a sostenere la produzione e fornitura di dispositivi medici e di protezione individuale⁷⁰. La base giuridica del regime è il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante «misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». Esso individua quali beneficiari finali le imprese, di qualsiasi dimensione e forma societaria, attive nella produzione e fornitura dei beni suddetti. Il regime mette a disposizione, attraverso una procedura del tipo *first come, first served*, 800.000 euro per impresa, nel limite del 75% dei costi eleggibili.

⁶⁵ Ulteriori condizioni riguardano il non aver ricevuto «aiuti per il salvataggio (che non abbiano rimborsato) o aiuti per la ristrutturazione (e siano ancora oggetto di un piano di ristrutturazione)» (*ibidem*).

⁶⁶ Art. 345 TFUE: «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Sulla nozione e natura della proprietà privata nel diritto UE v., tra gli altri M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 711 ss.; M. COMBA, *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003, 166 ss.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 409 ss.

⁶⁷ Con particolare riferimento agli aiuti concessi sotto forma di strumenti di capitale e/o strumenti ibridi di capitale.

⁶⁸ *Coronavirus Outbreak – List of Member State Measures approved under Article 107(2)b TFEU, Article 107(3)b TFEU and under the Temporary State Aid Framework*, del 1° settembre 2020.

⁶⁹ In aggiunta ai casi esaminati nel presente paragrafo, si vedano quelli oggetto di indagine nel contributo di C. MASSA, *Covid-19 e aiuti di Stato: il quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in *Eurojus*, 2020, 149 ss.

⁷⁰ SA.56786(2020/N) – IT – *Production of medical equipment and masks*, del 22 marzo 2020, C(2020) 1887 def.

Nella propria indagine, la Commissione parte dall'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, il quale, come già ricordato, prevede un'eccezione di compatibilità con il mercato interno per quelle misure adottate allo scopo di «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». Essa richiama quindi il Quadro temporaneo, in base al quale un aiuto di Stato può essere dichiarato compatibile con il mercato interno ai sensi della suddetta disposizione, «per un periodo limitato, per ovviare alla carenza di liquidità delle imprese e garantire che le perturbazioni causate dall'epidemia di COVID-19 non ne compromettano la redditività, in particolare per quanto riguarda le PMI»⁷¹.

Nello specifico, la Commissione ritiene che le finalità dell'aiuto siano coerenti con la lettera del Trattato e gli obiettivi del Quadro, dal momento che: a) serve a supportare l'attuazione di un programma di investimenti «which are achievable within a limited period of time and that, therefore, may be able to place on the market an adequate quantity of those products to meet both current and future demand», b) prevede un sostegno in favore di «undertakings of all sizes» e c) incentiva «the rapid production and supply of those devices and that equipment to the Special COVID-19 Commissioner at market prices»⁷². Inoltre, la misura notificata dall'Italia, essendo un aiuto temporaneo d'importo limitato, soddisfa le condizioni specifiche previste nella sez. 3.1 del Quadro⁷³.

Le suddette valutazioni hanno indotto, pertanto, la Commissione a ritenere il regime di aiuti necessario, appropriato e proporzionato a porre rimedio alle gravi perturbazioni all'economia nazionale causate dalla pandemia e rispondere all'urgenza di dispositivi medici per il contenimento dei contagi.

Di recente è stato notificato alla Commissione un regime di aiuti da parte della Danimarca consistenti in prestiti a tasso d'interesse agevolato in favore di start-up e imprese operanti nel settore del *venture capital*⁷⁴.

⁷¹ Comunicazione COM (2020) 1863 def., cit., punto 18.

⁷² SA.56786(2020/N), cit. punti 31-33.

⁷³ In particolare, le condizioni analizzate dalla Commissione sono: «the maximum aid amount per undertaking in the scheme (EUR 800 000) will not exceed the cash equivalent of EUR 800 000; the measure is granted on the basis of an aid scheme with a budget of EUR 50 million; the aid will only be granted to undertakings which were not in difficulty on 31 December 2019; since the scheme is open to those beneficiaries active or potentially active in the production of medical equipment, consequently, it excludes firms active in the fisheries sector and active in the primary production of agricultural products; the aid will be granted no later than 31 December 2020; the Italian authorities commit to comply with all the monitoring and reporting» (ivi, punto 34).

⁷⁴ SA.57164 (2020/N) – DK – *Loan schemes for companies in their early stage and companies in the venture segment to match with private investments*, del 5 maggio 2020, C(2020) 3047 def. La misura nazionale che ha introdotto lo schema di aiuti è un'ordinanza adottata ai sensi della *Lov* n. 691, dell'8 giugno 2018.

La misura è stata ritenuta idonea a facilitare l'accesso di tali soggetti al mercato del credito in un momento in cui questo è gravemente compromesso dalla crisi. Essa è riconducibile alla categoria degli aiuti concessi sotto forma di tassi d'interesse agevolati per i prestiti, ammessi dal Quadro. L'indagine della Commissione prende in considerazione diverse caratteristiche del regime in esame, sotto il profilo della limitatezza degli importi ammissibili⁷⁵, il lasso temporale di riferimento⁷⁶, l'entità dell'abbattimento del tasso d'interesse⁷⁷ e conclude con una dichiarazione di conformità integrale rispetto alle condizioni introdotte dal Quadro, ritenendo la misura «necessary, appropriate and proportionate to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State pursuant to Article 107(3)(b) TFEU since it meets all the relevant conditions of the Temporary Framework»⁷⁸.

È del 5 giugno la decisione riguardante il regime di aiuti adottato dalla Francia sotto forma di «temporary umbrella scheme» a sostegno della ricerca e sviluppo finalizzati alla produzione di dispositivi sanitari utili per la lotta contro il COVID-19⁷⁹. Gli aiuti possono essere erogati da autorità centrali, regionali e locali⁸⁰ e consistere in a) aiuti per il sostegno a progetti di ricerca e sviluppo in senso stretto, b) investimenti per la messa in prova o ampliamento delle infrastrutture finalizzate allo sviluppo pre-industriale di trattamenti e dispositivi medici o c) investimenti per la produzione di «COVID-19 relevant products». Le risorse rese disponibili per l'attuazione della misura ammontano a 5 miliardi di euro e possono avvantaggiarsi del sostegno dei fondi strutturali, le cui regole – anche come modificate dalla CRII e CRII *Plus* – trovano integrale applicazione.

La prima tipologia di misure è ritenuta compatibile con la sezione 3.6 del Quadro temporaneo, poiché «is deemed to have an incentive effect provided the aid is necessary to accelerate or widen the scope of the project»⁸¹. La Commissione giunge ad analoghe conclusioni per quanto concerne le altre due tipologie, le quali possono assumere la forma di erogazioni dirette, sgravi fiscali o anticipi rimborsabili. Esse sono coerenti ri-

⁷⁵ 800.000 euro per singolo beneficiario.

⁷⁶ Non oltre il 31 dicembre 2020.

⁷⁷ Non meno del 4% annuo, con riferimento all'IBOR (o equivalente) pubblicato dalla Commissione e applicabile alla Danimarca a partire dal 1° gennaio 2020.

⁷⁸ SA.57164 (2020/N), cit., punto 52.

⁷⁹ SA.57367 (2020/N) – F – *Aid for COVID-19 relevant R&D projects, investment into relevant testing and upscaling infrastructures, and investment into COVID-19 relevant production capacities*, del 5 giugno 2020, C(2020) 3883 def.

⁸⁰ Misure del genere non sono nuove nella prassi degli Stati membri. Un'analisi di alcuni casi di tale prassi è offerta da M. SPATA, *Aiuti di Stato nell'UE: compatibilità delle misure fiscali adottate dalle regioni e/o autonomie locali con la normativa comunitaria*, in *Il diritto della regione*, 2010, 27 ss.

⁸¹ SA.57367 (2020/N), cit., punto 3.3.1.

spettivamente con le sezioni 3.7 e 3.8 del Quadro, a condizione che l'accesso alle infrastrutture sia garantito a un numero elevato di utilizzatori e gli aiuti siano concessi «on a transparent and non-discriminatory basis»⁸².

Il caso in esame è oltremodo interessante in quanto la Commissione si esprime anche sul bilanciamento degli effetti dello schema di aiuti – il contributo positivo «on tackling the health crisis» e la potenziale incidenza negativa delle misure sul mercato interno – e conclude nel senso di ritenere prevalenti i benefici apportati rispetto ai rischi di alterazione della concorrenza tra le imprese⁸³.

Il lasso temporale di osservazione delle misure adottate dagli Stati ai sensi del Quadro temporaneo è ancora limitato per suffragare considerazioni inequivocabili circa l'effettività del regime derogatorio introdotto. Vanno almeno evidenziati due aspetti. Da un lato, la presenza di forti disparità tra Stati UE nel numero e qualità delle misure adottate, in funzione delle risorse finanziarie disponibili, rischia di generare nuovi squilibri in termini competitivi fra le imprese europee. Dall'altro, va rilevato lo sforzo della Commissione nel temperare, in via applicativa, il rigore della formulazione letterale di gran parte delle disposizioni in esso contenute, nell'ottica di favorire quanto più possibile gli interventi a sostegno dei settori più colpiti dalle misure di *lockdown*, tenendo pur presenti, sullo sfondo, le valutazioni in termini di effetti distorsivi sulla concorrenza. In qualche modo, in tempi di COVID-19, la salvaguardia dell'esistenza del mercato conta più della sua *salute integrale*.

⁸² Ivi, punto 3.3.2.

⁸³ La Corte di giustizia ha avuto modo di rilevare come, in via generale, il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco risponda alla logica di operare «complesse valutazioni di ordine economico e sociale», rispetto alle quali la Commissione gode di un ampio potere discrezionale (Corte di giustizia, sentenze dell'11 settembre 2008, causa C-141/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, punto 59, e dell'8 marzo 2016, causa C-431/14, *Repubblica ellenica c. Commissione europea*, punto 68). In merito al rapporto tra Commissione e autorità nazionale in materia di applicazione delle clausole di esenzione, C. SCHEPISI, *op. cit.*, 322, sottolinea che quest'ultima «di fatto rinuncia alla possibilità di dimostrare, per altre vie, la produzione, da parte della misura in questione, di effetti positivi per il mercato (tra cui appunto l'effetto di incentivazione) e dunque di inserirsi, in contraddittorio, con la Commissione in più complesse valutazioni, accettando pertanto che solamente il rispetto di taluni criteri, particolarmente chiari e semplici (e non di altri più complessi) possa giustificare l'esenzione».

ABSTRACT

*Supporting European Enterprises in the Time of COVID-19.
The Temporary Framework for State Aid Measures*

The European Commission has recently adopted a Temporary Framework aimed at supporting European enterprises through State aid measures which can be granted to the beneficiaries by way of derogation from the relevant provisions set by the Treaty of Functioning of the European Union. This Framework should help Member States face the negative economic impact from the unprecedented shock caused by the health emergency linked to the rapid spread of COVID-19.

NOTE E COMMENTI

BREVI NOTE SUL TRATTATO ISTITUTIVO DELL'ORGANIZATION OF THE AFRICAN, CARIBBEAN AND PACIFIC STATES

PIERO PENNETTA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il sostanziale ridimensionamento del ruolo della cooperazione UE-ACP nel Revised Georgetown Agreement. – 3. L'accresciuto ruolo della cooperazione regionale e interregionale fra i Paesi ACP: previsioni e realtà. – 4. Il contributo del Revised Georgetown Agreement allo studio dell'organizzazione internazionale: aspetti tradizionali. – 5. *Segue*: aspetti di novità. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il Revised Georgetown Agreement¹ istituisce la Organization of African, Caribbean, Pacific States (OACPS) e sostituisce la precedente disciplina relativa all'ACP Group, che era stata originariamente prevista nel Georgetown Agreement del 1975², oggetto di modifica nel 1992 e ancora di integrazione con il Georgetown Agreement del 2003³.

Com'è noto, originariamente l'ACP Group si ricollegava direttamente alla Convenzione di Lomé fra ACP e CEE e aveva l'obiettivo di istituzionalizzare i rapporti "interni" fra i Paesi dell'Africa, Caraibi e Pacifico, costituendo uno strumento d'azione comune ai Paesi ACP nei rapporti con l'Unione europea (al tempo Comunità). Tale diretto collegamento con le relazioni convenzionali UE-ACP risulta evidente dalla lettura dell'art. 2 del Georgetown Agreement 1975, ove i primi tre (e più importanti) dei sei

¹ The Georgetown Agreement, come modificato dalla decisione n. 1/CX/19 della 110^a sessione del Consiglio dei ministeri ACP, svoltasi a Nairobi il 7 dicembre 2019, fatta propria dal 9° Vertice dei capi di Stato e di governo ACP, Nairobi, 9-10 dicembre 2019 (in seguito, Revised Georgetown Agreement). Tale Trattato prevede 44 articoli e due (sintetici) annessi che «shall form integral part of this Agreement».

² The Georgetown Agreement of the Organization of the African, Caribbean and Pacific Group of States, Georgetown, 6 giugno 1975 (in seguito, Georgetown Agreement 1975), che comprende 26 articoli.

³ The Georgetown Agreement of the Organization of the African, Caribbean and Pacific Group of States, come emendato dalle decisioni adottate dal Consiglio dei ministri del 26 novembre 1992 e del 28 novembre 2003 (in seguito, Georgetown Agreement 2003), che prevede 32 articoli.

objectives of the ACP Group fanno esplicito riferimento a tali relazioni convenzionali⁴. Tale origine storica spiega altresì come la sede dell'ACP Group (e ora del OACPS) fosse già dal 1975 stabilita a Bruxelles, Paese terzo rispetto agli Stati partecipanti dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico⁵. Una prassi di tal genere è alquanto rara nel diritto dell'organizzazione internazionale, ove la sede è naturalmente stabilita in uno Stato membro e solo eccezionalmente la si stabilisce altrove, quale diretta conseguenza dell'ampiezza ed eterogeneità, in particolare geografica, degli Stati membri⁶.

Per meglio comprendere le caratteristiche del Revised Georgetown Agreement, va qui ricordato come le storiche relazioni UE-ACP siano attualmente disciplinate dalla ACP-EC Partnership Agreement, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000 (in seguito, Convenzione di Cotonou), in vigore sino al 29 febbraio 2020. Tuttavia, di fronte alle difficoltà del negoziato di "rinnovo" iniziato nel settembre 2018, le parti hanno convenuto di estenderne provvisoriamente la validità (senza alcuna modifica) sino a dicembre 2020⁷. In tale contesto temporale politico-diplomatico è stato approvato il Revised Georgetown Agreement, di cui è evidente il carattere funzionale alla conclusione del nuovo Trattato UE-ACP. I Paesi ACP hanno inteso dotarsi di un rinnovato autonomo strumento d'azione comune⁸.

⁴ Accanto a tale relazione esplicitata alle lettere a)-c) dell'art. 2 del Georgetown Agreement 1975 si prevede un generico riferimento alla solidarietà dei Paesi ACP (lett. d), allo sviluppo di più strette relazioni fra i Paesi ACP e, in genere, i Paesi in via di sviluppo e relative organizzazioni (lettere e, f).

⁵ Il Segretariato ha la sua sede a Bruxelles sin dalla sua fondazione, come previsto all'art. 18 del Georgetown Agreement 1975, sulla base del Headquarters Agreement tra il Belgio e gli Stati ACP, concluso a Bruxelles il 26 aprile 1993. Sul tema connesso dell'immunità, cfr. J. WOUTERS ET AL., *International Decisions. Western European Union v. Siedler; General Secretariat of the ACP Group v. Lutchanga; General Secretariat of ACP Group v. B.D.*, in *American Journal of International Law*, 2011, 560.

⁶ Aderiscono all'OACPS ben 79 Stati facenti capo alle tre aree assolutamente eterogenee relative all'intera Africa Sub-sahariana (48), ai Caraibi (16) e al Pacifico (15). Secondo H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *International Institutional Law*, Leiden-Boston, VI ed., 2018, 352: «In order to prevent jealousy between their members, several international organisations have established their seats within the territory of a non-member». In realtà, l'unico riferimento ricorrente nella manualistica è all'OPEC, la cui sede è stabilita a Vienna.

⁷ Sull'incerto futuro delle relazioni UE-ACP, cfr. fra i tanti M. NEGRE ET AL., *Towards renewal or oblivion? Prospects for post-2020 cooperation between European Union and Africa, Caribbean and Pacific Group*, Ecoston Discussion Paper, n. 9/2013, reperibile online, e F. MARTINES, *La Cooperazione fra l'Unione europea e i Paesi ACP: il lascito dell'Accordo di Cotonou e le sfide per un (nuovo?) partenariato*, in *Studi Panebianco*, Napoli, 2020, v. II, 361.

⁸ Sull'ACP Group nella prospettiva del nuovo trattato, cfr. G.M. NONO, *The future of the ACP Group of States in a changing world: challenges and perspectives*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2015, 29, e, in una prospettiva politologica, N. SLOCUM-BRADLEY, *Constructing and De-constructing the ACP Group: Actors, Strategies and Consequences for Development*, in *Geopolitics*, 2007, 635.

In realtà, sia il negoziato UE-ACP sia il Revised Agreement meriterebbero un maggior approfondimento, tuttavia per evidenti ragioni di spazio, in questa sede ci si limiterà a brevi note relative alle principali novità che possono cogliersi nel Revised Georgetown Agreement, in particolare si sottolineeranno sia il superamento delle origini storiche, sia alcuni spunti relativi allo studio del diritto dell'organizzazione internazionale. In proposito può anticiparsi come il nuovo trattato non brilli per coerenza e chiarezza del dettato normativo.

2. In primo luogo, occorre ribadire come il Revised Georgetown Agreement istituisca la nuova OACPS, che “sostituisce” il preesistente ACP Group. Come anticipato, il Georgetown Agreement 1975 creava una forma associativa direttamente funzionale all'attuazione della Convenzione di Lomé e nella stessa logica si poneva il Georgetown Agreement 2003, ove tuttavia già emergevano elementi di autonomia rispetto al precedente e assorbente rapporto UE-ACP⁹. L'attuale OACPS si inserisce nelle mutate relazioni internazionali e gli Stati ACP, pur riconoscendo lo storico rapporto con l'UE¹⁰, specificano come la “gestione congiunta” di tale peculiare relazione non costituisca più la prevalente competenza d'attribuzione dell'organizzazione. Tant'è che gli unici cenni all'UE si ritrovano nel preambolo del Revised Georgetown Agreement ove l'undicesimo considerando prevede un riferimento assai generico agli ACP Partnership Agreements¹¹ mentre il dodicesimo considerando richiama i tradizionali storici rapporti con l'UE¹². In maniera esplicita, nessuna citazione alla relazione UE-ACP si ritrova ora negli obbiettivi indicati all'art. 5 del Revised Georgetown Agreement.

In realtà, il tendenziale superamento degli storici rapporti sia politici che pattizi fra UE e ACP emerge non solo quale opzione strategica dei Paesi ACP, ma anche nelle scelte di fondo dell'UE e dei suoi Stati membri. Infatti, già nell'attuale negoziato UE-ACP sembra prevedersi una profonda ri-

⁹ In realtà, già nel preambolo al Georgetown Agreement 2003 era emersa la volontà degli Stati ACP di operare in maniera tendenzialmente autonoma rispetto all'assorbente rapporto con l'UE, come può cogliersi nei ‘considerando’ iniziali, ove si può leggere: «Aware of the profound changes in the International, political and economic environment».

¹⁰ «If not for the EU, there would be no ACP Group».

¹¹ Preambolo al Revised Georgetown Agreement: «Determined to ensure that all ACP Partnership Agreements contribute to the realisation of the common aspirations of developing countries, to self-reliant, endogenous and self-sustained development, based on their systems of cultural and social values».

¹² Ivi: «Cognisant of the need to maintain favourable multifaceted relations with our traditional partners, in particular those with the European Union, and to extend these to all other strategic international relations actors».

strutturazione delle precedenti relazioni privilegiate con i Paesi ex-colonie¹³. La prospettiva che l'UE sembra ipotizzare, in particolare rispetto al continente africano¹⁴, è la definizione di un rapporto organico di carattere strategico con l'intero continente rappresentato dall'Unione africana, nel cui ambito dovrebbero operare in maniera coerente sia quel che resterà del rapporto UE-ACP sia gli accordi di associazione conclusi con i Paesi nordafricani¹⁵. Peraltro, già a livello di norme primarie, il Trattato di Lisbona aveva sostanzialmente “ridimensionato” le relazioni privilegiate con i Paesi ACP, riconducendole nell'ambito della più generale cooperazione allo sviluppo. Infatti, in occasione della riscrittura dell'attuale art. 209 TFUE, si era proceduto alla soppressione del co. 3, che legittimava il rapporto privilegiato (e quindi discriminatorio per gli “altri”) con i Paesi ACP¹⁶. Gli unici rapporti considerati “privilegiati” nelle previsioni di Lisbona sono ora quelli con i Paesi limitrofi (Europa orientale e Paesi del Mediterraneo), mentre tutti gli altri Paesi in via di sviluppo sono posti astrattamente su un piano di parità, con rapporti definiti di volta in volta *ratione loci* ovvero *ratione materiae*.

Nell'attuale prospettiva e mutati i tempi, i Paesi ACP nel Revised Georgetown Agreement hanno rafforzato una visione solidaristica infra-ACP che era già presente nei precedenti Georgetown Agreements del 1975 e 2003, ove poteva cogliersi il richiamo, non si sa quanto reale, alla solidarietà e alla cooperazione fra gli Stati ACP nei più diversi settori. Egualmente trovano conferma i valori della democrazia e dei diritti umani fondamentali, nonché i diritti all'autodeterminazione e allo sviluppo¹⁷. Viceversa, nel Revised Georgetown Agreement sembra costituire una novità l'uso strumentale della cooperazione istituzionalizzata nell'ambito delle singole

¹³ Sulla richiesta di garanzie relative alla tutela dei diritti umani da parte europea durante i negoziati, cfr. J.D. SALTNES, *A Break from the Past or Business as Usual? EU-ACP Relations at a Crossroad*, Globus Research Paper, 10/2020, aprile 2020.

¹⁴ Con i Paesi dei Caraibi le relazioni interregionali sono state già compiutamente definite nell'APE del 2008 (v. *infra*, nota 42).

¹⁵ Cfr. Commissione europea, comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, *Verso una strategia globale per l'Africa*, Bruxelles, 9.3.2020, Join(2020) 4 final, in part. 17-22.

¹⁶ Il co. 3 dell'art. 179, ora soppresso, prevedeva: «Le disposizioni del presente articolo non pregiudicano la cooperazione con i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico nell'ambito della convenzione ACP-CE». Si legittimava in tal modo il trattamento discriminatorio nei confronti degli “altri”, in particolare i Paesi dell'America latina e dell'Asia.

¹⁷ In tal senso l'implicita influenza dell'UE che può cogliersi nel preambolo (1° ‘considerando’: «Reaffirming...» ove il riferimento a «particularly with regard to compliance with democratic principles, the rule of law, the right to development, as well as the right to self-determination»; 3° ‘considerando’: «Reaffirming the solidarity among the Member States of the OACPS, their unity in diversity, their commitment to the promotion of good governance, and the rule of law, as well as social justice»). Nessun riferimento ai diritti umani si ritrovava nel Georgetown Agreement 1975, mentre un breve cenno si ritrova nel preambolo del Georgetown Agreement 2003: «Reaffirming their commitment to the respect for human rights and the rights of peoples, democratic principles and the rule of law».

organizzazioni regionali per il perseguimento degli obiettivi statuari. Secondo tale nuovo approccio, in precedenza presente solo in filigrana, la cooperazione fra i Paesi membri dovrà realizzarsi, in primo luogo, attraverso l'attività degli Stati aderenti alle organizzazioni regionali delle quattro aree in Africa sub-sahariana, nonché delle due organizzazioni che operano nei Caraibi e nel Pacifico (di cui ampiamente nel paragrafo successivo)¹⁸. A tale nuova prospettiva *infra-regionale* sembra sommarsi la cooperazione (più potenziale che attuale) di carattere *inter-regionale* fra tali sei organizzazioni regionali. Si tratta dell'*interregionalismo intra-ACP*¹⁹ cui si somma, sempre in potenza, un ancor più ampio interregionalismo che dovrebbe estendersi anche alla cooperazione fra organizzazioni dei Paesi ACP con Stati e organizzazioni²⁰ di altre e diverse aree geografiche, in primo luogo del Sud ma anche del Nord del mondo.

Tale auspicata cooperazione regionale e interregionale, aperta in tutte le direzioni dovrebbe operare in un contesto di cooperazione internazionale che si ispira alla Carta ONU, i cui principi sono espressamente richiamati nel nuovo trattato sia nel preambolo sia esplicitamente all'art. 4²¹. Rilevano altresì, come principi fondamentali, il multilateralismo nonché, più in generale, il diritto internazionale²². In buona sostanza, i Paesi ACP nel *Revised Georgetown Agreement* abbandonano esplicitamente la loro storica origine e, in una prospettiva globale, si considerano potenziali soggetti attivi delle relazioni internazionali, operando secondo il modello del c.d. regionalismo aperto²³. L'obiettivo della rinnovata cooperazione fra i Paesi ACP è la «integration of the Member States of the OACPS into the global economy»²⁴, sì che l'OACPS sia «enable to speak with one voice and to act

¹⁸ Revised Georgetown Agreement, art. 2.

¹⁹ Preambolo al Revised Georgetown Agreement: «Determined to reinforce intra ACP cooperation and extend it to all strategic sectors, as a means of promoting the socio-economic development of the Member States of the OACPS and achieving and surpassing the basic needs of their people»; «Determined to promote and develop greater and closer trade, economic, political, social and cultural relations among the Member States and regions of the OACPS».

²⁰ Ivi: «Recognising the importance of regional integration (...)».

²¹ Revised Georgetown Agreement, art. 4.

²² Preambolo del Revised Georgetown Agreement: «Committed to the purposes and principles enshrined in the United Nations Charter, to the defence of multilateralism and to International law».

²³ Il regionalismo aperto prevede che le organizzazioni internazionali regionali realizzino la cooperazione non solo nella dimensione interna (nella specie Stati *intra-ACP*), ma operino anche e congiuntamente nelle relazioni esterne sia in ambito multilaterale che bilaterale. In tal senso l'art. 5 del Revised Georgetown Agreement in particolare lettere a), d), i).

²⁴ Preambolo del Revised Georgetown Agreement: «Convinced that the realisation of all internationally agreed developmental goals, as well as the integration of Member States of the OACPS into the global economy, and the responsible management of the environment, are legitimate objectives reflecting the aspirations of the peoples of the Member States of the OACPS».

as a single entity in International arena on all issues of common interest»²⁵. In tale rinnovata visione, gli Stati ACP ritengono che siano le organizzazioni regionali che li rappresentano lo strumento di futuri rapporti privilegiati con «(...) all other strategic International relations actors»²⁶. Fra questi nuovi attori, oramai secondario è il ruolo dell'UE, mentre non viene richiamata esplicitamente la Cina. Tuttavia, un segno in tal senso può indirettamente cogliersi nel riferimento, espresso nelle premesse del Revised Georgetown Agreement, «(...) to the defence of multilateralism», principio assai caro al Regno del Centro²⁷.

3. Si è appena osservato come la nuova opzione strategica che emerge dal Revised Georgetown Agreement presupponga l'istituzione e l'attività di sei organizzazioni regionali attive nelle sei diverse aree dei Paesi ACP²⁸. Tale rinnovata opzione, come detto, era già prevista, anche se in maniera meno esplicita e in forme meno strutturate. Così, timidamente, nel Georgetown Agreement 1975²⁹ e, in maniera più esplicita, nel Georgetown Agreement 2003³⁰ ove, in termini generali, all'art. 1, co. 4, si stabiliva: «The ACP Group shall be organised on the basis of six geographical regions,

²⁵ Ivi: «Desiderous (...) to actively participate in global governance in order to meet global challenges and to contribute to the search for solutions to them».

²⁶ Peraltro l'influenza europea può ancora cogliersi nei già citati "valori" espressi nel preambolo e nel testo del Trattato (democrazia, diritti umani, stato di diritto), nonché in riferimenti tratti dalla disciplina di Lisbona, sia di carattere sostanziale, come la buona fede rafforzata, analoga alla leale collaborazione sia di carattere istituzionale quali l'Assemblea parlamentare o la Troika. Di tali aspetti più innanzi.

²⁷ Il pragmatico, e nel lungo periodo non disinteressato, approccio della Cina nei confronti del Paesi ACP è oggi sintetizzabile nell'espressione di uno *stakeholder* africano «China gives us roads, the EU gives us procedures», riportata da M. NEGRE ET AL., *op. cit.*, 39.

²⁸ Secondo l'art. 2, co. 2, del Revised Georgetown Agreement «The OACPS shall be organised on the basis of geographical regions, namely Central Africa, East Africa, Southern Africa, West Africa, the Caribbean, and the Pacific, or any other configuration agreed to by the Summit». Peraltro, nello stesso preambolo si fa riferimento alle specificità regionali delle diverse aree («Resolved to consolidate and reinforce (...)»).

²⁹ Nel Georgetown Agreement 1975 la cooperazione regionale fra i Paesi ACP è vagamente richiamata nel preambolo («Taking into account the objectives of the international and regional organisations to which the ACP States belong») e alle lettere e), f) dell'art. 2, relativo a *The Objectives*. Dal punto di vista istituzionale, all'art. 23 è attribuita la possibilità di concedere lo *status* di osservatore nei diversi organi dell'ACP Group ai «regional bodies of the ACP States».

³⁰ Nel Georgetown Agreement 2003 la cooperazione regionale fra i Paesi ACP è richiamata nel preambolo («Recognising the importance of regional integration, intra-ACP cooperation and cooperation among ACP and other developing countries (...)»), nonché all'art. 2, ove già si anticipa quanto sarà previsto nel Revised Georgetown Agreement relativamente alla cooperazione in materia economica (lett. g) nonché di mantenimento della pace e soluzione delle controversie (lett. n). Per quanto riguarda gli aspetti istituzionali, l'art. 29, lett. b), del Georgetown Agreement 2003 prevede la possibilità di attribuire lo *status* di osservatore a «regional bodies of ACP States».

namely Central Africa, East Africa, Southern Africa, West Africa, the Caribbean and the Pacific». Tuttavia, tali previsioni sembravano definire obiettivi di carattere programmatico e, di fatto, non avevano avuto alcuna concreta attuazione se non relativamente all'istituzione del Bureau of the Council, la cui composizione di nove membri era definita su base regionale e il cui compito era di coordinare i lavori del Consiglio dei ministri. Il nuovo Trattato, ispirato ad un rafforzamento della dimensione regionale della cooperazione ha esplicitamente confermato tale organo nella sua composizione e nelle sue funzioni³¹.

La rafforzata opzione strategica “regionale” *intra-ACP States* è ora espressa nel Revised Georgetown Agreement, in primo luogo all'art. 1, co. 2, che reitera, con lievi modifiche, l'organizzazione su base regionale già prevista nel 2003³², in particolare all'art. 5, relativo agli obiettivi. Alla lett. *d*) si prevede esplicitamente una dimensione regionale della cooperazione economica, politica, sociale e culturale, mentre la lett. *k*) si riferisce ai meccanismi regionali relativi alla prevenzione, gestione e soluzione pacifica delle controversie/conflitti. La visione “regionale” della cooperazione fra i Paesi ACP trova una esplicita istituzionalizzazione nella costituzione dell'Inter-Regional Organisations Coordination Committee (IROCC), la cui disciplina è dettata all'annesso II del Revised Georgetown Agreement relativo a *Subsidiary and Consultative Organs*³³. In proposito, al n. 1 di tale annesso si dettano delle regole di funzionamento, specificando che l'IROCC «shall operate on the basis of the principles of subsidiarity, complementarity and proportionality. It shall address crosscutting thematic and all other issues necessary for the promotion of regional integration and cooperation».

³¹ La partecipazione regionale si rifletteva nel Georgetown Agreement 2003 anche nella composizione del Bureau of the Council e, ai sensi dell'art. 12, co. 3: «The Bureau shall be composed of Nine Members and its composition shall be as follows: (a) the President of the Council, designated on the basis of rotation among the six regions identified in Article 1(4) in conformity with arrangements agreed on by the ACP Group, (b) one member from each of the four regions of Africa, one from the Caribbean and one from the Pacific, with the region which holds the Presidency being represented by another country from that region; (c) the out-going President and the in-coming President, in an ex officio capacity». Tale organo e la sua composizione sono confermati all'art. 15 n. 3-5 del Revised Georgetown Agreement.

³² Secondo l'art. 1, co. 2, del Revised Georgetown Agreement: «The OACPS shall be organized on the basis of geographical regions, namely [le sei aree storiche], or any other configuration agreed by the Summit».

³³ Stranamente l'IROCC è indicato all'art. 1 del Revised Georgetown Agreement relativo alle *Definitions* ma non all'art. 10 relativo agli *Organs* e, come detto, la sua disciplina è dettata nell'annesso II che, peraltro, ai sensi dell'art. 44 «shall form an integral part of this Agreement». L'IROCC, istituito già nel 2011 opera con incontri annuali con il Segretariato; per quanto riguarda le sue regole di procedura, cfr. ACP Secretariat, *Rules of Procedure for the ACP Inter-Regional Organisations Coordination Committee*, ACP/61/050/11 Rev.4, Brussels, 2012.

Altro aspetto della dimensione regionale che viene approfondito nel Revised Georgetown Agreement è quello relativo alla cooperazione fra le sei organizzazioni regionali previste (4 in Africa più quelle dei Caraibi e del Pacifico), nonché con altre organizzazioni regionali analoghe esistenti in altre aree geografiche. Tale dimensione della cooperazione interregionale è indicata nel Revised Georgetown Agreement all'art. 5, lettere *d*)³⁴, *h*)³⁵.

Se, dunque, la dimensione regionale, intesa in tutte le varianti appena viste, costituisce una delle maggiori novità del Revised Georgetown Agreement, ci si deve domandare se tale nuova lettura della cooperazione fra i Paesi ACP risponda ad una prospettiva realistica, ovvero esprima piuttosto una indicazione di future ipotetiche attività.

In proposito, occorre ricordare come la cooperazione regionale abbia avuto un particolare sviluppo soprattutto nell'Africa sub-sahariana. In realtà, già nel (pressoché sconosciuto e formalmente ancora in vigore) Treaty establishing the African Economic Community (AEC) si prevedeva, quale strumento d'azione finalizzato alla creazione dell'AEC, l'istituzione e l'attività di cinque Regional Economic Community (RECs) relative alle quattro aree citate (centro, est, ovest e sud) nonché all'Africa del Nord. Ciascuno Stato africano avrebbe dovuto "scegliere" l'adesione ad una sola REC e, attraverso l'attività di tali RECs, si sarebbe dovuto giungere, con una azione graduale e coordinata nel tempo, alla creazione dell'AEC³⁶. L'AEC Treaty prendeva altresì atto dell'esistenza nel continente africano di altre forme associative parziali o minori denominate Sub-Regional Economic Community (Sub-RECs), cui potevano aderire almeno tre Stati³⁷. Pertanto, sembra esservi astrattamente una corrispondenza fra le previsioni dell'AEC Treaty e dell'attuale Revised Georgetown Agreement per quanto riguarda le

³⁴ Cfr. art. 5, lett. *d*), ove il riferimento a «(...) strategic partnership between OACPS regions, and inter-regional cooperation in the field of trade, science and technology, industry, transport and communications, education, training and research, information and communication, the environment, demography, and human resources».

³⁵ Cfr. art. 5, lett. *h*), ove il riferimento a «develop strategic relations and partnerships with external parties including within the global South, as well as with regional and International organisations for the purpose of building global consensus on South-South and Triangular Cooperation».

³⁶ L'AEC Treaty fu firmato ad Abuja il 3 giugno 1991. Su tale trattato, stranamente sostanzialmente ignorato dalla "politica" così come dalla dottrina, anche africana, si veda M.A. AJOMO, O. ADEWALE (eds.), *African Economic Community Treaty, Issues, Problems and Prospects*, Lagos, 1993. L'AEC Treaty è stato di fatto recentemente "superato" dalla costituzione dell'African Continental Free Trade Area, adottata a Kigali il 21 marzo 2018, poi sottoscritta il 10 giugno 2018. Tale Accordo panafricano, firmato da 54 Paesi e sinora ratificato da 28, dovrebbe entrare in vigore nel corso del 2021.

³⁷ Secondo l'AEC treaty per «Sub-region shall mean at least three (3) States of one or more as defined (...)». In buona sostanza, una organizzazione sub-regionale può operare all'interno di una sola REC o a cavallo fra due o più RECs.

quattro organizzazioni relative alle aree dell'est, ovest, centro e sud del continente africano.

Occorre tuttavia riconoscere come tale ipotizzato modello organizzativo trovi una corrispondenza molto parziale nella realtà. Infatti, gli Stati africani (sia del nord che dell'area sub-sahariana) non hanno compiuto una scelta univoca a favore di una delle RECs ipotizzate. Anzi, attualmente le RECs, ufficialmente esistenti in quanto legittimate come tali dagli organi dell'UA/AEC, sono ben sette³⁸. Si è di fatto manifestata l'incapacità degli Stati di optare per una sola REC, come astrattamente previsto nel Georgetown Agreement 2003 e nell'AEC Treaty. Sinora non è stata realizzata l'ipotizzata articolazione in quanto le organizzazioni regionali esistenti sono molteplici e non coincidono con le previste indicazioni territoriali³⁹. Inoltre, si registra la contemporanea adesione di un singolo Stato a più organizzazioni RECs e Sub-RECs, tutte dotate di medesime o simili competenze d'attribuzione. Si tratta di fenomeni relativamente diffusi in diverse aree geografiche, ma la cui ampiezza si manifesta con particolare vigore, oltre che nel continente africano, anche in America Latina⁴⁰. Infine, come osservato, accanto all'organizzazione regionale africana astrattamente competente *ratione loci* (centro, est, ovest e sud), operano altre e tendenzialmente più efficienti organizzazioni sub-regionali⁴¹.

³⁸ Le 7 RECs attualmente "riconosciute" dal Summit dell'UA/AEC sono: Economic Community of Western African States, ECOWAS; Economic Community of Central African States, ECCAS; Common Market of Eastern and Southern Africa, COMESA; East African Community, EAC; Southern African Development Community, SADC; Intergovernmental Authority on Development, IGAD; Communauté des Etats Sahélo-Sahariens, CEN-SAD. Tale "riconoscimento" costituisce una evidente violazione dell'AEC Treaty e risulta comprensibile solo se si valuta la valenza "politica" svolta dal Summit nelle diverse forme del regionalismo africano

³⁹ In Africa dell'Est non risulta evidente quale possa essere la REC astrattamente competente secondo il Revised Georgetown Agreement e, in precedenza, per l'AEC Treaty. Infatti il COMESA, nella sua denominazione, fa riferimento sia ad Africa dell'est che del sud ma, in concreto, non vi aderiscono i principali Paesi dell'Africa australe, a partire dal Sud Africa, mentre vi aderiscono Paesi nordafricani quali Egitto e Tunisia. Ancora, in Africa dell'est operano l'EAC e l'IGAD. Caso limite del pluralismo partecipativo è dato dalla contemporanea adesione della Repubblica Democratica del Congo a tre RECs: ECCAS, SADC e COMESA. Per la *confusa* situazione del regionalismo africano, si vedano le rassegne di P. PENNETTA, *Le organizzazioni regionali dell'Africa sub-sahariana*, in questa Rivista, 2015, 489; 2017, 141; 2018, 737.

⁴⁰ Sui fenomeni del pluralismo associativo e del pluralismo partecipativo, cfr. P. PENNETTA, *Organizzazioni internazionali regionali*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, 2011, 844 ss., in part. 876-879.

⁴¹ Così, in Africa dell'Ovest, accanto alla "organizzazione regionale" più ampia, l'ECOWAS, coesistono almeno altre quattro organizzazioni sub-regionali: UEMOA, Conseil de l'Entente, Mano River Union e G5 du Sahel. In maniera analoga in Africa centrale, accanto alla REC rappresentata dall'ECCAS, opera la CEMAC; lo stesso in Africa del Sud ove, accanto alla SADC, operano la SACU e, nell'Oceano indiano, la COI.

Una analogia, pur se minore, contraddizione può cogliersi nell'area dei Caraibi, ove gli Stati aderenti alla Convenzione di Cotonou hanno da tempo istituito il Forum of the Caribbean Group of ACP States (CARIFORUM) quale forma associativa comune finalizzata alla gestione dei rapporti con l'UE, che dal 2008 ha assunto carattere convenzionale nell'Economic Partnership Agreement⁴². Tuttavia, nella stessa area e con una partecipazione soggettiva diversa (pur se quasi identica) opera da tempo l'organizzazione del CARICOM, ora retta dal Revised Treaty of Chaguaramas⁴³. Una situazione simile si realizza per gli Stati ACP del Pacifico che sono solo parzialmente i medesimi Stati aderenti all'organizzazione dell'area rappresentata dal Pacific Island Forum⁴⁴.

In buona sostanza, le previsioni del Revised Georgetown Agreement definiscono una disciplina per aree territoriali ove tuttavia la cooperazione prevista nelle sei zone (quattro africane più Caraibi e Pacifico) non coincide se non eccezionalmente con le organizzazioni territoriali realmente esistenti (ECOWAS nell'Africa dell'Ovest)⁴⁵. L'opzione strategica *regionale* articolata in sei aree e corrispondenti organizzazioni appare frutto di una scelta apparentemente razionale, ma gli Stati ACP sembrano ignorare come la realtà associativa al momento esistente sia sostanzialmente differente.

Considerazioni analoghe, relative all'assenza di realismo politico, possono cogliersi per l'opzione strategica dell'interregionalismo sud-sud come strumento di crescita collettiva. Si ipotizza una cooperazione bilaterale fra le sei regioni/organizzazioni dei Paesi ACP (*interregionalismo intra-ACP*), nonché un *interregionalismo sud-sud* fra ciascuna di queste sei regioni/organizzazioni e analoghe forme di cooperazione regionale attive in altre aree dei Paesi in via di sviluppo. Anche in tal caso si tratta di una opzione strategica di medio-lungo termine astrattamente condivisibile che,

⁴² Il CARIFORUM (ovvero i suoi Stati Membri) ha concluso l'Economic Partnership Agreement between the Cariforum States, of one part, and the European Community and its member States, of the other part, Bridgetown, 20.10.2008. L'EPA fra testo, annessi, protocolli e note prevede ben 1953 pagine (sic).

⁴³ Aderiscono al CARICOM disciplinato dal Revised Treaty of Chaguaramas: Nassau, 5.7.2001: Antigua & Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominicana, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Monserrat, St. Kettis & Nevis, St. Lucia, St. Vincent&Grenadines, Suriname, Trinidad & Tobago. La differenza soggettiva fra CARIFORUM e CARICOM consiste nell'adesione della Repubblica dominicana al CARIFORUM (e al relativo APE) ma non al CARICOM, mentre Monserrat, Paese CARICOM, non aderisce al CARIFORUM. Peraltro, CARICOM e CARIFORUM hanno costituito un Segretariato comune.

⁴⁴ Nel Pacifico gli Stati ACP dell'area coincidono solo parzialmente con gli Stati membri del Pacific Island Forum. Peraltro nell'area esistono altre organizzazioni come la Pacific Community.

⁴⁵ Esiste una sostanziale coincidenza fra l'area dell'Africa occidentale e i 15 Stati membri dell'ECOWAS, anche se, come osservato, in tale area operano altre organizzazioni di dimensione sub-regionale, quali Mano River Union, G5 du Sahel, Conseil de l'Entente e, soprattutto, UEMOA.

tuttavia, trova riscontri assolutamente marginali nella prassi. Anche tale *interregionalismo Sud-Sud* appare più potenziale che reale, in quanto non risultano al momento esistenti accordi interregionali fra le sei organizzazioni (astrattamente) sorte fra Paesi ACP così come fra le organizzazioni dei Paesi ACP e quelle cui, aderiscono Paesi in via di sviluppo di altre aree geografiche. In realtà, e si torna all'antico, l'unico interregionalismo esistente è quello in direzione Nord-Sud, che vede come attori principali le due organizzazioni europee dell'UE e dell'EFTA. Tuttavia, anche in proposito deve rilevarsi come ci si muova in maniera alquanto confusa. Infatti, per un verso, l'UE mantiene specifiche e più o meno significative relazioni con le principali organizzazioni regionali e sub regionali africane ma questi rapporti bilaterali non si sono materializzati nella sottoscrizione degli Economic Partnership Agreements previsti dalla Convenzione di Cotonou e che dovrebbero disciplinare, coerentemente con la disciplina dell'OMC, i rapporti, soprattutto commerciali fra UE e singole organizzazioni⁴⁶. In tal senso, come osservato, l'unico caso di parziale coincidenza è costituito dal Cariforum-UE Economic Partnership Agreement ove, all'art. 4, si compie da parte dell'UE in maniera diplomatica (ma sostanzialmente incomprensibile) un "tortuoso" riferimento ai rapporti fra CARICOM e CARIFORUM⁴⁷.

⁴⁶ Com'è noto, gli APE dovrebbero disciplinare collettivamente i rapporti fra UE e gli Stati delle sei aree dei Paesi ACP (4 africane nonché dei Caraibi e del Pacifico). Sinora è stato concluso solo quello con i Paesi del CARIFORUM (di cui alla nota 43) nonché altri con singoli Stati e gruppi di Stati a dimostrazione della fragilità politica e istituzionale delle organizzazioni africane; cfr. sul tema F. MARTINES, *op. cit.* In generale sul tema, fra i tanti nell'ambito di una ampia letteratura, cfr. C. STEVENS ET AL., *The CARIFORUM and Pacific ACP Economic Partnership Agreements. Challenges Ahead*, London, 2000; J.J.-L. CORREA, *L'OMC à l'épreuve des accords de partenariat économique et de intégration économique africaine: les nouveaux accords commerciaux entre la Communauté européenne et les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), le droit de l'OMC et les implications sur le processus d'intégration économique en Afrique*, Genève, 2007.

⁴⁷ Cfr. Economic Partnership Agreement between the Cariforum States, cit.: art. 4 *Regional integration*: «1. The Parties recognise that regional integration is an integral element of their partnership and a powerful instrument to achieve the objectives of this Agreement. 2. The Parties recognise and reaffirm the importance of regional integration among CARIFORUM States as a mechanism for enabling these States to achieve greater economic opportunities, and enhanced political stability and to foster their effective integration in the world economy. 3. The Parties acknowledge the efforts of the CARIFORUM States to foster regional and sub-regional integration among themselves through the Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy, the Treaty of Basseterre establishing the Organisation of Eastern Caribbean States and the Agreement establishing a Free Trade Area between the Caribbean Community and the Dominican Republic. 4. The Parties further recognise that, without prejudice to the commitments undertaken in this Agreement, the pace and content of regional integration are matters to be determined exclusively by the CARIFORUM States in the exercise of their sovereignty and in the light of their current and future political ambitions»; numeri 4 e 5 *omissis*.

Lo stesso approccio poco realista sembra potersi cogliere in relazione ai principi di sussidiarietà, complementarietà e proporzionalità, cui si è fatto cenno, in relazione alle modalità d'azione dell'IROCC⁴⁸. In realtà, tale richiamo della disciplina dell'UE sembra piuttosto “di maniera” e *de jure condendo*. I citati principi non sembrano realisticamente corrispondere né ai comportamenti degli Stati e dell'oggettivamente fragile e confuso regionalismo esistente fra i Paesi ACP⁴⁹ né, tantomeno, all'attività dell'IROCC, organo sussidiario privo di effettivi poteri.

4. Il Revised Georgetown Agreement meriterebbe una più ampia analisi sviluppata in parallelo con il negoziato in corso UE-ACP, così come di particolare interesse appare il nuovo trattato nello studio dell'organizzazione internazionale⁵⁰. Possono infatti cogliersi sia aspetti, per così dire “tradizionali” (il presente par. 4), sia previsioni di relativa novità che rispondono a tendenze in via di affermazione (il successivo par. 5).

Nell'ambito di aspetti “tradizionali”, la prima considerazione è relativa alla tecnica redazionale del Revised Georgetown Agreement. Come frequente nei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali dei Paesi in via di sviluppo, si prevede un testo assai breve (43 articoli), completato da allegati che costituiscono «integral part of this Agreement». Sono così previsti gli annessi I e II, relativi rispettivamente a “Arrears in Contribution” e a “Subsidiary and Consultative Organs”.

La seconda e certamente più importante considerazione è relativa alla natura giuridica della cooperazione istituzionalizzata fra i Paesi ACP (ora OACPS, in precedenza ACP Group) e al suo carattere dinamico. Si ricordi come il primo Georgetown Agreement risalga al 1975 con modifiche 1992-2003 e come l'attuale Revised Georgetown Agreement ne costituisca una

⁴⁸ La concreta applicazione dei principi di sussidiarietà, complementarietà e proporzionalità appare non agevole in riferimento ai soggetti che dovrebbero in concreto utilizzarli. Ci si può domandare se si tratti degli Stati membri dell'OACPS o della singola organizzazione o ancora, come è esplicitamente previsto, dall'IROCC. Lo stesso interrogativo può porsi circa i rapporti intersoggettivi. Potrebbe trattarsi dei rapporti fra OACPS e i suoi Stati membri, fra OACPS e singole organizzazioni regionali o, ancora, fra singola organizzazione regionale e suoi Stati membri.

⁴⁹ Nella prassi del fragile e molteplice regionalismo africano (ma anche nei Caraibi) non appare agevole definire regole di comportamento che riescano a coordinare le attività delle diverse iniziative concorrenti. Una iniziativa di relativo successo appare il coordinamento in Africa occidentale dell'azione di ECOWAS e UEMOA. Altre le RECs e le SubRECs hanno sinora operato di regola senza alcun coordinamento reciproco, anzi talora in concorrenza.

⁵⁰ Una visione più ampia di “organizzazione internazionale” che supera quella tradizionale, ispirata alle NU e agli istituti specializzati, può cogliersi nella più moderna manualistica continentale europea; in tal senso, cfr. soprattutto E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dirr.), *Droit des organisations internationales*, Paris, 2013 ma anche P. PENNETTA ET AL., *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, 2018 e il contributo classico H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *op. cit.*

completa riscrittura. In proposito, pur se si utilizza, a partire dal 1975, la medesima terminologia di *agreement* è lecito domandarsi se, con il nuovo trattato, sia mutata solo la denominazione: da *Group of ACP* a *OACPS*, ovvrosia ne sia mutata anche la natura giuridica⁵¹. Nel merito non è agevole comprendere la qualificazione giuridica del *Group of ACP* come previsto nelle successive formulazioni del *Georgetown Agreement*. Certamente non si tratta di un accordo in forma solenne in quanto (nelle diverse versioni 1975 e 1992-2003) non si compie alcun riferimento alla procedura dovuta in tali casi (art. 16 della Convenzione di Vienna) e l'entrata in vigore risulta direttamente collegata alla sola firma da parte di due/terzi dei Paesi ACP⁵². Inoltre, la possibilità di un emendamento è pragmaticamente prevista in «a decision of the Council»⁵³. Pertanto per il *Georgetown Agreement* nelle sue diverse formulazioni (1975, 1992, 2003) potrebbe trattarsi di un accordo in forma semplificata istitutivo di una organizzazione internazionale⁵⁴ ovvero, con maggiore probabilità, di una intesa politico-diplomatica istitutiva di una organizzazione di concertazione a modello debole o *soft organization*⁵⁵. Tale forma associativa non trova il suo fondamento in un trattato internazionale multilaterale bensì in una (o più) dichiarazioni politico-diplomatiche il cui contenuto materiale risulta simile a quello delle organizzazioni a base pattizia⁵⁶. Tale tipologia associativa trova la sua legittimità nella prassi

⁵¹ La dottrina appare interessata (ma comunque molto marginalmente) a definire le funzioni dell'ACP Group e non ne definisce la natura giuridica; così J.M. SOBRINO HEREDIA, *Las relaciones de cooperación para el desarrollo CEE-Estados ACP*, Santiago, 1985, 165 (n. 166) e 169 che si limita a nominare il *Georgetown Agreement* e, più di recente P. GOMES, *The ACP Ambassadorial Working Group on Future Perspectives of the ACP Group*, in A. MONTOUTE, V. KUDRAT (eds.), *The ACP Group and UE Developing Partnership. Beyond the North-South Debate*, Londra, 2017, 310.

⁵² Cfr. art. 26 del *Georgetown Agreement*, 1975.

⁵³ Cfr. art. 24 del *Georgetown Agreement*, 1975. Stranamente, il Revised *Georgetown Agreement* all'art. 32 "conserva" la precedente previsione in materia di emendamenti. In realtà visto che l'OACPS è stata istituita con un trattato in forma solenne, anche gli emendamenti dovrebbero rispettare la medesima procedura ma nella (passata ma ancora attuale disciplina) un atto di diritto derivato (*deciston*) modifica una norma primaria.

⁵⁴ L'unico caso noto di organizzazione internazionale istituita con un trattato in forma semplificata è costituito dal Charter of the Cooperation Council of the Arab States of the Gulf, Abu Dhabi City, 25 maggio 1981. Secondo l'art. 19 il Trattato entra in vigore al momento della sua sottoscrizione.

⁵⁵ Sul tema, cfr. A. DI STASI, *About Soft International Organizations. An Open Question*, in R. VIRZO, I. INGRAVALLO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden-Boston, 2015, 44; nonché R.W. STONE, *Informal governance in international organizations: Introduction to the special issue*, in *Review of International Organizations*, 2013, 121, e F. VABULAS, D. SNIDAL, *Organization without delegation: Informal Intergovernmental Organizations (IIGOs) and the spectrum of intergovernmental arrangements*, ivi, 193.

⁵⁶ Può indurre a ritenere che si tratti di una organizzazione internazionale a base pattizia, sia pure istituita con un trattato in forma semplificata, il testo relativamente ampio del *Georgetown Agreement* 1975 peraltro, come osservato, più volte modificato e integrato, si

consolidata degli Stati, come espressa nei c.d. “seguiti” sia di carattere politico-diplomatico sia di carattere convenzionale. Va ancora osservato come, spesso, tali forme associative siano dotate di personalità giuridica di diritto interno, necessaria per lo svolgimento delle attività istituzionali⁵⁷. Ai nostri fini, sia il quarto comma dell’art. 1 del Georgetown Agreement 1975 sia il n. 5 dell’art. 1 dell’Agreement 2003 dettavano la medesima disciplina, secondo la quale, «The ACP Group shall have legal personality. It shall have the capacity to contract, acquire, and dispose of movable et immovable property and to institute legal proceedings». Come è evidente, ci si limita esplicitamente a prevedere la personalità giuridica di diritto interno, peraltro confermata nell’Accordo di sede all’art. 1⁵⁸.

La qualificazione giuridica dell’OACPS, quale può dedursi dal Revised Georgetown Agreement, appare diversa e certamente meno oscura. Si tratta di un trattato internazionale in forma solenne, che ai sensi degli articoli 40-42 dovrà essere firmato, ratificato ed entrerà in vigore a seguito del deposito secondo le regole classiche. Si prevede anche la tradizionale registrazione presso il Segretariato dell’ONU ex art. 102 della Carta. Risultano tuttavia presenti alcune peculiarità della precedente disciplina, in particolare si conferma la assolutamente atipica possibilità di approvare emendamenti, senza ricorrere alla stipulazione di un formale trattato *ad hoc*. Può comunque ritenersi che, con la sottoscrizione del Revised Georgetown Agreement, si realizzi il passaggio da ACP Group, inteso come gruppo di Stati operante come *soft organization* a OACPS inteso come organizzazione internazionale di cooperazione a base pattizia. Tale “trasformazione” risulta nella prassi abbastanza frequente, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo ove gli Stati sono estremamente prudenti nella sottoscrizione di trattati istitutivi di organizza-

che il suo contenuto non appare differente da analoghi trattati di carattere convenzionale. In senso opposto, va osservata la prassi relativa a organizzazioni di concertazione (o *soft organization*) le cui previsioni materiali sono di contenuto sostanzialmente simile a quello delle organizzazioni a base pattizia. In tal senso si veda la Charter of the Indian Ocean Rim – Association for Regional Cooperation (IOR-ARC), Mauritius, 7 marzo 1997 (dal 2013 Indian Ocean Rim Association, IORA) la cui denominazione Charter e il cui contenuto materiale risultano analoghe a quello di una organizzazione a base pattizia ma di cui è certa la natura politico-diplomatica. In altri casi di *soft organization* la disciplina è dettata nel tempo attraverso l’approvazione in momenti successivi di atti, talora politico-diplomatici, talora tecnico-giuridici che disciplinano i diversi aspetti dell’apparato istituzionale. Così, ad esempio, l’APEC nell’area del Pacifico e l’CSCE/OSCE in Europa.

⁵⁷ Ovviamente alla *soft organization* non è attribuibile personalità giuridica internazionale in quanto non rappresenta un autonomo centro di imputazione. Le manifestazioni di volontà eventualmente effettuate per realizzare obiettivi istituzionali sono collettivamente riconducibili agli Stati operanti collettivamente; cfr. C. SANTULLI, *Retour à la théorie de l’organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l’Alba et de la Celac, comparées notamment l’Union européenne*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2012, 193.

⁵⁸ Cfr. art. 1 dell’Headquarters Agreement, cit.

zioni regionali e, in diretta relazione ai risultati conseguiti, sono soliti procedere nel tempo ad un graduale rafforzamento anche di carattere istituzionale⁵⁹.

Se, dunque, il Revised Georgetown Agreement è qualificabile come trattato internazionale in forma solenne, istitutivo di una organizzazione internazionale, appare opportuno interrogarsi se l'OACPS, in particolare, sia dotata di personalità giuridica internazionale, cioè se costituisca un centro di imputazione distinto dagli Stati membri. In realtà, il Revised Georgetown Agreement prevede esplicitamente all'art. 3 «The OACPS shall be an international organisation, established under international law, with legal personality» e, in tal modo, si intende sottolineare come, almeno per gli Stati membri, la nuova organizzazione sia dotata di personalità giuridica internazionale. Si tratta dell'elemento soggettivo della personalità giuridica internazionale, la cui presenza trova conferma nell'esistenza c.d. *treaty making power* previsto all'art. 34 del Revised Georgetown Agreement. Tuttavia, ai fini dell'attribuzione della personalità giuridica internazionale occorre accertare, anche (e ci si consenta *soprattutto*) la presenza dell'elemento oggettivo, cioè la reale esistenza dell'organizzazione come centro di imputazione nei rapporti giuridici internazionali con altri soggetti di diritto internazionale: Stati terzi e altre organizzazioni (a loro volta, dotate di personalità giuridica internazionale). In tal senso, ai fini dell'attribuzione della personalità giuridica internazionale all'OACPS, si dovrà valutare la futura prassi, a partire dal negoziato in corso con l'UE⁶⁰, nonché quelli auspicati con Stati e organizzazioni regionali che, come illustrato, dovrebbero costituire la parte fondamentale delle future relazioni esterne dell'OACPS.

Non si ritrovano elementi di particolare novità nel Revised Georgetown Agreement per quanto riguarda lo *status* di "Parti"⁶¹ (art. 6) e di "Parti meno piene" nella specie quello di osservatore (art. 7). Può solo osservarsi come, a differenza della precedente disciplina, sia possibile attribuire lo *status* di membro per *consensus* anche a Stati che geograficamente non appartengono all'area dell'Africa, Caraibi e Pacifico e che non hanno sottoscritto la Convenzione di Cotonou ovvero, più correttamente, che non sottoscriveranno la

⁵⁹ Il caso più noto di evoluzione da *soft* a *hard organization* a base pattizia è dato dall'ASEAN istituita con la ASEAN Declaration, Bangkok, 8 agosto 1967 e, a distanza di quarant'anni, disciplinata dalla Charter of the Association of Southeast Asian Nations, Singapore, 20 novembre 2007.

⁶⁰ Si dovrà osservare se il futuro accordo che sostituirà la convenzione di Cotonou sarà sottoscritto, in maniera analoga rispetto alla parte europea, dall'organizzazione e dai suoi Stati membri o esclusivamente dai Paesi ACP (UE e suoi Stati membri e OACPS e suoi Stati membri).

⁶¹ Nell'ambito della *membership*, il Revised Georgetown Agreement prevede una categoria particolare che è quella dei "Small Island Development States" (SIDS) già richiamati nel Preamble e per i quali, nell'annesso II, relativo a *Subsidiary and Consultative Organs*, si crea il SIDS Forum.

prossima⁶². Si tratta di una ulteriore conferma del sostanziale ridimensionamento del rapporto con l'UE. Per quanto riguarda lo *status* di osservatore, l'art. 7 detta una disciplina tradizionale, in quanto tale *status* può essere attribuito, oltre che a Stati (lett. *a*), anche a «Continental o regional bodies» cui aderiscono gli Stati ACP (lett. *b*), nonché «International organizations» che perseguono obiettivi simili a quelli della OACPS (lett. *c*). Può solo osservarsi come non appaia chiara la distinzione e la differente natura giuridica dei Bodies (della lett. *a*) rispetto alle International Organizations (della lett. *c*) e come non sia chiaro se la condizione della reciprocità (*on the basis of reciprocity*) valga solo per le organizzazioni internazionali o sempre⁶³. Il Revised Georgetown Agreement, a conferma della sua apertura in tutte le direzioni (capitolo XII, articoli 34-37), prevede in maniera non chiara all'art. 36 anche altri *status of External Parties*. Si tratta degli status di Dialogue Partner, Sectoral Dialogue Partner, Development Partner, Special and/or External Observer, Guest o altro *status* il cui contenuto sarà di volta in volta individualmente definito e concesso dal Consiglio dei ministri⁶⁴.

Per quanto riguarda gli atti normativi finalizzati al perseguimento degli obiettivi istituzionali, il Revised Georgetown Agreement non brilla per chiarezza anche relativamente alle *Decision Making Modalities* dell'art. 27, di cui si dirà. Così per quanto riguarda il Summit, *supreme decision making organ*, non sembrano avere uno specifico significato tecnico-giuridico le espressioni *directives* o *decisions* di cui all'art. 12, lettere *b*), *c*), mentre lo stesso articolo rinvia al citato art. 27⁶⁵. Altrettanto poco chiara è la previsione degli atti normativi del Consiglio dei ministri. Infatti l'art. 17, n. 2, prevede le diverse tipologie di atti, nella specie *decision*, *resolution*, *recommendation* e *declaration* ma, anche in tal caso, ci si limita a rinviare, ancora una volta, all'art. 27 senza specificarne le caratteristiche tipologiche e il loro valore giuridico⁶⁶. Altrettanto confusa è la previsione degli atti

⁶² Cfr. art. 6 del Revised Georgetown Agreement. Il Georgetown Agreement 1975 all'art. 1, co. 3, limitava lo *status* di membro ai futuri membri della Convenzione di Lomé, mentre il Georgetown Agreement 2003 all'art. 28 faceva riferimento alla collocazione geografica e/o all'adesione alla Convenzione di Cotonou.

⁶³ Cfr. art. 7 del Revised Georgetown Agreement.

⁶⁴ Cfr. art. 36 del Revised Georgetown Agreement. Peraltro, secondo il co. 2, External Parties possono partecipare alle riunioni o ad attività di cooperazione senza che sia definito uno *status* formale.

⁶⁵ Fra le non frequenti manifestazioni di volontà del Summit e del suo Presidente di turno, cfr. *Communiqué of the President-in-office of the 1st Extraordinary Inter-sessional Summit of the Heads of State and Government of the OACPS*. Reference ACP/28/009/20/Final, Virtual Summit, 3 giugno 2020.

⁶⁶ Può ritenersi che le prime due tipologie (*decision* e *resolution*) possano avere valore obbligatorio (se così esplicitamente specificato nel singolo atto), mentre per *recommendation* e *declaration* può ipotizzarsi il loro valore raccomandatorio. La raccomandazione può essere approvata anche da un organo non intergovernativo, di cui si dirà al par. 5. La dichiarazione

normativi espressione di volontà degli altri organi intergovernativi; così, i diversi Sectoral Ministerial Committees approveranno delle decisions (art. 17, n. 3), mentre per il Committee of Ambassadors gli atti, secondo l'art. 19, n. 4 «(...) shall take the form of decision, resolution, or recommendation». In buona sostanza, nel Revised Georgetown Agreement non si specifica mai il valore (esortativo o obbligatorio) dei singoli atti approvati dai diversi organi dell'apparato istituzionale intergovernativo. Viceversa, quale che sia il livello dell'organo intergovernativo interessato, il Revised Georgetown Agreement rinvia alle *decision-making modalities* del più volte citato art. 27 che prevede al n. 1 quale criterio decisionale il *consensus*. Tuttavia, al n. 2 e al n. 3 si prevede anche la possibilità che un atto sia approvato solo in casi eccezionali con la maggioranza dei quattro/quinti e dei due/terzi dei presenti e votanti⁶⁷. In proposito, può osservarsi come, in assenza di indicazioni circa il valore obbligatorio degli atti di cui si è detto, gli Stati non assumeranno obblighi giuridici sulla base di una decisione presa secondo le modalità dell'art. 27, n. 2 e n. 3, cioè rispetto alle quali non abbiano manifestato il loro consenso⁶⁸. In realtà, da una lettura sistematica del Revised Georgetown Agreement, una modalità per l'organizzazione di prevedere norme obbligatorie è quella di elaborare un progetto di trattato e di sottoporlo all'attenzione degli Stati membri che liberamente decideranno se obbligarsi ratificandolo⁶⁹. Un indizio letterale in tal senso può cogliersi indirettamente per induzione dall'art. 33 che, nel definire i meccanismi di soluzione delle controversie e il ruolo del Summit, fa riferimento non solo allo stesso Revised Georgetown Agreement ma anche a «(...) other instruments set up under OACPS». Se, come appena visto, non sono esplicitamente previsti atti obbligatori di diritto derivato "in senso proprio" e si tratta di previsioni giuridiche che obbligano gli Stati, tanto da comportare la necessità di un *dispute settlement*, non può che trattarsi di norme convenzionali definite in

ha tradizionalmente un valore politico-diplomatico e viene approvata da organi politici, nella specie il Summit.

⁶⁷ L'art. 27 del Revised Georgetown Agreement prevede «2. However, under special circumstances, and after consultation among its members, the Organs may decide on a matter by a majority of fourth-fifth of their members present and voting. 3. In the event that such a majority is not obtained after voting in the course of two meetings or session of the Organ, the matter will be postponed to the next session, at which the Organ shall decide on the matter by a majority of two-thirds of its member present and voting».

⁶⁸ In realtà, una decisione presa all'unanimità o per *consensus* potrebbe astrattamente obbligare tutti gli Stati membri ma, in concreto, andrebbe valutato il suo contenuto e, in particolare, l'ipotizzabile dualismo ordinamentale presente.

⁶⁹ Sul tema del "diritto derivato improprio" mi si consenta il rinvio a P. PENNETTA, *Atti normativi*, in P. PENNETTA ET AL., *op. cit.*, 265, mentre sullo stretto rapporto fra processo decisionale e caratteristiche tipologiche della singola manifestazione di volontà, cfr. nel medesimo volume, P. PENNETTA, *Il processo decisionale*, 305.

autonomi trattati/protocolli che gli Stati ACP concludono fra di loro per realizzare gli obbiettivi stabiliti nello statuto dell'OACPS⁷⁰.

5. Altre previsioni del Revised Georgetown Agreement possono essere considerate aspetti di novità o, comunque, inserirsi in tendenze in tutto o in parte innovative del diritto dell'organizzazione internazionale. Un sicuro interesse e una particolare attualità possono rilevarsi nello spessore dell'*animus cooperandi*, come indicato all'art. 8 al n. 2, ove si coglie un esplicito riferimento alla "buona fede" che può intendersi, in qualche modo, "rafforzata". Infatti, il citato n. 2 dell'art. 8 del Revised Georgetown Agreement è seguito dai numeri 3 e 4⁷¹, che riprendono quasi letteralmente il dettato di Lisbona, in particolare il n. 3, 2° e 3° cpv. dell'art. 4 TUE. Com'è noto, si tratta delle previsioni relative alla leale collaborazione che caratterizzano in maniera particolare il processo di integrazione europea⁷². In sostanza, gli Stati ACP sembrano consapevoli della necessità di rafforzare la componente meta-giuridica della cooperazione e la proclamano con particolare enfasi nel citato art. 8, imitando la disciplina di Lisbona. Peraltro, come spesso accade nelle organizzazioni dei Paesi in via di sviluppo, a tali proclamazioni non sempre corrisponde una reale volontà politica né, nella nostra prospettiva, sono previsti adeguati strumenti tecnico-giuridici di garanzia e, in particolare, la presenza di una Corte di giustizia.

Altro aspetto di rilievo può cogliersi nella complessa articolazione dell'apparato istituzionale. In tal senso nelle organizzazioni regionali più

⁷⁰ Ulteriore indizio in tal senso può cogliersi all'art. 17, n. 1, lett. b), in cui si fa riferimento all'attività del Consiglio dei ministri di attuazione di accordi conclusi dal Summit (*shall implement the agreements*) ove il termine *agreement* può essere inteso nel senso di trattato internazionale sottoscritto dai capi di Stato o di governo.

⁷¹ L'art. 8 del Revised Georgetown Agreement prevede: «2. Member States shall fulfill in good faith their obligation under this Agreement, so as to ensure the full enjoyment of the rights and benefits resulting from the membership. 3. Member States shall take all appropriate measures to carry out all the obligations arising from the membership of the OACPS under this Agreement or resulting from the decisions adopted by the various Organs of the OACPS. 4. Member States shall facilitate the achievement of the objectives of the OACPS and shall refrain from adopting any measures that may negatively impact upon the achievement of the objectives of the OACPS».

⁷² L'art. 4 TUE prevede «3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione; cfr. E. NEFRAMI, *Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2015, 223, e P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale collaborazione*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Studi offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 5.

recenti si è soliti dettare già nel trattato istitutivo o in successivi protocolli integrativi, una complessa e articolata disciplina dell'apparato istituzionale. Tale complessità supera il modello tradizionale caratterizzato da una struttura bipartita costituita da un organo ove sono presenti i rappresentanti o delegati degli Stati e dal Segretariato. La struttura bipartita viene di regola "completata" nella prassi, da organi sussidiari serventi rispetto all'organo assembleare. Nella più recente prassi dell'organizzazione internazionale l'apparato istituzionale interstatale risulta più complesso, in quanto già nel trattato istitutivo sono previsti organi intergovernativi articolati su diversi livelli nonché accanto al Segretariato, si è soliti prevedere anche organi rappresentativi di interessi diversi, in primo luogo politici ma anche economici e territoriali. Tale "moderna" tipologia istituzionale si ritrova nel Revised Georgetown Agreement con l'articolazione degli organi intergovernativi in quattro livelli: Summit, Consiglio dei ministri, Comitati ministeriali settoriali e Comitato degli Ambasciatori (art. 10 e articoli 11-20)⁷³. Inoltre, nel Revised Georgetown Agreement è presente, oltre al Segretariato (articoli 22-24)⁷⁴, l'OACPS Parliamentary Assembly (art. 21) intesa (art. 1) quale «consultative organ representing the voice of the peoples of the Member States»⁷⁵. Com'è comprensibile, vista la maturità democratica degli Stati membri e dell'organizzazione, a tale organo politico sono attribuiti poteri limitati relativi alle informazioni che riceverà regolarmente dal Consiglio dei Ministri e che si manifesta con un rapporto annuale della Parliamentary Assembly e con una attività (non identificata) svolta in collegamento con gli altri organi dell'OACPS. L'art. 21 stabilisce ancora il potere di autorganizzazione, indicando che sia la stessa Parliamentary Assembly a indicare, nella sua Charter "*freely adopted*", i criteri decisionali.

Nella medesima logica di coinvolgimento nelle attività dell'organizzazione di *stakeholders* non governativi, l'art. 25 prevede *Subsidiary and Consultative Organs*⁷⁶, in parte indicati all'annesso II ove in particolare si

⁷³ Cfr. articoli 3-17 del Georgetown Agreement 1975. Tale tendenza appare progressivamente sviluppatasi nel tempo rispetto alla semplice struttura dell'originario Georgetown Agreement 1975, che prevedeva solo il Consiglio dei ministri e il Comitato degli Ambasciatori. Tuttavia, già nel Georgetown Agreement 2003, all'art. 3 e agli articoli 7-9 fu introdotto il Summit dei capi di Stato e di governo quale *supreme organ*.

⁷⁴ Va detto come nella prassi regni una certa "confusione". Infatti di recente è stata approvata la *Joint Statement by the Heads of the OACPS, the Caribbean Community, and the Pacific Islands Forum Secretariat on COVID-19 Pandemic*, 20 maggio 2020. Si tratta di una manifestazione di volontà di un organo *di fatto*, come tale non previsto nel Revised Georgetown Agreement.

⁷⁵ L'Assemblea parlamentare era stata istituita dall'art. 5 del Georgetown Agreement 2003.

⁷⁶ L'art. 25 non sembra brillare per chiarezza e coerenza in quanto prevede una disciplina simile sia per l'organo sussidiario che, tradizionalmente, svolge funzioni subordinate e serventi rispetto all'organo che lo ha istituito (si pensi agli articoli 22 e 29 della Carta dell'ONU), sia per gli organi consultivi. Tali organi, secondo quanto sembra potersi cogliere

richiama il citato IROCC, nonché il Business Forum, rappresentativo degli interessi economici, il SIDS Forum rappresentativo degli Small Island Developing States⁷⁷ e la Cultural Foundation funzionale «to develop cultural activities between and among the Member States»⁷⁸.

Sempre relativamente all'apparato istituzionale, un aspetto di relativa novità è la presenza di organi a composizione ristretta che contribuiscono al buon funzionamento dell'organizzazione e a dare continuità e coerenza d'azione⁷⁹. Si tratta, in primo luogo e in maniera assorbente, del citato Bureau of the Council che è collegato alla logica "regionale" della cooperazione fra i Paesi ACP. Viceversa, assai poco chiara è la disciplina della Troika che, secondo quanto previsto all'art. 10, n. 2, dovrebbe essere costituita per tutti i livelli degli organi (intergovernativi) sì che risulta esplicitamente escluso il Segretariato (e logicamente l'Assemblea parlamentare)⁸⁰. Tuttavia, in relazione alla Troika, che dovrebbe contribuire a garantire la continuità dell'attività dell'organizzazione, il nuovo trattato in maniera singolare vi fa riferimento solo nella sua composizione apicale. Infatti, l'art. 12, co. 3, del Revised Georgetown Agreement prevede che «[t]he Summit shall be managed by a Troika comprising the following: a) The President-in-Office; b) The outgoing President; c) The incoming President», attribuendole peraltro dei poteri assai limitati⁸¹. Nulla si dice rispetto alla Troika degli altri

al n. 2 dell'art. 25, dovrebbero godere di autonomia e potere di iniziativa, nonché dovrebbero operare «at national level», «(to) facilitate greater interactions among member states» e «promote democratic processes through dialogue and consultation». Inoltre, l'art. 25 non indica chi sia competente alla loro istituzione, infatti per gli organi sussidiari potrebbe essere sufficiente un atto interno del singolo organo, mentre per gli organi consultivi potrebbe essere necessario un protocollo retto dal diritto internazionale (anche se l'art. 39 sugli emendamenti parla di *decision*).

⁷⁷ Il SIDS Forum trova la sua origine nelle legittime preoccupazioni dei Paesi del Pacifico minacciati dalle problematiche ambientali e non trova alcun riferimento nei precedenti Georgetown Agreements.

⁷⁸ La Cultural Foundation costituisce una ulteriore novità del nuovo trattato e ha come obiettivo di definire valori culturali comuni a Paesi di aree estremamente eterogenee.

⁷⁹ Si ricordi l'ampio numero di Stati partecipanti all'OACPS (ben 79) e la loro eterogeneità politico-geografica (tre continenti) che rende complessa la gestione istituzionale, espressa significativamente dal ridotto numero di Summit realizzati nel tempo: solo nove dalla sua istituzione nel 2003.

⁸⁰ Secondo quanto previsto all'art. 10, n. 2: «A Troika shall be established for the above-mentioned organs, with the exceptions of the OACPS Secretariat» e nell'elenco del n. 1 sono ricompresi oltre che i citati quattro livelli degli organi intergovernativi anche la Parliamentary Assembly.

⁸¹ Secondo l'art. 12, n. 1 e n. 2, del Revised Georgetown Agreement, la Troika nella sua composizione apicale è "coinvolta", su raccomandazione del Consiglio dei ministri, solo nella nomina e nella destituzione del Segretario generale e nella Convocazione del Summit triennale.

livelli della cooperazione istituzionalizzata (Ministri degli esteri⁸², Ministri competenti *ratione materiae*, Comitato degli Ambasciatori) sì che il citato art. 12 n. 2 sembra poter essere espressione di un “mancato” coordinamento collegato alla precedente disciplina del 1975 e del 2003⁸³.

L’ulteriore osservazione di relativa novità è costituita dalle regole sulle *Sanctions* e sul *Dispute Settlement*, previste all’art. 32 e all’art. 33 del Revised Georgetown Agreement, ove fondamentale è l’approccio politico-diplomatico. Per quanto riguarda il sistema sanzionatorio al n. 1 dell’art. 32 si individua nel Consiglio dei Ministri l’organo competente a determinare e imporre le sanzioni nei confronti dello Stato «which braches its obligation», inoltre alle lettere a, b e c del n. 1, si specificano i diversi comportamenti “illeciti”. Si prevede ancora sub n. 2 che sia lo stesso Consiglio dei Ministri a stabilire le misure politiche ed economiche che dovranno indurre lo Stato ad adempiere alle sue obbligazioni⁸⁴. Sempre in materia di sanzioni, di particolare interesse è il n. 3 dell’art. 32 e il connesso annesso I relativo al sistema sanzionatorio inteso in maniera ristretta e limitatamente al solo mancato pagamento dei contributi al bilancio dell’organizzazione. In tal caso, si evita esplicitamente di qualificare la questione in termini politico-giuridici e la si esclude dalle competenze del Consiglio dei ministri, attribuendola al Segretariato che, in maniera originale e realistica, imporrà autonomamente le corrispondenti sanzioni che saranno modulate in funzione della gravità della violazione (arretrati di uno, due, tre o più anni)⁸⁵.

Per quanto riguarda il regolamento delle controversie, le previsioni dell’art. 33 sono in realtà abbastanza vaghe e di carattere programmatico (*de jure condendo*) con un riferimento (quasi di maniera) all’art. 33, par. 1, della Carta dell’ONU. Si ipotizza lo stabilimento di meccanismi di soluzione delle controversie *in all fields* (art. 33, numeri 2, 3 e 4) e tale previsione sembra far riferimento ai meccanismi previsti nelle organizzazioni regionali attualmente esistenti (Corti di giustizia in ECOWAS, COMESA, EAC, etc.) o istituendi ove non attualmente presenti. Analoga futura previsione può essere ipotizzabile circa la possibilità di prevedere meccanismi di soluzione

⁸² All’art. 14, n. 3, del Revised Georgetown Agreement si far riferimento ad una consultazione della Troika del Consiglio dei Ministri ma, visto che la consultazione è estesa anche ai rappresentanti delle sei regioni interessate, si tratta di fatto della consultazione del Bureau.

⁸³ In realtà, l’art. 8 del Georgetown Agreement 2003 denominava l’attuale Troika come Bureau e norme analoghe erano previste per il Consiglio dei ministri (art. 12) e per il Comitato degli ambasciatori (art. 20). In occasione della creazione nel Revised Georgetown Agreement del Bureau con una nuova più ampia composizione, non si è provveduto a disciplinare in maniera coerente la Troika. La disciplina del Bureau del Georgetown Agreement 2003, trovava a sua volta una disciplina pressoché identica nel precedente Georgetown Agreement 1975 agli articoli 7 e 14 per il Consiglio dei ministri e per il Comitato degli ambasciatori.

⁸⁴ Revised Georgetown Agreement, art. 32.

⁸⁵ Ivi, annesso I.

delle controversie negli accordi interregionali che dovranno sottoscrivere e di cui si è detto al par. 3. Infine, il preminente ruolo del Summit nella logica del Revised Georgetown Agreement riemerge al n. 5 del citato art. 33, che prevede che lo Stato membro «affected by the findings, or decisions resulting» da un qualsivoglia meccanismo di soluzione delle controversie può ricorrere «to the Summit for a decision». Tale norma appare confermare il ruolo politico del Summit, che è peraltro esplicitamente indicato come «... an appellate body to resolve disputes between Member States in accordance with Article 33»⁸⁶.

6. Come anticipato, il Revised Georgetown Agreement nella sua complessità e novità avrebbe meritato certamente un esame meno sommario di quello qui compiuto. Si sono tuttavia colti alcuni aspetti di sicuro interesse che si collegano direttamente al negoziato in corso relativo alla definizione delle nuove relazioni fra UE e Paesi ACP. In proposito, si è osservato come entrambe le parti riconoscano la necessità di una nuova e diversa definizione dei rapporti reciproci in una visione globale delle relazioni internazionali, ove perdono valore quelli che sembrano essere ormai retaggi delle storiche responsabilità coloniali di alcuni Paesi europei⁸⁷. D'altra parte, come risulta evidente dalla lettura del Revised Georgetown Agreement, sono in primo luogo i Paesi ACP a porsi in una diversa prospettiva rispetto al passato, dichiarando esplicitamente di voler divenire soggetti attivi delle relazioni economiche globali. A tal fine, si punta sul rafforzamento della cooperazione regionale in tutte le sue dimensioni, come si è cercato di illustrare, in particolare, al par. 3. Quale sarà il nuovo assetto dei rapporti UE-ACP dipenderà dal faticoso negoziato in corso, ma certamente si prenderà atto del già avvenuto ridimensionamento del ruolo dell'UE nelle relazioni oggi esistenti con i Paesi ACP⁸⁸.

Per quanto riguarda la nuova disciplina dell'OACPS come organizzazione internazionale, va osservato come si riprendano tipologie istituzionali

⁸⁶ Ivi, art. 14, n. 3.

⁸⁷ Può sembrare banale ma è opportuno ricordare come solo alcuni degli attuali 27 Stati membri dell'UE hanno avuto un "lungo e intenso" passato coloniale nei confronti di Paesi ACP (Francia, Belgio, Portogallo, in parte Spagna e Olanda), mentre per altri si è trattato di un colonialismo più breve e/o meno intenso (Germania e Italia). Per la maggioranza degli attuali Stati membri non vi sono state passate esperienze coloniali (Lussemburgo, Grecia, Paesi centro-orientali, Paesi nord-europei) ma, addirittura, Irlanda, Cipro e Malta sono stati a loro volta oggetto della "sovranità" del Regno Unito.

⁸⁸ Altrettanto banale può essere osservare, in relazione all'ACP Group, come una parte sostanziale del suo bilancio sia sempre stata a carico dell'UE e un ridimensionamento del contributo, anche economico dell'UE, comporterà per gli Stati ACP la necessità di reperire nuove fonti di finanziamento per le attività della nuova OACPS, come già ipotizzato nell'art. 31 del Revised Georgetown Agreement ove il riferimento a «an Endowment and Trust Fund shall set up to solicit alternative means of financing the OACPS».

e metodologie di funzionamento frequentemente rinvenibili nei più recenti trattati istitutivi di organizzazioni regionali fra Paesi in via di sviluppo. Si prevedono regole assai vaghe e flessibili di carattere sostanziale cui gli Stati dovrebbero dare attuazione nel tempo attraverso l'azione di un apparato istituzionale complesso. Questa attività, fondata al momento su previsioni di carattere programmatico (quasi esortativo), presuppone la presenza costante nei 79 Stati membri di una reale volontà in primo luogo meta-giuridica. Nel Revised Georgetown Agreement si definiscono gli obiettivi e un complesso quadro istituzionale finalizzato a realizzare nel tempo quanto indicato nello statuto. In realtà, sia l'opzione di allentare i rapporti UE-ACP sia l'autonoma futura realizzazione dei nuovi obiettivi istituzionali dell'OACPS costituiscono scelte complesse, difficili, politicamente ed economicamente costose sulla cui realizzazione da parte dei Paesi ACP ci sia consentito di esprimere un sano scetticismo.

ABSTRACT

A Brief Note about the Treaty Establishing the Organization of African, Caribbean and Pacific States

In December 2019 the Revised Georgetown Agreement establishing the Organization of African, Caribbean and Pacific States (OACPS) was signed. It has replaced the previous discipline concerning the ACP Group, which was originally envisaged in 1975 Georgetown Agreement as amended in 1992 and in 2003. Its adoption seems to be functional to the conclusion of a new treaty regulating the relationship between ACP States and the European Union, being the 2000 Cotonou Convention in force just until December 2020. This paper aims to highlight the main developments introduced by the Revised Georgetown Agreement, particularly emphasizing the overcoming of the historical origins of the ACP States cooperation, as well as its contribution to the study of the law of international organizations.

IURA NOVIT CURIA
E RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO:
UNA BREVE RIFLESSIONE SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

FRANCESCA GRAZIANI

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. Il principio *iura novit curia* nei sistemi giuridici di *civil law*. – 3. Principio *iura novit curia* e caratteri del procedimento contenzioso davanti alla Corte internazionale di giustizia. – 4. La portata attenuata del principio nel processo dinanzi alla Corte dell’Aia. – 5. Conclusioni.

1. A parte qualche autorevole voce contraria¹, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel riconoscere l’applicabilità del principio *iura novit curia* nel contenzioso tra Stati e, per quel che qui interessa, nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia². Pur non contemplato nello Statuto e nel Regolamento di procedura della Corte, il principio in esame è infatti oggetto di specifici richiami nella sua giurisprudenza³. È noto, in particolare, che

¹ L. FERRARI BRAVO, *La prova nel processo internazionale*, Napoli, 1958, 53 ss. e 81 ss.

² In dottrina la letteratura è molto vasta. Ci si limita a fare riferimento a J.C. WITENBERG, *La théorie des preuves devant les juridictions internationale*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 56, 1936, 1 ss., 33 e 39; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953, 299 ss.; D.V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, rev. ed., Charlottesville (Virginia), 1975, 392 ss.; V.S. MANI, *International Adjudication: Procedural Aspects*, The Hague-Boston-London, 1980, 210 ss.; C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, Leiden-Boston, 2005, 50 ss.; J. VERHOEVEN, *Jura Novit Curia et le juge international*, in *Völkerrecht als Wertordnung. Common Values in International Law: Festschrift für/Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Berlin, 2006, 635 ss., 637 ss.; ID., *Jura novit curia et le juge international*, in *Audiovisual Library of International Law*, 2016, reperibile online; L. FUMAGALLI, *Evidence Before the International Court of Justice: Issues of Fact and Questions of Law in the Determination of International Customs*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, 2013, 137 ss., 143 ss.; H. THIRLWAY, *The International Court of Justice*, Oxford, 2016, 32 ss.; F. ROSENFELD, *Jura Novit Curia in International Law*, in *European International Arbitration Review*, 2017, 131 ss.; A. TANZI, *On Judicial Autonomy and the Autonomy of the Parties in International Adjudication, With Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, 1 ss.

³ V. specialmente Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 luglio 1974, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, 3 ss., 9, par. 17: «The Court (...), as an

esso trovi integrale applicazione con riferimento ai trattati multilaterali e alle consuetudini di carattere generale e che, invece, spetti alle parti assistere la Corte nell'acquisizione del dato normativo tutte le volte in cui la peculiare natura della norma renda impossibile o difficoltosa la sua conoscenza da parte del giudice internazionale, come avviene nel caso di accordi bilaterali o di consuetudini particolari o regionali⁴.

Resta, ad avviso di chi scrive, che il principio *iura novit curia* solleva più dubbi di quelli che *prima facie* si sarebbe disposti a concedergli. Che il giudice internazionale conosca il diritto non è questione che può mettersi in dubbio. Si tratta tuttavia di indagare se da tale premessa possa farsi derivare l'ulteriore e non scontata affermazione (implicita nel principio *iura novit curia*) secondo cui la Corte internazionale di giustizia avrebbe il poterdovere di effettuare una ricerca *a tutto campo* del diritto applicabile al caso sottoposto al suo esame e se, quindi (al pari di quanto previsto negli ordinamenti di *civil law*), la Corte possa mutare la qualificazione giuridica del fatto dedotto in giudizio e perciò discostarsi dalla norma giuridica prospettata dalle parti e sostituirla con altra liberamente scelta. A questa domanda è dedicata la breve analisi che segue.

2. «*Venite ad factum, curia novit ius*»: è così che, nel tardo medioevo, le corti superiori del Regno di Francia erano solite apostrofare i legali di parte, spazientite dalla prolissa e verbosa perorazione delle loro difese orali⁵. Da allora e progressivamente, nei sistemi giuridici di *civil law* il brocardo *iura novit curia* vale a delimitare l'ambito di azione delle parti e del giudice nel processo: al monopolio delle parti circa l'individuazione dell'oggetto della causa corrisponde la supremazia del potere giudiziario con riferimento alla qualificazione giuridica della lite.

international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law, and is therefore required (...) to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute. It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the parties, for the law lies within the judicial knowledge of the Court». V. anche Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza del 7 settembre 1927, *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, 4 ss., 31; sentenza del 10 settembre 1929, *Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, 5 ss., 18-19.

⁴ V. *inter alia* Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 luglio 1974, *Fisheries Jurisdiction*, cit., Separate Opinion of Judge De Castro, 72 ss., 79; sentenza del 20 novembre 1950, *Colombian-Peruvian Asylum Case (Colombia v. Peru)*, 266 ss., 276-277; sentenza del 27 agosto 1952, *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, 176 ss., 200; sentenza del 31 marzo 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, 226 ss., 257, par. 82.

⁵ Sulle origini del principio *iura novit curia* v. C. SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, 41 ss., 45; A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, 15 ss.

Più nello specifico, l'aforisma *iura novit curia* sintetizza due principi: che le parti non devono offrire la prova dell'esistenza della norma giuridica invocata a sostegno della loro domanda, potendosi limitare ad illustrare la situazione soggettiva della quale intendono chiedere tutela; che l'organo giudicante (siccome conosce il diritto) è scevro da vincoli nella rilevazione della norma da applicare al fatto, anche nel caso in cui le parti «dovessero per avventura convenire sull'applicazione di una determinata fattispecie astratta»⁶.

Certo, il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato implica che il giudice debba sempre mantenersi entro i confini della domanda, non potendo pronunciarsi oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni delle parti, né attribuire un bene non richiesto. Ma il principio della domanda non preclude al giudice di applicare la regola più appropriata ai fatti narrati e provati dalle parti, potendo egli sussumere l'azione sotto norma diversa da quella richiamata. Detto altrimenti, l'organo giudicante può e deve tener conto di tutte le norme potenzialmente applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio ed è pertanto libero di discostarsi dalla qualificazione prospettata dalle parti, di riqualificare i rapporti in lite e così scegliere la norma ritenuta più idonea ad assicurare efficace tutela al diritto controverso.

È stato efficacemente scritto che nel processo civile di diritto continentale la regola *iura novit curia* costituisce «nella sua radice ultima, la traduzione, nel campo processuale, di esigenze pubblicistiche»⁷. Al fine di assicurare il trattamento paritario dei soggetti nel processo, il giudice – che è soggetto soltanto alla legge – non può limitarsi ad accogliere o rigettare la domanda, ma è chiamato a dare protezione a situazioni giuridiche soggettive. Ecco allora che gli ordinamenti di *civil law* optano per una scelta valoriale e, in nome dell'interesse pubblico, consentono al giudice di riqualificare il fatto in sentenza, poiché, in caso contrario, il principio della tutela giurisdizionale finirebbe per essere svuotato di significato.

Il principio *iura novit curia* non integra comunque una regola consustanziale ad ogni sistema giuridico. Negli ordinamenti di *common law* – in particolare in quello del Regno Unito – tale principio ha faticato e fatica ad emergere compiutamente, scontrandosi con la granitica convinzione degli *scholars* secondo cui «the court (...) has no power or duty to decide a civil dispute on the basis of what it believes to be the “truly relevant” legal issues arising from the facts placed before it. This is the prerogative of the parties»⁸. Va nondimeno rimarcato che nei sistemi di diritto comune il ruolo

⁶ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 726; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, II ed., 1947, 12 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Iura novit curia – I) Ordinamento italiano*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, 1990, 1 ss., 1; G. VERDE, *Diritto processuale civile, Parte generale*, Bologna, 2010, 95.

⁷ L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, 54.

⁸ L.G. BAXTER, *Civil Litigation and Iura Novit Curia*, in *The South African Law Journal*, 1979, 531 ss., 539. V. anche F.A. MANN, *Fusion of the Legal Professions?*, in *Law Quarterly*

assegnato al tribunale ha conosciuto un vero e proprio stravolgimento, tale per cui il giudice, da *passive umpire* chiamato a supervisionare la competizione tra le parti in lite, si è visto assegnare poteri di direzione del processo e poteri istruttori d'ufficio molto simili a quelli che gli spettano nel diritto continentale, così che, da un lato, risulta sempre più sfumata la contrapposizione tra modello *adversarial* (tipico del *common law*) e modello *inquisitorial* (proprio del *civil law*) e, dall'altro, ai fini che qui interessano, anche nell'ordinamento inglese al tribunale non è più impedito di sollevare una questione di diritto su cui le parti non hanno fatto affidamento⁹.

3. Anche nel processo davanti alla Corte internazionale di giustizia il principio *iura novit curia* riflette la locuzione latina *narra mihi factum, dabo tibi ius* e si staglia quindi sulla distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* che sintetizza il meccanismo processuale per cui spetta agli Stati in controversia provare i fatti costitutivi dei diritti che essi intendono fare valere in giudizio e spetta invece al tribunale internazionale individuare il diritto da applicare alla fattispecie.

Incidono però sull'operatività del principio *iura novit curia* la struttura paritaria della Comunità internazionale e il fondamento volontaristico e consensuale della funzione giurisdizionale. Inevitabilmente, nel processo internazionale si manifesta in modo più acuto di quanto non sia riscontrabile negli ordinamenti statali la tensione tra volontà delle parti in controversia e autorità dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che appare tutt'altro che immediato pervenire a un efficace equilibrio tra ciò che compete agli Stati e ciò che compete alla Corte internazionale di giustizia.

Tre brevi riflessioni consentono anzitutto di dire perché la suddivisione di compiti delineata dalla regola tralatizia *iura novit curia* si riveli non del tutto soddisfacente alla luce delle dinamiche del processo dinanzi alla Corte dell'Aia.

In primo luogo, esulano dal contenzioso tra Stati finalità di carattere pubblicistico che tuttavia, si è detto, giustificano l'applicazione del principio *iura novit curia* nei sistemi di *civil law*. Scopo dei procedimenti giurisdizionali è infatti, e come noto, la composizione della controversia internazionale¹⁰. Sotto questo profilo va ulteriormente evidenziato che, nella

Review, 1977, 367 ss., 369: «(...) perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule *curia novit legem* has never been and is not part of English law».

⁹ C. CAVALLINI, *Why Is the Iura Novit Curia Principle Not Applied Yet in English Law?*, in *Global Jurist*, 2017, 1 ss. Le differenze esistenti in materia tra ordinamenti di *civil* e di *common law* giustificano l'impossibilità di annoverare la regola *iura novit curia* tra i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili. Sull'argomento, che in questa sede non può essere approfondito, si rinvia a A.P. SERENI, *Principi generali di diritto e processo internazionale*, Milano, 1955, spec. 8 ss. V. anche L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, 54; A. TANZI, *op. cit.*, 2.

¹⁰ È questa una finalità che prevale sulla stessa funzione di accertamento del diritto, tanto è vero che, assai più spesso di quanto accada nel processo interno, le parti possono decidere di interrompere il procedimento giudiziale (qualora addivengano, con altri mezzi pacifici, alla

soluzione della lite, la Corte internazionale di giustizia punta non tanto a «faire prévaloir la pureté des principes, comme certains le souhaiteraient»¹¹, ma a ricercare – per quanto è possibile e in misura condizionata dalle circostanze di ciascun caso concreto – l’assetto maggiormente soddisfacente per gli Stati in controversia. La Corte tende in definitiva a comportarsi come fosse un *amiable compositeur*, pronto a concessioni sulla rigidità del diritto al fine di privilegiare la composizione della controversia e, per tale via, il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale¹². Senza esagerare la portata di una tale affermazione, è vero che – per dirla con le parole di Alain Pellet – la Corte internazionale di giustizia «fait du droit dans une perspective réaliste» e perciò, in situazioni in cui «les questions sont plus controversées» e «les enjeux politiques sont importants», non esita a ricercare «des solutions acceptables, pour “faire passer la pillule”», evitando, per quanto possibile, di creare vincitori e vinti¹³.

In secondo luogo deve osservarsi che nel giudizio instaurato dinanzi alla Corte dell’Aia la prova non verte sul fatto in sé, inteso quale evento concreto o accadimento storico-naturalistico, ma sul fatto giuridico rilevante ai fini della decisione della causa. Nel processo il fatto è sempre pensato ed espresso in essenziale relazione con una norma giuridica in ipotesi applicabile al caso concreto: è la norma giuridica a guidare gli Stati in controversia nella selezione dei fatti da allegare a fondamento delle proprie pretese; del pari, è in rapporto ai fatti individuati in funzione della norma che la Corte internazionale di giustizia procederà alla selezione/valutazione dei fatti allegati dalle parti, mercé il raffronto tra questi e quelli contemplati dalla norma invocata¹⁴. In altri termini, ciò che gli Stati chiedono nel

composizione della lite) o possono chiedere alla Corte internazionale di giustizia di statuire *ex aequo et bono*.

¹¹ A. PELLET, *Le renforcement du rôle de la C.I.J.*, in Y. SANDOZ (dir.), *Quel droit international pour le 21^{ème} siècle?*, Rapport introductif et Actes du Colloque international organisé avec le soutien du Département fédéral des affaires étrangères, Bruxelles, 2007, 133 ss., 140.

¹² Per approfondimenti v. L. CONDORELLI, *L’autorité de la décision des juridictions internationales permanentes*, in SFDI, *La juridiction internationale permanente*, Actes du Colloque de Lyon, Paris, 1987, 277 ss., 286. V. anche *La place de la Cour internationale de justice dans le système général de maintien de la paix institué par la Charte des Nations Unies*, Déclaration de M. Mohammed Bedjaoui, Président de la Cour internationale de Justice, faite en séance plénière de l’Assemblée générale à sa quarante-neuvième session le 13 octobre 1994, in www.icj-cij.org, 1 ss., 5-6.

¹³ A. PELLET, *op. cit.*, 139. V. anche G. ABI-SAAB, *De l’évolution de la Cour internationale de justice. Réflexions sur quelques tendances récentes*, in *Revue générale de droit international public*, 1992, 273 ss., 290; J. FOURET, M. PROST, *Essai introductif: Du rôle de la Cour internationale de Justice - Peau neuve ou peau de chagrin?*, in *Revue québécoise de droit international*, 2003, 191 ss., 225.

¹⁴ J.A. SALMON, *Le fait dans l’application du droit international*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 175, 1982, 257 ss., 298 ss.; G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, 2005, 71; R. KOLB, *The International Court of Justice*, Oxford, 2013, 304 ss.

processo è un precipuo effetto giuridico che discende dal fatto, cosicché al *petitum* (l'oggetto dell'azione coincidente con ciò che è richiesto al tribunale) deve accompagnarsi la *causa petendi*, che è la *ragione del domandare* e, in quanto tale, consta propriamente dei fatti giuridici costitutivi della domanda¹⁵. Ma se da quanto detto emerge che appare artificioso concepire *fatto* e *diritto* come entità ontologiche rigidamente separate e in sé compiute¹⁶ e, soprattutto, che nel processo non è concepibile una *causa petendi* costituita da un fatto del tutto svincolato dal diritto, allora il principio secondo cui gli Stati in controversia devono limitarsi a provare i fatti giacché *al resto* penserà il giudice internazionale va almeno in parte corretto, dovendosi precisare che grava sulle parti l'onere relativo alla qualificazione giuridica dei fatti allegati.

Infine, l'esame della prassi internazionale evidenzia che nel procedimento contenzioso innanzi alla Corte internazionale di giustizia gli Stati adottano sulle questioni di diritto un comportamento a carattere nettamente probatorio¹⁷. Certo, rispetto al diritto non opera in senso tecnico il principio dell'onere della prova. Inoltre, gli Stati svolgono un'attività nel loro esclusivo interesse e senza dubbio spetta alla Corte investita della controversia – sia che abbia preso nota delle argomentazioni avanzate dalle parti, sia che abbia proceduto a proprie ricerche – dire qual è il diritto applicabile al caso di specie. Nondimeno, è estremamente raro che nel processo internazionale gli Stati si trincerino dietro il principio *iura novit curia* e sostengano di non dover provare il diritto. Al contrario, nelle memorie scritte e negli interventi orali essi si attardano a dimostrare la fondatezza delle loro tesi giuridiche, comportandosi come se fossero tenuti a fornire la prova dell'esistenza e del contenuto della norma giuridica regolatrice della fattispecie, in special modo tutte le volte in cui l'applicazione del diritto sia oggetto di contestazione¹⁸. Frequenti sono anche

¹⁵ Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza dell'11 agosto 1932, *Interpretation of the Statute of the Memel Territory (Great Britain, France, Italy, Japan v. Lithuania)*, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, 349 ss., 350. V. anche Corte internazionale di giustizia, sentenza del 22 luglio 1952, *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objection, Dissenting Opinion of Judge Read, 142 ss., 148; sentenza del 4 dicembre 1998, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Dissenting Opinion of Judge M. Torres Bernárdez, 582 ss., 602-603, par. 56.

¹⁶ «What a point of law is – as distinguished from a question of fact – is a very doubtful matter and subject to conflicting opinions (...)» (sentenza del 9 maggio 1934, *Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in Respect of the Use of Certain Finnish Vessels during the War (Finland v. Great Britain)*, 1479 ss., 1505).

¹⁷ J.-F. LALIVE, *Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de justice*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1950, 77 ss., 83 ss.; CH. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, 33 ss.

¹⁸ V. ad es. Corte internazionale di giustizia, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, Exposé de M. Pierre Cot (Albanie), Mémoires, vol. III, 352: «Que doit-on prouver? (...) La (...) question est (...) fort simple: le demandeur

le ipotesi in cui gli Stati in lite affermano che l'onere della prova del diritto internazionale grava sulla parte avversaria. Del resto, la Corte internazionale di giustizia è normalmente molto ricettiva rispetto alle opinioni espresse dagli Stati sulle questioni di diritto¹⁹. Il comportamento tenuto dalle parti in controversia è in buona sostanza espressione del principio di cooperazione che sovrintende il processo internazionale, cosicché può dirsi che la collaborazione tra Stati e Corte dell'Aia non è confinata alle questioni di fatto ma «against the widespread understanding of the principle of *iura novit curia* – also extends to questions of law»²⁰. Da un canto le parti mettono in atto una strategia volta a persuadere il tribunale della maggiore fondatezza delle proprie affermazioni *in facto* e delle interpretazioni *in iure* rispetto alla versione fornita dalla controparte. Dall'altro canto, la Corte internazionale di giustizia non trae conclusioni direttamente da premesse oggettive, come in un sillogismo classico; piuttosto è dalla valutazione comparativa delle argomentazioni avanzate dagli Stati – una volta che le stesse abbiano superato il fuoco incrociato del confronto dialettico – che la Corte ricava elementi utili ai fini della decisione²¹.

4. Nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia il principio *iura novit curia* rinviene il fondamento logico-giuridico nell'accordo delle parti in controversia: è dalla concorde volontà degli Stati di deferire la soluzione della lite al tribunale internazionale che il giudice deriva il poterdovere di procedere alla ricerca del diritto applicabile al fatto dedotto in giudizio, al fine di assolvere la missione che gli è stata assegnata²². Il consenso delle parti, oltre a giustificare razionalmente la regola *iura novit curia*, vale anche a delinearne il perimetro di applicazione nel contenzioso tra Stati. Si tratta, infatti, a questo punto di chiarire *fino a dove* possa spingersi l'attività della Corte internazionale di giustizia nella ricerca del diritto e così rispondere alla domanda che si è posta in premessa.

doit aussi bien prouver l'existence de la règle de droit qu'il invoque que le manquement du défendeur à l'égard de cette règle».

¹⁹ Ad es. nel caso *Nicaragua* la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto che «the views of the parties to a case as to the law applicable to their dispute are very material, particularly (...) when those views are concordant» (Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 14 ss., 25, par. 29).

²⁰ A. VON BOGDANDY, I. VENKZE, *In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and its Democratic Justification*, in *European Journal of International Law*, 2012, 7 ss., 26.

²¹ E. JOUANNET, *Remarques théoriques. La prevue comme reflet des évolutions majeures de la Société internationale*, in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dirs.), *La prevue devant les juridictions internationales*, Paris, 2007, 239 ss., 243.

²² A.P. SERENI, *op. cit.*, 70-71; G. VENTURINI, *Il principio «iura novit curia» e il processo internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 1975, 969 ss. e 972.

L'esame della giurisprudenza consente di dire con certezza che in virtù del principio *iura novit curia* spetta anzitutto alla Corte interpretare e qualificare più correttamente la richiesta ad essa sottoposta. L'interpretazione della domanda giudiziale postula infatti il potere-dovere del giudice di precisare il contenuto sostanziale delle pretese avanzate dagli Stati e quindi il «(...) duty to isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim»²³.

Spetta altresì e soprattutto alla Corte internazionale di giustizia accogliere o respingere l'azione sulla base di argomenti giuridici diversi da quelli prospettati dagli Stati. Più nello specifico, la Corte è libera: di sposare una tesi giuridica di una parte anche se non provata, dato che (come si è detto) non opera in riferimento al diritto l'onere della prova; di verificare l'esattezza delle dichiarazioni delle parti circa l'esistenza di una norma generale che si pretende applicabile al caso concreto²⁴; di rigettare le tesi avanzate da ciascuno Stato in ordine all'applicazione del diritto²⁵. Nella sentenza *Zone libere dell'Alta Savoia e del distretto di Gex* del 1932 la Corte permanente di giustizia internazionale affermò: «From a general point of view, it cannot lightly be admitted that the Court, whose function is to declare the law, can be called upon to choose between two or more constructions determined before-hand by the Parties, none of which may correspond to the opinion at which may arrive. Unless otherwise expressly provided, it must be presumed that the Court enjoys the freedom which normally appertains to it, and that it is able, if such is its opinion, not only to accept one or other of the two propositions, but also to reject them both»²⁶. Nel 1986 nella sentenza sul caso *Nicaragua* si espresse in termini analoghi la Corte internazionale di giustizia: «For the purpose of deciding whether the claim is well founded in law, the principle *iura novit curia* signifies that the Court is not solely dependent on the argument of the parties before it with respect to the applicable law, so that the absence of one party has less impact»²⁷.

Pare tuttavia assai complicato far discendere dal principio *iura novit curia* la possibilità per la Corte di internazionale di giustizia di risolvere la con-

²³ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, 253 ss., 262, par. 29: «(...) It has never been contested that the Court is entitled to interpret the submissions of the parties, and in fact is bound to do so; this is one of the attributes of its judicial functions».

²⁴ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., 97-98, par. 184.

²⁵ G. NIYUNGEKO, *op. cit.*, 94-95; A. TANZI, *op. cit.*, 5 e 7-8.

²⁶ Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza del 7 giugno 1932, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, 96 ss., 138.

²⁷ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., 24, par. 29. V. anche, Corte internazionale di giustizia, sentenza 20 novembre 1950, *Colombian-Peruvian Asylum Case*, cit., 278; sentenza del 24 maggio 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, 3 ss., 28, par. 55.

troversia sulla base di regole di diritto diverse da quelle richiamate dalle parti²⁸. Al pari di quanto previsto nei sistemi di *civil law*, anche nel processo internazionale la regola *iura novit curia* deve mantenersi nei limiti del mandato assegnato all'organo giudicante, essendo precluso alla Corte mutare l'oggetto della domanda avanzata dalle parti in controversia²⁹. In ossequio al principio dispositivo e al principio *ne eat iudex ultra petita partium*, la fissazione del *thema decidendum* è sottratta al giudice internazionale, cosicché sarà viziata da nullità una sua decisione *ultra petita* (in linea con la domanda, ma con contenuto che supera quanto richiesto), ovvero *extra petita* (che muti sostanzialmente il *petitum*, vertendo su questioni non formanti oggetto del giudizio).

A differenza, invece, di quanto si verifica negli ordinamenti continentali, nel contenzioso davanti alla Corte internazionale di giustizia l'ambito di operatività del principio *iura novit curia* non tocca la scelta della legge applicabile e non può quindi tradursi nella riqualificazione giuridica dei fatti di causa. È, infatti, sempre al consenso delle parti – contenuto nel compromesso o nel ricorso unilaterale – che bisogna guardare al fine di verificare se e fino a che punto la Corte possa esplorare liberamente il diritto e conseguentemente applicare la norma giuridica ritenuta più idonea.

Può accadere che, nell'atto che instaura il procedimento, gli Stati si limitino a una generica enunciazione delle norme giuridiche che dovrebbero sovrintendere la definizione della controversia, cosicché in questi casi è del tutto logico riconoscere alla Corte internazionale di giustizia il più ampio potere di investigare le regole che compongono l'ordinamento giuridico internazionale al fine di individuare la norma da applicare alla controversia³⁰.

Assai più spesso, però, la domanda rivolta al tribunale internazionale conterrà un preciso riferimento alla norma internazionale che si pretende

²⁸ Sembra esprimersi in senso favorevole G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, II, Cambridge, 1986, 531: «(...) The law is not a matter the parties must prove. The Court knows the law of itself and must administer it independently from the views of the parties: *iura novit curia*. The rule is thus that the Court 'knows and will apply the law', whatever the parties say, or omit to say».

²⁹ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 3 giugno 1985, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, 13 ss., 23, par. 19.

³⁰ V. ad es. il compromesso con cui gli Stati (Germania e Danimarca; Germania e Olanda) hanno instaurato la procedura dinanzi alla Corte internazionale di giustizia nel caso della *Delimitazione della piattaforma continentale nel Mare del Nord*: «(1) The International Court of Justice is requested to decide the following question: (1) What principles and rules of international law are applicable to the delimitation as between the Parties of the areas of the continental shelf in the North Sea which appertain to each of them beyond the partial boundary determined by the above-mentioned Convention of 9 June 1965?» (Corte internazionale di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1969, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, 3 ss., 6). V. anche Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, 7 ss., 11-12, in cui la Corte è stata chiamata a decidere «on the basis of the Treaty and rules and principles of general international law».

violata o oggetto di contestazione tra le parti (ad esempio, uno o più articoli contenuti in un trattato internazionale o uno o più specifici principi consuetudinari). In relazione alla Corte internazionale di giustizia è stato osservato in dottrina che gli Stati tendono solitamente a circoscrivere la missione affidatale, al fine di evitare «the risk of leaving the Court unguided as to the law»³¹, come avviene nell'eventualità di una clausola compromissoria contenuta in un trattato internazionale, in virtù della quale la Corte dell'Aja è chiamata a risolvere la controversia relativa all'interpretazione o applicazione di *quella* determinata convenzione. In queste ipotesi, non rimarrebbe alla Corte che verificare se la fattispecie ad essa sottoposta rientri o no nella norma invocata.

5. L'analisi fin qui svolta consente di concludere che il principio *iura novit curia* ha nel contenzioso instaurato innanzi alla Corte internazionale di giustizia una portata temperata rispetto al modo in cui esso è inteso ed applicato negli ordinamenti di *civil law*. Osta alla libera applicazione del diritto e alla riqualificazione giuridica dei fatti della causa l'assenza di previsioni che attribuiscono in modo espresso alla Corte internazionale di giustizia il potere di decidere le questioni di diritto a dispetto del perimetro di gioco tracciato dalle parti in controversia. Sembra anzi potersi dire che il riconoscimento di un potere così pervasivo in capo al giudice internazionale sia escluso dai principi che governano il contenzioso internazionale. Non può non rilevarsi infatti che ove la Corte applicasse alla situazione di fatto dedotta in giudizio una diversa qualificazione giuridica e finisse così per avvantaggiare uno degli Stati in lite, essa si esporrebbe al rischio di violare il principio dell'eguaglianza delle parti nel processo e quello di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante.

Al fine di trovare un punto di equilibrio soddisfacente tra tutela dei principi processuali e applicazione del principio *iura novit curia* e sulla scorta di quanto proviene dalla prassi arbitrale in materia di arbitrato commerciale e di investimenti, può al massimo dirsi che, ove il tribunale internazionale intendesse risolvere la controversia sulla base di una norma giuridica diversa da quella invocata dalle parti, potrebbe assumere decisioni c.d. *della terza via*, a patto di *non cogliere di sorpresa* e quindi *alla sprovvista* gli Stati in controversia. In altri termini, l'intervento officioso del giudice internazionale dovrebbe essere il più possibile contenuto e – nel pieno rispetto del principio del contraddittorio – sostanziarsi nella semplice rappresentazione alle parti della potenziale rilevanza, ai fini della soluzione della controversia, di una norma giuridica differente da quella da esse prospettata³².

³¹ J.C. WITENBERG, *op. cit.*, 32.

³² A. TANZI, *op. cit.*, 18: «(...) where investment tribunals intend to follow in their *ratio decidendi* arguments that have not been put forward by the parties in their pleadings, compliance with the right of the parties to be heard appears as the major antidote against

ABSTRACT

Iura Novit Curia and Legal Re-Qualification of the Alleged Facts: Some Reflections on the Jurisprudence of the International Court of Justice

In civil law systems the Latin maxim *iura novit curia* means not only that “the judge knows the rules”, thus solving the problem of the source of such knowledge, but also that civil courts are not forbidden to give judgment according to rules of law different from those indicated by the parties in the pleadings. The purpose of this article is to verify the application of *iura novit curia* in contentious proceedings before the International Court of Justice. In particular, the question is whether and how the ICJ has the power and the duty to carry out a wide-ranging search for the law applicable to the case heard before it and whether, therefore, the Court may change the legal classification of the facts relied on in the case and thus depart from the legal rules proposed by the parties.

annulment applications for *ultra petita* determinations. This attitude may be taken just *ex abundante cautela* under the circumstance in which the tribunal’s reasoning falls within the scope of the dispute as curtailed by the parties and of the applicable law». V. anche J.M. WAINCYMER, *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 201 ss.; J. VERHOEVEN, *Jura novit curia et le juge international*, cit.

RASSEGNE

ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE E ALTRE ORGANIZZAZIONI E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI

GRUPPO DELLA BANCA MONDIALE

*L'attività delle organizzazioni internazionali del Gruppo della Banca mondiale
per gli anni 2018 e 2019**

1. *Premessa.*- La presente rassegna ha per oggetto le principali attività svolte nel corso degli anni 2018 e 2019 dalle organizzazioni internazionali parte del Gruppo della Banca mondiale (di seguito, *Gruppo*). Nel periodo in esame, esse hanno assicurato un risoluto sostegno alla crescita economica dei Paesi in via di sviluppo, lavorando per l'attuazione degli obiettivi prioritari di 1) eliminare la povertà estrema entro il 2030 e 2) consolidare la crescita economica attraverso l'incremento del reddito delle classi sociali più povere nei Paesi membri¹. Tali scopi si trovano al centro di una strategia pluriennale perfettamente allineata con i *Sustainable Development Goals* (SDGs) adottati dall'Assemblea generale dell'ONU, alla cui realizzazione il *Gruppo* contribuisce attivamente². Il *Forward Look*, infatti, stabilisce le modalità attraverso cui esso supporta i propri Paesi membri favorendo la trasformazione economica, il progresso tecnologico e il raggiungimento di una crescita inclusiva e rispettosa dell'ambiente e del clima³.

* Si noti che i dati citati nella presente rassegna si riferiscono all'anno fiscale 2018 (1° luglio 2017-30 giugno 2018) e 2019 (1° luglio 2018-30 giugno 2019). I paragrafi 1, 2, 3 sono stati elaborati da Domenico Pauciulo, mentre i restanti da Claudia Cardelli. Le osservazioni conclusive sono frutto di un ragionamento comune.

¹ Tali *targets*, tuttora in vigore, sono stati elaborati dal *Development Committee*, l'organo congiunto della Banca mondiale e del Fondo monetario internazionale (FMI) che si occupa di discutere i progressi delle due Organizzazioni nel raggiungimento dei propri obiettivi comuni, nel suo *Communiqué* del 20 aprile 2013. Il testo del comunicato è consultabile nel sito www.imf.org.

² Cfr. la risoluzione *Transforming Our World, The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1 del 25 settembre 2015, consultabile nel sito www.un.org. Per una analisi dettagliata dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile, v. P. DURAN Y LALAGUNA, C.M. DIAZ BARRADO, C.R. FERNÁNDEZ LIESA, S. MORÁN BLANCO, E. C. DÍAZ GALÁN (eds.), *International Society and Sustainable Development Goals*, Madrid, 2016. Per favorire un coordinamento tra iniziative ONU e progetti finanziati dal *Gruppo*, nel *framework* istituzionale della IBRD è stato nominato un Senior Vice President for the 2030 Development Agenda, United Nations Relations and Partnerships (SVPMM), il quale gestisce i partenariati intra-organizzazioni relativi a temi di interesse comune.

³ Cfr. *Forward Look. A Vision for the World Bank Group in 2030*, adottato dal *Development Committee* il 20 settembre 2016, consultabile nel sito www.pubdocs.worldbank.org.

2. *L'entrata in vigore del nuovo Environmental and Social Framework (ESF).*

– Proprio al fine di contribuire al raggiungimento degli SDGs, il 4 agosto 2016, al termine di un lunghissimo processo di consultazione, i Direttori esecutivi della Banca mondiale avevano approvato il nuovo *Environmental and Social Framework* con l'intenzione di integrare in un unico quadro normativo una serie di *policies* in precedenza indipendenti e separate⁴. Dal 1° ottobre 2018 il nuovo ESF è applicabile a tutte le operazioni finanziate dalla Banca⁵.

Con l'adozione del nuovo *Framework*, la Banca mondiale ha riorganizzato, in una struttura che può definirsi su tre livelli, il proprio approccio verso i temi di natura sociale e ambientale⁶.

In primo luogo, infatti, è stata adottata la *Vision for Sustainable Development*, uno *statement* che contiene le “aspirazioni” della Banca mondiale in relazione alla promozione dello sviluppo sostenibile nell'ambito dei progetti finanziati. La *Vision* delinea nella pratica il cambiamento di prospettiva nelle *policies* della Banca: infatti, si delinea come l'Organizzazione intenda abbandonare il semplice approccio “*do not harm*” (specialmente in materia ambientale) per un atteggiamento maggiormente proattivo nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo, identificando e contribuendo al raggiungimento delle priorità nazionali⁷ e inoltre delineando alcune *aree tematiche* di intervento come il cambiamento climatico, la protezione della biodiversità e il riferimento – seppur in una formulazione vaga – alla tutela dei diritti umani, tutti temi assenti nel vecchio quadro normativo. La *Vision* contiene, quindi, i principi ispiratori del nuovo ESF e, pur non delineando alcun obbligo specifico per la Banca mondiale o i propri clienti, senz'altro è un utile strumento interpretativo del nuovo *framework*, in particolare degli obblighi contenuti nelle altre sezioni dello stesso.

⁴ L'ESF è consultabile nel sito pubdocs.worldbank.org. Esso costituisce una rielaborazione delle norme interne dell'Organizzazione, la cui approvazione risale agli anni '80. In quel periodo la Banca mondiale aveva iniziato un processo interno di riforma che aveva portato all'adozione di una serie di *policies* interne (variamente denominate ma, per i temi ambientali e sociali, conosciute come *Safeguards* o *Safeguard Policies*) intese a prevenire o mitigare eventuali conseguenze negative delle sue attività sull'ambiente o sulle persone. Tali regole interessavano l'impatto ambientale dei progetti finanziati; il reinsediamento involontario e i diritti delle popolazioni indigene; l'utilizzo di pesticidi nell'agricoltura; la messa in sicurezza delle dighe; la protezione della biodiversità e la tutela dei beni culturali. Sebbene fossero inizialmente concepite come documenti che fissavano alcuni obiettivi *desiderati* o principi ispiratori, le *Safeguards* iniziarono ad imporre requisiti sempre più stringenti, andando a costituire delle vere e proprie istruzioni da parte del *management* della Banca mondiale verso i propri funzionari, al fine di guidarne il lavoro e indirizzarne le attività in tutte le fasi di pianificazione e realizzazione di un progetto finanziato dall'Organizzazione. La prassi, inoltre, ha voluto che tali obblighi e *standards* venissero inseriti anche negli accordi di prestito conclusi tra la Banca mondiale e i propri mutuatari.

⁵ Tuttavia, per un periodo di 7 anni, le vecchie *policies* saranno ugualmente applicabili in via parallela per i progetti approvati prima della data di entrata in vigore dell'ESF.

⁶ Si veda D. VAN DEN MEERSSCHE, *Accountability in International Organisations: Reviewing the World Bank's Environmental and Social Framework*, in E. SCISO (ed.), *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*, Cham, 2017, 157-187.

⁷ Cfr. *The World Bank Environmental and Social Framework*, cit., *A Vision for Sustainable Development*, par. 6 che specifica: «Where the Borrower's environmental and social assessment has identified potential development opportunities associated with the project, the Bank will discuss with the Borrower the feasibility of including these opportunities in the project. Where appropriate, such opportunities may be utilized to promote further development».

Oltre alla *Vision*, sono stati adottati l'*Environmental and Social Policy for Investment Financing* (ESP)⁸ che delinea alcuni *mandatory requirements* applicabili alla Banca mondiale, e i 10 *Environmental and Social Standards* (ESSs), riferibili invece ai mutuatari. Grazie a questa nuova articolazione, le responsabilità vengono suddivise in maniera chiara tra la Banca mondiale e i propri clienti: la prima sarà incaricata di condurre una adeguata *due diligence* del progetto, rivedendo informazioni, dati e documenti presentati dai mutuatari e guidandoli nella pianificazione e realizzazione dell'opera⁹. Inoltre, la Banca dovrà fornire supporto nell'organizzare consultazioni periodiche con le comunità locali, nel creare meccanismi di reclamo e, ovviamente, si occuperà di monitorare l'esecuzione del progetto¹⁰. Dall'altro lato, invece, i mutuatari resteranno responsabili per le fasi di proposta e *design* del progetto, il quale dovrà però contenere un adeguato *Environmental and Social Assessment* (ESA) volto ad individuare tutti i rischi – diretti o indiretti – associati alla realizzazione del progetto e per tutto il proprio ciclo di vita.

I vari ESSs, inoltre, fissano una serie di obiettivi specifici per i clienti della Banca: una importante novità è l'espansione materiale del contenuto di questi *standards* rispetto alla *policy* preesistente¹¹. Infatti, nuovi temi compaiono nel nuovo *framework*, come i diritti sociali e sindacali dei lavoratori, previsti dall'ESS2 *Labour and Working Conditions*, il quale incorpora i principali *core labour standards* internazionali così come previsti dalle Convenzioni e Raccomandazioni adottate dall'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)¹². Altri *topics* che hanno guadagnato maggiore attenzione sono i cambiamenti climatici¹³, i diritti delle popolazioni indigene e la tutela della biodiversità.

⁸ Cfr. *Environmental and Social Policy for Investment Financing*, consultabile nel sito pubdocs.worldbank.org.

⁹ Tuttavia, la Banca mondiale può approvare e portare avanti un progetto anche se, alla fine della propria *due diligence*, quest'ultimo non dovesse soddisfare – in quello specifico momento – i requisiti incapsulati negli ESSs. È, infatti, prevista una certa flessibilità nella applicazione del nuovo ESF sulla base del par. 7 della ESP, secondo cui «The Bank will only support projects that are consistent with, and within the boundaries of the Bank's Articles of Agreement and are expected to meet the requirements of the ESSs in a manner and within a timeframe acceptable to the Bank»: tale approccio rischia di conferire agli ESSs un carattere puramente indicativo, poiché diluisce l'applicazione di queste norme di salvaguardia nel tempo. Su tali temi, sia permesso rimandare a D. PAUCIUOLO, *Brevi osservazioni sul nuovo Environmental and Social Framework della Banca mondiale*, in *Annali 20/2019 (Università del Molise)*, Napoli, 2019, 719 ss.

¹⁰ Cfr. il par. 3 dell'ESP, cit.

¹¹ Nello specifico, gli *standards* sono: ESS1 *Assessment and Management of Environmental and Social Risks and Impacts*; ESS2 *Labor and Working Conditions*; ESS3 *Resource Efficiency and Pollution Prevention and Management*; ESS4 *Community Health and Safety*; ESS5 *Land Acquisition, Restrictions on Land Use and Involuntary Resettlement*; ESS6 *Biodiversity Conservation and Sustainable Management of Living Natural Resources*; ESS7 *Indigenous Peoples/Sub-Saharan African Historically Underserved Traditional Local Communities*; ESS8 *Cultural Heritage*; ESS9 *Financial Intermediaries*; ESS10 *Stakeholder Engagement and Information Disclosure*. Il testo è consultabile nel sito www.worldbank.org.

¹² Il nuovo standard introduce divieti sul lavoro minorile e forzato, introduce l'obbligo per il paese mutuuario di applicare misure in materia di igiene e sicurezza sul lavoro e contiene riferimenti ai diritti alla contrattazione collettiva e alla libertà di associazione, cfr. ESS2 *Labour and Working Conditions*, cit., sezioni B e D.

¹³ Il tema della prevenzione e del contrasto al cambiamento climatico ricorre più volte nell'ESF. La *Vision for Sustainable Development*, cit., par. 5, la ESS1, cit., par. 35, la ESS3, cit., par. 35, la ESS4, par. 6 e 14, e la ESS6, par. 8, stabiliscono come la Banca mondiale e i mutuatari, nella pianificazione e realizzazione del progetto, debbano tenere in considerazione tutti i potenziali rischi sul clima, analizzando specificamente le attività di scarico dei rifiuti, l'impatto delle emissioni nell'aria, la possibile

3. *Profili istituzionali e attività di finanziamento.* – Come noto, il *Gruppo* della Banca mondiale non ha personalità giuridica a sé stante, ma è una espressione che viene comunemente utilizzata per esprimere l'esistenza di rilevanti legami organizzativi tra le diverse istituzioni parte dello stesso le quali, pur se formalmente indipendenti, agiscono in pieno coordinamento delle proprie attività¹⁴: infatti, nessuna organizzazione “affiliata” amministra – né ha lo *status* di membro – delle altre¹⁵.

Al fine di coordinare le attività delle diverse organizzazioni del *Gruppo*, la funzione di indirizzo è ricoperta dal Presidente della IBRD, il quale è *ex officio* anche Presidente dell'IDA¹⁶, *Chairman* del Consiglio dei Governatori della IFC¹⁷ e Presidente dell'*Administrative Council* dell'ICSID¹⁸. Proprio nel periodo in rassegna, il 5 aprile 2019, lo statunitense David R. Malpass è stato selezionato quale 13° Presidente della Banca, iniziando il proprio mandato quinquennale il 9 aprile 2019¹⁹.

Nel quadro del *Gruppo*, la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo e l'International Development Association (IDA)²⁰ assumono un ruolo centrale, costituendo le principali istituzioni internazionali dedicate al contrasto

contaminazione di corsi d'acqua, nonché l'impatto sulle specie animali e, soprattutto, sulle comunità locali residenti nell'area interessata dal progetto.

¹⁴ Si veda M. RAGAZZI, *World Bank Group*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2017, consultabile nel sito opil.ouplaw.com.

¹⁵ Il Gruppo della Banca mondiale, come noto, è composto dalla Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (International Bank for Reconstruction and Development-IBRD, di seguito “Banca”), dall'Associazione internazionale per lo sviluppo (International Development Association-IDA dalla Società finanziaria internazionale (International Finance Corporation-IFC), dall'Agenda multilaterale per la garanzia sugli investimenti (Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA) e dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID-International Centre for the Settlement of Investment Disputes). Nella presente rassegna, si farà riferimento a “Banca mondiale” o “World Bank” per indicare le attività congiunte della IBRD e dell'IDA.

¹⁶ Si vedano gli Articles of Agreement dell' International Development Association (IDA), adottati a Washington, il 24 settembre 1960, in *United Nations Treaty Series*, vol. 249, 439 ss., art. VI, sez. 5, lett. a) e b), *Organization and Management*, secondo cui «The President shall be Chairman of the Executive Directors of the Association but shall have no vote except a deciding vote in case of an equal division. He may participate in meetings of the Board of Governors but shall not vote at such meetings» e «The President shall be chief of the operating staff of the Association (...)».

¹⁷ Cfr. Articles of Agreement dell'International Finance Corporation, adottati a Washington il 25 maggio 1955, in *United Nations Treaty Series*, vol. 264, 119 ss., art. IV, sez. 5, lett. a), *Organization and Management*. Si noti che in tale veste il Presidente della Banca non ha potere di voto in seno al Consiglio dei Governatori: tuttavia, esso raccomanda al Consiglio il Presidente della Società, sul quale detiene un generico potere/dovere di supervisione. Il Presidente della Società è il soggetto responsabile delle attività della stessa.

¹⁸ Si veda la Convenzione per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e soggetti nazionali di altri Stati, conclusa a Washington il 18 marzo 1965, in *United Nations Treaty Series*, vol. 575, 160 ss., art. 5.

¹⁹ Per tradizione, il Presidente dell'IBRD occupa anche il ruolo di Presidente del Gruppo. Ai sensi dell'art. V, sez. 5, lett. b), degli Articles of Agreement della IBRD, è il capo dei servizi dell'Organizzazione e, secondo le istruzioni dei Direttori esecutivi, gestisce gli affari correnti della Banca, dirigendo le riunioni del Consiglio di Amministrazione senza diritto di voto (ad eccezione di quando sia necessario per superare una situazione di parità di voti, nel qual caso il suo voto prevale). Il Presidente può inoltre partecipare alle riunioni del Consiglio dei Governatori. Cfr. Articles of Agreement della IBRD, adottati il 27 dicembre 1945 a Washington al termine della conferenza di Bretton Woods, in *United Nations Treaty Series*, vol. 2, 39 ss., art. V, *Organization and Management*.

²⁰ L'IDA, ad oggi, ha 173 Stati membri: pur essendo un'Organizzazione indipendente e separata dall'IBRD, essa costituisce uno “sportello” specializzato della stessa, con la quale condivide organi ed obiettivi, ma non i destinatari: infatti, i prestiti dell'IDA sono destinati ai Paesi più poveri del mondo, cfr. Articles of Agreement dell'IDA, in *United Nations Treaty Series*, vol. 249, 439 ss.

della povertà e al finanziamento dello sviluppo²¹: tali finalità vengono perseguite sia con risorse proprie dell'Organizzazione, fornendo prestiti o altri mezzi finanziari a condizioni agevolate, oppure attraverso la prestazione di garanzie assicurative o la partecipazione diretta ad investimenti effettuati da soggetti privati²².

Per contribuire alla realizzazione dei propri obiettivi, negli anni in rassegna l'impegno finanziario del *Gruppo* ha superato i 125 miliardi di dollari statunitensi (di seguito, USD) erogati in prestiti e finanziamenti²³, con la sola IBRD che ha finanziato progetti per circa 23 miliardi USD in entrambe le annualità in rassegna. Va segnalato come l'IDA abbia oramai raggiunto e superato la Banca nel proprio esborso economico: nel 2018, in qualità di "sportello" specializzato nel supporto dei Paesi più poveri del mondo, l'Associazione ha infatti contribuito per oltre 24 miliardi USD.

Tale attività di prestito, garanzia e finanziamento negli anni in rassegna ha privilegiato aree geografiche storicamente caratterizzate da perdurante sottosviluppo economico: circa 40 miliardi USD sono stati, infatti, destinati a Paesi e soggetti privati dell'area Sub-sahariana, mentre i Paesi dell'Asia meridionale hanno ottenuto circa 25 miliardi USD; i Paesi dell'America Latina, dell'area pacifica e del Medio Oriente hanno ricevuto importi molto simili, tutti intorno ai 9 miliardi USD. Scendono, invece, i finanziamenti ricevuti dai Paesi dell'area centro-europea che, dai circa 9 miliardi USD del 2017, scendono a "soli" 13 miliardi USD nei due anni in rassegna. Tra i maggiori beneficiari, oltre ai Paesi "BRICS" che hanno ricevuto prestiti e finanziamenti pari a circa il 20% della spesa totale per i progetti approvati nell'anno 2018 e 2019, figurano l'Egitto, che ha ricevuto finanziamenti per oltre 3 miliardi USD, e soprattutto l'Indonesia, con 3,8 miliardi USD.

Analizzando i finanziamenti elargiti, può affermarsi come l'attività della Banca mondiale e, più in generale, del *Gruppo*, continui a favorire il finanziamento di progetti di sviluppo quali la creazione di infrastrutture (strade e autostrade, *facilities* energetiche, porti e aeroporti), giovando al miglioramento dell'industria e del settore agricolo dei Paesi richiedenti²⁴. Negli ultimi anni, inoltre, attraverso il finanziamento

²¹ Si veda il rapporto della Special Rapporteur delle Nazioni Unite su povertà estrema e diritti umani del 4 agosto 2015, UN Doc A/70/274, par. 2, consultabile nel sito www.ohchr.org.

²² Cfr. Articles of Agreement, cit., art. IV, *Operations. Section 1. Methods of Making or Facilitating Loans*. Circa il funzionamento della IBRD e delle altre Organizzazioni del *Gruppo*, si vedano M. R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, 261-300; nonché S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisioni in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012; A. VITERBO, *Fondo monetario internazionale e Banca mondiale*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, II ed., 2013, 189-244; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, III ed., 2017, 87-95, nonché la voce di S. SCHLEMMER-SCHULTE, *International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2014, consultabile nel sito opil.ouplaw.com.

²³ Cfr. *World Bank Annual Report 2018*, 2018, consultabile nel sito openknowledge.worldbank.org, secondo cui nell'anno fiscale 2018 l'esborso finanziario del *Gruppo* ha raggiunto i 66,8 miliardi USD, e il *World Bank Annual Report 2019*, 2019 consultabile nel sito openknowledge.worldbank.org, che invece quantifica in 62,3 miliardi USD l'impegno finanziario nell'anno fiscale 2019, in leggera discesa rispetto all'anno precedente.

²⁴ Si veda, per esempio, il progetto *North Core/ Dorsale Nord Regional Power Interconnector*, Project ID P162933, approvato il 31 ottobre 2018, consultabile nel sito projects.worldbank.org. Il piano finanziato per 465,52 milioni USD prevede l'interconnessione delle reti energetiche tra Nigeria, Niger, Benin e Burkina Faso e, di conseguenza, l'elettrificazione di alcune aree rurali del Burkina Faso,

di programmi macroeconomici di aggiustamento strutturale o relativi a specifici settori, l'attività della Banca mondiale ha mirato a sostenere prestazioni di *welfare*, l'istruzione o il settore sanitario dei Paesi maggiormente arretrati²⁵. Analizzando gli anni in rassegna, si nota anche come la Banca mondiale abbia contribuito in maniera importante allo sviluppo di progetti dedicati in via prioritaria al progresso sociale. Inoltre, si riscontrano diversi finanziamenti volti creare infrastrutture nel settore dei trasporti, nonché politiche di contrasto agli effetti negativi di disastri, del cambiamento climatico e delle emergenze sanitarie, nell'ottica di proteggere i gruppi sociali più deboli.

4. *Il finanziamento di progettualità finalizzate a sviluppare il "capitale umano"*. – Negli anni in rassegna, la Banca mondiale ha portato a termine numerosi progetti diretti ad «aiutare i Paesi a investire di più – e più efficacemente – nelle persone»²⁶. Le istituzioni hanno, infatti, avviato numerose iniziative per tutelare l'essere umano nelle fasi più delicate della propria vita, sviluppando programmi volti a combattere la malnutrizione, a migliorare la qualità dell'istruzione e a digitalizzare le aree più tecnologicamente arretrate. Nel 2018 la Banca mondiale ha infatti avviato lo *Human Capital Project*, annunciato dal Presidente della Banca mondiale nel corso dell'Annual Meeting Plenary del 2017²⁷. Il progetto pone il "capitale umano" al centro dell'agenda e degli impegni della Banca mondiale proponendo forme di sostegno economico a programmi nazionali di investimento nei settori dell'istruzione e della formazione professionale.

Al fine di orientare il proprio esborso economico, la Banca mondiale ha sviluppato uno *Human Capital Index*, ovvero uno strumento che indica *quanto* gli Stati investano nelle future generazioni, misurando il tasso di sopravvivenza, scolarizzazione e di salute della popolazione²⁸. L'attività della World Bank ha interessato in modo particolare le aree geografiche dove l'aspettativa di vita e la quota di scolarizzazione dei più giovani è più bassa: ad aprile 2019 è stato infatti approvato l'*Africa Human Capital Plan*, un progetto che prevede un investimento di

nell'obiettivo di garantire l'accesso alla rete elettrica e la riduzione dei costi di fornitura dell'elettricità nei Paesi interessati.

²⁵ Un esempio di progetti di *social protection* finanziati dalla Banca mondiale è costituito dal finanziamento *Tanzania Productive Social Safety Net Project II*, Project ID P169165, con il quale l'Organizzazione intende fornire alle famiglie povere del Paese sussidi e finanziare la creazione di posti di lavoro grazie ad un ampio programma di lavori pubblici. L'esborso economico, per un totale di 450 milioni USD, è stato principalmente finanziato dall'IDA ma ha visto la partecipazione di altre agenzie ONU (come l'International Fund for Agricultural Development – IFAD) e di *donors* pubblici (come i Governi degli Stati Uniti, della Norvegia e del Regno di Svezia) e privati (*Bill and Melinda Gates Foundation* e *The Global AIDS to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria*). I dati relativi al progetto sono consultabili nel sito projects.worldbank.org.

²⁶ Cfr. il messaggio del Presidente della Banca mondiale, Jim Yong Kim, riportato nell'*Annual Report 2018*, consultabile nel sito openknowledge.worldbank.org.

²⁷ Il progetto si compone di (i) un sistema metrico nazionale – lo *Human Capital Index*, (ii) un programma di misurazione e ricerca per incentivare l'azione politica e (iii) un programma di sostegno alle strategie nazionali per accelerare gli investimenti nel capitale umano.

²⁸ Lo *Human Capital Index* calcola, infatti, l'impatto che salute ed educazione hanno sulla produttività dei lavoratori. L'indice analizza sei fattori: (i) "probability of survival to age 5", (ii) "expected years of school", (iii) "harmonized test scores", (iv) "learning-adjusted years of school", (v) "fraction of children under 5 not stunted" e (vi) "adult survival rate". Il punteggio finale varia da 0 a 1 e misura in prospettiva la produttività lavorativa di un bambino avendo come *benchmark* il miglior livello di sanità ed educazione, cfr. *The Human Capital Project*, consultabile nel sito www.worldbank.org.

15 miliardi USD in nuove sovvenzioni e finanziamenti agevolati per la regione africana al fine di (i) diminuire il tasso di mortalità infantile, (ii) evitare il ritardo della crescita di circa 11 milioni di bambini e (iii) migliorare del 20% i risultati nell'apprendimento didattico²⁹.

Questo progetto segue l'attenzione che la Banca mondiale ha dedicato alla creazione di un sistema educativo efficiente per lo sviluppo del "capitale umano". Nel 2018, infatti, la Banca mondiale ha dedicato per la prima volta il proprio *World Development Report* al tema dell'educazione³⁰, evidenziando come, nonostante i successi ottenuti a livello globale, il numero di giovani che termina la scuola senza aver ottenuto i livelli basilari di alfabetizzazione e capacità di calcolo (men che meno le competenze di livello superiore) è ancora molto elevato³¹. La Banca mondiale, pertanto, si era posta importanti obiettivi di investimento entro il 2020, provando a raddoppiare il proprio esborso economico in progetti dedicati al settore scolastico (da 2.5 a 5 miliardi USD). Tuttavia, tale obiettivo è stato raggiunto con largo anticipo, con più di 7.1 miliardi USD destinati all'istruzione al 30 giugno 2018³². Nello specifico, la Banca mondiale ha previsto numerosi investimenti mirati all'accesso al sistema scolastico secondario delle adolescenti: sin dal 2016, la Banca ha investito più di 4 miliardi USD – soprattutto nelle aree dell'Africa sub-sahariana e dell'Asia meridionale – per garantire borse di studio, finanziamenti condizionati e servizi scolastici di base³³.

5. *Il finanziamento di progettualità finalizzate a "digitalizzare" il mondo del lavoro.* – Negli anni in rassegna, la Banca mondiale ha altresì investito in programmi volti a fronteggiare la disoccupazione e a modernizzare il mercato del lavoro, soprattutto nel contesto dell'*IDA18*³⁴. Tuttavia, l'attenzione della Banca mon-

²⁹ Il report completo è consultabile nel sito documents.worldbank.org.

³⁰ Cfr. *World Development Report 2018, Learning To Realize Education's Promise*, 2017, consultabile nel sito openknowledge.worldbank.org. Il *World Development Report* della Banca mondiale è la guida principale che analizza lo stato economico, sociale e ambientale del mondo odierno. Il report viene pubblicato ogni anno dal 1978 e analizza di volta in volta un aspetto specifico dello sviluppo: agricoltura, ruolo dello Stato, economia in transizione, lavoro, infrastrutture, salute, ambiente, povertà. Data la qualità dei dati forniti, il report è considerato una pubblicazione molto influente e viene utilizzato da molte organizzazioni internazionali, studiosi, governi nazionali e gruppi della società civile.

³¹ Il fattore "learning-adjusted years of school", utilizzato per il calcolo dello *Human Capital Index*, evidenzia la produttività del sistema scolastico. I dati raccolti sinora mostrano come nei Paesi con rendimento inferiore i bambini ottengono 5 anni di scolarizzazione in meno rispetto ai Paesi con rendimento maggiore.

³² L'impegno era stato fissato dal Presidente della Banca mondiale durante il 2015 World Education Forum, cfr. il *World Education Forum 2015 Final Report*, p. 26, consultabile nel sito www.unesco.org.

³³ La Banca mondiale collabora dal 2016 con il Governo del Libano attraverso il progetto *Support to Reaching All Children with Education (RACE 2)*, Project ID 159470, che dovrebbe concludersi a febbraio 2023. Il progetto mira a promuovere l'equo accesso ai servizi educativi, migliorare la qualità dell'apprendimento degli studenti, concentrandosi in particolare sul miglioramento della condizione femminile e sui rifugiati. Allo stato, sono stati investiti 234 milioni USD. In Nigeria, invece, la Banca mondiale ha avviato a fine 2017 il progetto *Better Education Service Delivery for All (BESDA) Program-for-Results*, Project ID 160430, investendo 611 milioni USD per rafforzare il livello di scolarizzazione di base, in virtù dei dati sull'abbandono scolastico che dimostravano come nel 2013, 13.2 milioni di bambini in età scolare non ricevevano educazione, soprattutto nelle aree a Nord del Paese. I progetti sono consultabili nel sito projects.worldbank.org.

³⁴ Mentre l'IBRD raccoglie la maggior parte dei propri fondi sui mercati finanziari mondiali e attraverso le contribuzioni dei Paesi membri, l'IDA, è finanziata in gran parte dai contributi dei Governi più "ricchi". Ulteriori fondi provengono dalle entrate della IBRD e della IFC, e dai rimborsi dei mutuatari

diale si è rivolta anche all'inattività e alla sottoccupazione che costringono numerose famiglie a vivere in condizioni di povertà: molti lavoratori, infatti, sono impiegati nei settori definiti "informali" o svolgono attività poco produttive³⁵. L'Organizzazione pertanto finanzia i Paesi più arretrati affinché creino e attuino strategie di lavoro multisettoriali e integrate: a tali fini, gli studi e i progetti della Banca mondiale hanno adottato un sistema basato su tre livelli: (i) la *Jobs Diagnostics* aiuta i clienti a individuare le sfide più complesse a livello macroeconomico, aziendale e familiare³⁶; (ii) la Banca mondiale sviluppa la diffusione di conoscenze per identificare soluzioni ai problemi più comuni; (iii) la stessa Banca aiuta gli Stati a mettere in pratica tali soluzioni attraverso prestiti, investimenti e riforme³⁷.

Tra queste riforme rientra, in modo particolare, il finanziamento dell'innovazione tecnologica. La Banca mondiale è infatti impegnata nel garantire l'accesso alla rete *internet* negli Stati maggiormente arretrati dove, ancora nel 2019, solo una persona su sette riesce ad accedere alla rete. In particolare, i progetti finanziati dall'Organizzazione hanno permesso a 20 Paesi africani di collegarsi a cavi sottomarini a banda larga: la Banca si è infatti impegnata a raddoppiare la connettività a banda larga in tutta l'Africa entro il 2021³⁸. La rivoluzione digitale ha difatti un fortissimo impatto sul mondo del lavoro, essendo alla base del sistema di "gig economy"³⁹, che consente di ridurre il divario tra le posizioni lavorative formali e informali. Nonostante decenni di sforzi per ampliare l'economia formale, i lavori informali occupano tuttora in media il 65% della popolazione africana.

In aggiunta, bisogna notare come i cambiamenti che il sistema lavorativo sta osservando negli ultimi anni, rendono ancor più necessario concentrarsi sul "capitale umano" e ripensare la protezione sociale. È anche per questo motivo che il *World Development Report 2019* è dedicato a *The Changing Nature of Work* ed analizza la

di precedenti crediti IDA. I *partner* si incontrano ogni tre anni per ricostituire i fondi IDA ("replenishment") e rivederne le politiche. L'*IDA18 replenishment*, finalizzato a dicembre 2016 a Yogyakarta (Indonesia) per finanziare i progetti nel triennio dal 1° luglio 2017 al 30 giugno 2020, è il più grande rifinanziamento della storia dell'IDA e indica un significativo cambiamento nella sua politica e nel suo sistema di finanziamento.

³⁵ L'OIL, nella sua raccomandazione n. 204 concerning the Transition from the Informal to the Formal economy, adottata il 12 giugno 2015, art. I, individua quali "informali" «all economic activities by workers and economic units that are – in law or in practice – not covered or insufficiently covered by formal arrangements», con l'esclusione delle attività illecite. Il testo della raccomandazione è consultabile nel sito www.ilo.org. In relazione al mercato del lavoro dei Paesi più poveri, le principali sfide individuate dalla Banca mondiale consistono nel (i) creare lavoro nei settori cosiddetti "formali", (ii) migliorare la qualità dei "lavori informali" (a livello di produttività, guadagno, accesso alle assicurazioni) e (iii) aiutare i gruppi vulnerabili a ottenere posti di lavoro o posti di lavoro migliori.

³⁶ Tale diagnostica è integrata nel *World Bank Strategic Country Diagnostics*, che identifica le sfide e le opportunità chiave dei vari Paesi per accelerare il progresso verso obiettivi di sviluppo che siano coerenti con il duplice obiettivo di porre fine alla povertà assoluta e promuovere la prosperità condivisa in modo sostenibile.

³⁷ Ad aprile 2018, la Banca mondiale sosteneva più di 570 progetti legati al lavoro per un investimento complessivo pari a circa 76 miliardi USD, cfr. i dati consultabili nel sito projects.worldbank.org.

³⁸ Tale operazione si inserisce nel supporto della Banca mondiale al progetto *The Digital Transformation Strategy for Africa (2020-2030)* sviluppato dall'Unione africana nel 2019 e pubblicato nel 2020, che mira a consentire la digitalizzazione di tutto il continente entro il 2030. La *Strategy* è consultabile nel sito www.au.int.

³⁹ Si tratta di un tipo di mercato in cui è comune offrire posizioni lavorative temporanee e le società assumono lavoratori indipendenti per brevi periodi.

rivoluzione digitale del mondo del lavoro, offrendo suggerimenti ai governi su come “affrontare” le nuove sfide tecnologiche⁴⁰.

6. *Il finanziamento di progettualità finalizzate ad accrescere la resilienza degli Stati e dei gruppi sociali in condizione di vulnerabilità.* – Negli anni in rassegna la Banca mondiale ha, inoltre, operato per rafforzare la capacità degli Stati e dei gruppi sociali più vulnerabili di riprendersi da condizioni di “fragilità, conflitto e violenza” (FCV)⁴¹. I progetti della Banca mondiale rientrano nell’ambito del Sustainable Development Goal 16 (“*Peace Justice and Strong Institutions*”) e mirano ad affrontare le situazioni di instabilità sviluppando la resilienza degli Stati⁴². Si prevede, infatti, che per il 2030, circa i due terzi delle popolazioni che vivono in condizioni di povertà estrema si trovino anche a dover coesistere con circostanze di FCV.

Proprio al fine di individuare soluzioni pratiche e innovative, dal 2013 il Gruppo organizza ogni due anni il Fragility Forum, nell’ambito del quale si riuniscono politici, esperti e professionisti nei settori umanitari, di sviluppo, pace e sicurezza. Durante l’ultimo incontro tenutosi lo scorso marzo 2018, la Banca mondiale, in collaborazione con l’ONU, ha pubblicato il rapporto *Pathways for Peace: Inclusive Approaches to Preventing Violent Conflict*, in cui si riconosce che i processi di sviluppo possono meglio interagire attraverso la diplomazia, la mediazione, la sicurezza, individuando tutti gli strumenti idonei a evitare conflitti⁴³.

L’impegno del Gruppo su tali temi è dimostrato dal raddoppio degli investimenti in tale ambito, avendo destinato oltre 14 miliardi USD nel contesto del 18° *IDA replenishment* ai Paesi più colpiti da situazioni di “fragilità, conflitto e violenza”⁴⁴. Ad esempio, la Banca ha approvato a fine 2017 un progetto per 400 milioni USD al fine di supportare una delle aree maggiormente colpita da conflitti armati, l’Iraq, nel ricostruire le infrastrutture danneggiate e per ripristinare l’erogazione dei servizi pubblici⁴⁵. Nel 2018, inoltre, nell’ambito dell’*IDA18 Regional Sub-Window for Refugees and Host Communities* sono stati investiti 2 miliardi USD a supporto dei rifugiati e delle comunità che li ospitano, a favore di 14

⁴⁰ Cfr. The World Bank, *World Development Report 2019. The Changing Nature of Work*, 2019, consultabile nel sito documents.worldbank.org.

⁴¹ Gli studi dimostrano che per il 2030, tra il 43% e il 60% dei Paesi più arretrati vivrà in condizioni segnate da “fragilità, conflitto e violenza” con seri rischi di estremismo violento, cambiamento climatico, pandemie e insicurezza alimentare.

⁴² Il Goal n. 16 si propone, entro il 2030, di ridurre ogni forma di violenza e il tasso di mortalità nel mondo; terminare ogni forma di violenza, abuso, sfruttamento e traffico minorile; assicurare l’accesso alla giustizia e promuovere la legalità; diminuire ed eliminare il traffico di armi, i finanziamenti illeciti e combattere il crimine organizzato; ridurre in maniera sostanziale la corruzione; stimolare la trasparenza delle istituzioni nazionali e internazionali; assicurare sistemi decisionali altamente rappresentativi; aumentare la partecipazione dei Paesi più arretrati alla *governance* internazionale; assicurare a tutti una identità legale; assicurare l’accesso e la libertà di informazione. I *targets* e i progressi della strategia ONU sullo sviluppo sostenibile sono consultabili nel sito sustainabledevelopment.un.org.

⁴³ Il *report* completo è disponibile su openknowledge.worldbank.org.

⁴⁴ Cfr. World Bank, *2016. IDA18: special theme – fragility, conflict and violence*, 2016, consultabile sul sito documents.worldbank.org.

⁴⁵ Il progetto *Emergency Operation for Development Project - Additional Financing Project ID P161515* è stato approvato il 31 ottobre 2017 ed è dedicato alla ricostruzione in aree recentemente “liberate” dall’ISIS. I dati relativi al progetto sono consultabili nel sito projects.worldbank.org.

Paesi i quali accolgono collettivamente più del 62% dei rifugiati⁴⁶. Il fondo sostiene i Paesi a basso reddito che ospitano un gran numero di rifugiati affinché possano attuare cambiamenti politici per affrontare le connesse problematiche economiche e sociali. Ad esempio, a giugno 2018 è stato attivato in Etiopia il progetto *Economic Opportunities Program*, attraverso cui fornire opportunità lavorative a cittadini etiopi e rifugiati. In particolare, il Governo si è impegnato a creare più di 100.000 posti di lavoro, fornendo alle comunità che accolgono rifugiati servizi pubblici di collocamento⁴⁷. In aggiunta, la Banca mondiale gestisce, altresì, il *Global Concessional Financing Facility (GCFF)*, un fondo costituito dai contributi dei *Supporting Countries*⁴⁸, per fornire finanziamenti agevolati ai Paesi a reddito medio che ospitano un gran numero di rifugiati⁴⁹.

Ad aprile 2019, inoltre, il *Gruppo* ha avviato consultazioni a livello mondiale per fornire informazioni circa lo sviluppo della prima strategia formale per far fronte all'FCV. Tale strategia cercherà di individuare le *best practices* per ridurre la fragilità, i conflitti e la violenza e promuovere pace e prosperità⁵⁰.

7. Il finanziamento di progettualità finalizzate ad accrescere la resilienza degli Stati colpiti da emergenze sanitarie e ambientali, anche attraverso l'utilizzo di strumenti finanziari specifici. – Da anni, la Banca mondiale si impegna ad accrescere la resilienza di quei paesi maggiormente colpiti da *shock* sanitari e ambientali. Da ultimo, nel 2017, l'Organizzazione ha istituito la *Pandemic Emergency Financing Facility (PEF)*, la prima forma di assicurazione che aiuta i Paesi più poveri a rispondere alle epidemie e alle emergenze sanitarie⁵¹. Tale

⁴⁶ Per poter beneficiare di questo finanziamento, i Paesi IDA devono (i) ospitare almeno 25.000 rifugiati o i rifugiati devono rappresentare almeno lo 0,1% della popolazione; (ii) avere una struttura adeguata alla protezione dei rifugiati; e (iii) avere un piano d'azione o una strategia basata su *step* concreti, inclusi possibili riforme politiche per soluzioni a lungo termine a beneficio dei rifugiati e delle comunità ospitanti. Allo stato attuale, i Paesi ritenuti idonei a ricevere tali finanziamenti sono: Bangladesh, Burundi, Burkina Faso, Repubblica Democratica del Congo, Mauritania, Ruanda, Camerun, Ciad, Congo, Gibuti, Etiopia, Nigeria, Pakistan e Uganda. Cfr. il comunicato disponibile su www.worldbank.org.

⁴⁷ Cfr. il finanziamento *Ethiopia Economic Opportunities Program*, Project ID P163829, per il quale sono stati finora investiti 202 milioni USD, e che dovrebbe concludersi a giugno 2025. I dati relativi al progetto sono consultabili nel sito projects.worldbank.org.

⁴⁸ In conformità a quanto previsto dal manuale delle operazioni del GCFF, per *Supporting Country* si intende qualsiasi paese o entità intergovernativa che stipula un accordo di contribuzione, impegnandosi a fornire l'importo minimo richiesto dal fondo pari a 5 milioni USD. Cfr. l'*Annual Report GCFF 2018-2019* e l'*Operations Manual*, consultabili nel sito su www.globalcfff.org

⁴⁹ Il progetto, iniziato nel 2016 da Banca mondiale, ONU e Banca islamica per lo sviluppo, ha fornito circa 500 milioni USD in sovvenzioni per sbloccare più di 2,5 miliardi USD in finanziamenti agevolati per la Giordania e il Libano al fine di aiutarli a far fronte all'afflusso di rifugiati siriani e per la Colombia (che può ricevere il sostegno del GCFF dal 2019) per supportare gli oltre 1,2 milioni di venezuelani sfollati e le comunità che li ospitano. Questi Stati, infatti, essendo a reddito medio, non potevano ricevere prestiti dalle Banche di sviluppo a tassi agevolati, essendo gli stessi destinati agli Stati a basso reddito.

⁵⁰ La versione finale della *World Bank Group Strategy for Fragility, Conflict and Violence 2020-2025* è stata pubblicata nel mese di febbraio 2020 ed è consultabile sul sito documents.worldbank.org.

⁵¹ La *Pandemic Emergency Financing Facility* costituisce una fonte di finanziamento a costo zero della durata di tre anni ed è rivolta a 77 Paesi membri dell'IDA. In aggiunta, anche organizzazioni internazionali e NGOs che si occupano di supportare la risposta sanitaria all'emergenza – dopo aver svolto una procedura di accreditamento – possono accedere ai fondi PEF. I fondi e le garanzie del PEF possono essere utilizzati per finanziare i costi sanitari “di risposta” ad una epidemia o pandemia, in linea con quanto previsto dai piani nazionali di emergenza (sono inclusi, per esempio, i costi di acquisto di

assicurazione è stata utilizzata per la prima volta a maggio 2018, quando la Repubblica Democratica del Congo ha ricevuto 12 milioni USD per far fronte alla crisi generata dall'ebola negli anni 2014-2015. Nel 2019, in risposta ad una nuova crisi di ebola nel Paese africano, la Banca mondiale – attraverso l'IDA – ha finanziato ulteriori 80 milioni USD in sovvenzioni e crediti, fornendo anche supporto tecnico per potenziare il sistema sanitario del Paese. Inoltre, ha investito in programmi per preparare i nove Stati confinanti con la Repubblica Democratica del Congo alla possibilità che l'epidemia si diffondesse oltre i confini⁵².

A livello climatico, come indicato anche nell'*Action Plan on Climate Change Adaptation and Resilience*⁵³, il Gruppo considera tra le proprie priorità fondamentali l'adattamento e lo sviluppo di una capacità di "resistenza", ponendole su un piano di parità con la mitigazione del cambiamento climatico. In particolare, ad aprile 2019, 25 Ministri delle finanze di Paesi membri del Gruppo, col supporto della Banca mondiale stessa, hanno creato una coalizione che ha dato vita agli *Helsinki Principles*, elaborati al fine di promuovere l'attivismo nazionale in ambito climatico attraverso nuove politiche fiscali e l'uso delle finanze pubbliche⁵⁴. Tra i principi di Helsinki rientra anche l'utilizzo di strumenti finanziari a sostegno di progetti che hanno un impatto positivo sull'ambiente.

La Banca mondiale è da sempre impegnata nello sviluppo di questi strumenti finanziari, quali i *green bonds*. Negli anni in rassegna, la Banca mondiale ha emesso il primo *green bond* in dollari di Hong Kong ma soprattutto ha combinato il *sukuk* (il *bond* islamico) con il *green bond* dando vita a un nuovo strumento finanziario a sostegno dell'ambiente: il *green sukuk*⁵⁵. Nel 2018, alcune società malesi hanno emesso quattro *green sukuk* mentre l'Indonesia ha emesso il primo *green sukuk* sovrano al mondo. Grazie a tali strumenti, la Banca mondiale ha fatto un importante passo per colmare il divario tra la finanza convenzionale e quella islamica.

La Banca mondiale, inoltre, insieme all'IFC, ha assistito le Fiji e la Nigeria, primi Paesi emergenti e – nel secondo caso – dell'area africana, nell'emissione di un *green bond* sovrano. A settembre 2018, inoltre, la Banca mondiale ha pubblicato la prima guida sui *green bond* per gli emittenti, la *Green Bond Proceeds Management*

dispositivi di protezione individuale, equipaggiamento medico, l'istituzione di ospedali temporanei). Condizioni e modalità di accesso alla *Facility* sono consultabili nel sito www.worldbank.org.

⁵² Cfr. il comunicato del 28 febbraio 2019 disponibile su www.worldbank.org.

⁵³ Cfr. l'*Action Plan on Climate Change Adaptation and Resilience*, consultabile nel sito documents.worldbank.org.

⁵⁴ I principi comprendono (i) allineare le politiche e pratiche con gli impegni dell'Accordo di Parigi; (ii) condividere l'esperienza e le competenze per incoraggiare e promuovere reciprocamente una comune interpretazione di tali politiche e pratiche; (iii) lavorare a misure che si traducano in un'efficace determinazione del prezzo del carbonio; (iv) considerare il cambiamento climatico nella politica macroeconomica, nella pianificazione fiscale, nel *budgeting*, nella gestione degli investimenti pubblici e nelle pratiche di *procurement*; (v) mobilitare fonti private di finanziamento per il clima, facilitando gli investimenti e lo sviluppo di un sistema finanziario che sostenga la mitigazione del cambiamento climatico; (vi) impegnarsi attivamente nella predisposizione e nell'attuazione a livello nazionale degli impegni di riduzione delle emissioni di gas climalteranti (*Nationally Determined Contributions*) presentati in conformità all'Accordo di Parigi.

⁵⁵ Il *sukuk* è un *bond* islamico che può generare profitti per gli investitori senza contravvenire alla *Shari'a*, la quale vieta gli interessi. Nella pratica, l'emittente di *sukuk* vende un certificato il cui ricavato viene utilizzato per l'acquisto di un bene che è di proprietà sia dell'acquirente che del venditore. Nel caso del *green sukuk*, i proventi devono essere utilizzati solo per investimenti rispettosi dell'ambiente.

*and Reporting Guide*⁵⁶. Nel 2018, il Gruppo ha investito in ulteriori strumenti a sostegno di progettualità ambientali anche allo scopo di favorire la resilienza dei Paesi in maggior difficoltà. In particolare, la Banca ha emesso un *catastrophe bond* del valore di 360 milioni USD a favore del Messico per far fronte ai vari terremoti e uragani occorsi e ha aiutato le Seychelles ad emettere il primo *blue bond* sovrano, il quale sostiene progetti volti alla tutela del mare e della pesca⁵⁷.

8. *I finanziamenti nel settore dei trasporti.* – Negli anni in rassegna la Banca mondiale è, inoltre, intervenuta con i propri finanziamenti nel settore dei trasporti. Nel 2018, infatti, è stato pubblicato un importante *paper* che individuava i principi cardine per aiutare i governi a progettare e realizzare programmi di mobilità elettrica che fossero idonei a raggiungere gli obiettivi di sviluppo a livello climatico, economico, fiscale, tecnologico, istituzionale e politico⁵⁸.

Nel 2017, la Banca mondiale ha creato la *Sustainable mobility for ALL* (SuM4All), una piattaforma di cooperazione internazionale per lo sviluppo di una mobilità efficiente e sostenibile attraverso cui riunire le più influenti organizzazioni pubbliche e aziende private che condividono l'idea di trasformare il futuro della mobilità⁵⁹. Nell'ambito di questa iniziativa è stato sviluppato il *Global Roadmap of Action toward Sustainable Mobility*, uno strumento attraverso cui gli Stati possono raggiungere i principali obiettivi di sviluppare sistemi di trasporto (i) accessibili a tutti, (ii) ecologici, (iii) sicuri ed (iv) efficienti⁶⁰. La *Roadmap*, infatti, definisce un percorso specifico per ciascun Paese a seconda della propria situazione nazionale e dell'obiettivo da raggiungere, valutando tra più di 180 misure testate in tutto il mondo quella che più si addice al caso specifico.

Al fine di ottenere sistemi di trasporto eco-sostenibili, la Banca mondiale ha aiutato vari Paesi a migliorare la trasmissione di energia, impiegando strumenti tecnologici al fine di accrescere, in breve tempo, il numero di famiglie con accesso al sistema energetico. Ad esempio, in Etiopia sono stati investiti 375 milioni USD in programmi che supportano i sistemi elettrici dipendenti e indipendenti dalle reti, principalmente per collegare scuole e ospedali⁶¹. La Banca mondiale, inoltre, ha investito per elettrificare le aree più remote e isolate del globo, tra cui alcune aree del Messico abitate da popolazioni indigene, dove ha finanziato la costruzione delle cosiddette “fattorie solari”. A maggio 2019, inoltre, è stato avviato il *Climate-Smart*

⁵⁶ La guida offre esempi e risposte alle domande più frequenti e un modello di *report* esemplificativo per guidare gli utenti nell'utilizzo di questi strumenti; la stessa è consultabile nel sito documents.worldbank.org.

⁵⁷ I comunicati sono consultabili nel sito www.worldbank.org.

⁵⁸ Cfr. World Bank, International Association of Public Transport, *Electric Mobility and Development*, 2018, consultabile sul sito openknowledge.worldbank.org.

⁵⁹ Nell'ottobre 2017, la piattaforma ha pubblicato il *Global Mobility Report*, il primo tentativo di analizzare il settore dei trasporti e di valutare il proprio contributo alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile. Il *report* è consultabile nel sito openknowledge.worldbank.org.

⁶⁰ Cfr. il documento è consultabile sul sito sum4all.org.

⁶¹ L'*Ethiopia Electrification Program* (ELEAP), Project ID P160395, è stato approvato il 1° marzo 2018 ed è volto all'elettrificazione universale del Paese. Il progetto, diviso in fasi della durata di 5 anni, si divide in tre pilastri: creazione della rete elettrica; sviluppo di capacità di creazione di reti domestiche autonome; riforma istituzionale e normativa del settore elettrico. Il progetto è consultabile nel sito projects.worldbank.org.

Mining Facility, il primo fondo dedicato a rendere sostenibile l'estrazione mineraria, essenziale per la transizione all'energia pulita⁶².

Quanto alla sicurezza, nel 2018, la Banca mondiale ha firmato un *Memorandum of Understanding* con la International Association of Public Transport (UITP) per sensibilizzare il problema delle molestie sessuali sui trasporti pubblici, con l'obiettivo di eliminare l'ostacolo che le stesse producono all'*empowerment* femminile e alla realizzazione di un sistema di trasporto inclusivo⁶³.

9. *Il contributo delle altre organizzazioni del Gruppo.* – Gli anni in rassegna sono stati molto importanti anche per le altre organizzazioni del *Gruppo*. Innanzitutto, l'impiego di capitali privati ha assunto un ruolo sempre più centrale nella strategia di sviluppo. Tale funzione è assolta dall'IFC, la quale fornisce ai Paesi in via di sviluppo assistenza nella gestione e nel miglioramento del settore privato, con esclusivo riguardo ai progetti *for-profit*⁶⁴. Tali attività sono condotte attraverso prestiti e la partecipazione in investimenti azionari: tuttavia, l'art. III, sez. 3, dello Statuto dell'IFC, prevede la c.d. clausola di sussidiarietà, per cui essa può investire solo in quei progetti che non possono essere agevolmente finanziati tramite il ricorso a capitali privati ottenuti sul mercato⁶⁵. Pertanto, l'IFC può finanziare solo quei progetti nei Paesi dove il credito bancario o il ricorso a capitali privati sono impossibili o particolarmente gravosi⁶⁶.

Negli anni presi in considerazione, l'IFC ha distribuito capitali in società provenienti da oltre 60 Paesi, investendo solo nel 2018 un importo totale superiore a 23.3 miliardi USD, superando l'esborso dell'anno precedente⁶⁷. In particolare, l'IFC ha investito in più di 300 progetti realizzati da imprese private, principalmente legati al settore agricolo⁶⁸, alla costruzione di

⁶² La struttura supporterà l'estrazione e la lavorazione sostenibile di minerali e metalli utilizzati per le tecnologie energetiche pulite, come l'eolico, l'energia solare, le batterie per l'immagazzinamento di energia e i veicoli elettrici. Tale struttura è stata sviluppata in seguito al *report* del 2017 della Banca mondiale intitolato *The Growing Role of Minerals and Metals for a Low-Carbon Future*, nel quale è stato evidenziato che un futuro a basse emissioni di carbonio richiederà un maggior impiego di minerali rispetto allo scenario attuale. La domanda globale di "minerali strategici" quali il litio, la grafite e il nichel aumenterà rispettivamente del 965%, 383% e 108% entro il 2050. Cfr. gli studi consultabili nel sito www.worldbank.org

⁶³ Cfr. il comunicato del 15 gennaio 2018 della UITP, consultabile nel sito www.uitp.org.

⁶⁴ Cfr. l'*Annual Report 2018 – Redefining Development Finance* dell'IFC, 78, consultabile nel sito www.ifc.org.

⁶⁵ Cfr. Articles of Agreement dell'IFC, firmati a Washington il 25 maggio 1955 ed entrati in vigore il 20 luglio 1956, in *United Nations Treaty Series*, vol. 117, 264 ss. Su origini e *mission* dell'IFC si veda J.C. BAKER, *The International Finance Corporation - Origin, Operations and Evaluation*, New York, 1968.

⁶⁶ Si noti che l'IFC non deve ricevere garanzie da parte dei Governi degli Stati in cui investe, alimentando i propri fondi per le attività di prestito attraverso l'emissione di obbligazioni nei mercati internazionali di capitali.

⁶⁷ Cfr. gli *Annual Report 2018 – Redefining Development Finance* e *Annual Report 2019 – Investing for impact* dell'IFC, consultabili nel sito www.ifc.org.

⁶⁸ Si vedano, per esempio, i finanziamenti per la realizzazione dei progetti in Mali per la produzione di burro di karité con un investimento di Euro 2 milioni, cfr. il progetto *FCS RE MALI SHI*, Project number 41588; ad Haiti per la produzione di bottiglie per l'acqua potabile con un investimento di 5 milioni USD, cfr. il progetto *Caribbean Bottling Company S.A.*, Project number 40610; e nell'Africa subsahariana per sviluppare la produzione di tea in Kenya e Malawi con un investimento di 8 milioni USD per un progetto dal valore di 19.3 milioni USD, cfr. il progetto *Global Tea*, Project number 38327. I dati relativi ai progetti sono consultabili nel sito www.disclosures.ifc.org.

infrastrutture⁶⁹, allo sviluppo del turismo⁷⁰ e dei mercati finanziari. La scelta dei progetti è frutto del nuovo *business model* (denominato IFC 3.0) da cui è derivata l'adozione di due nuovi strumenti: i sistemi *Anticipated Impact Measurement and Monitoring* (AIMM) e *Carbon Pricing*. Il primo, in vigore da gennaio 2018, consente di selezionare i progetti in base al loro impatto sullo sviluppo come individuato *ex ante*⁷¹. Il secondo, in vigore da maggio 2018, si applicherà a tutti gli investimenti in progetti nei settori del cemento, prodotti chimici ed energia termica permetterà all'IFC di scegliere solo quelli a basse emissioni, in linea con le raccomandazioni della *High-Level Commission on Carbon Prices*⁷².

Le attività di finanziamento e prestito condotte dalle istituzioni del Gruppo sono supportate dall'intervento dell'Agenzia multilaterale per le garanzie sugli investimenti (MIGA), che fornisce garanzie assicurative «contro i rischi non commerciali relativi ad investimenti effettuati in un Paese membro»⁷³. L'Agenzia, quindi, copre i rischi elencati nell'art. 11 del proprio Atto istitutivo, tra cui il trasferimento di valuta, le espropriazioni e provvedimenti equivalenti, gli inadempimenti contrattuali, i disordini civili e le guerre⁷⁴.

Negli anni in rassegna, la MIGA ha emesso garanzie assicurative per più di 5,2 miliardi USD su progetti rivolti a tutte le regioni del globo e svariati settori. Per la prima volta nella sua storia, quasi il 60% dei progetti garantiti hanno supportato attività di mitigazione e adattamento del cambiamento climatico. In particolare, la MIGA ha garantito l'investimento di una società privata nell'ambito del progetto di costruzione del *Benban Solar Park* in Egitto, il quale una volta completato costituirà

⁶⁹ Si vedano, per esempio, i finanziamenti per la realizzazione di progetti nelle Filippine alla società Energy Development Corporation, produttrice di vapore geotermico ed energia elettrica con un investimento di 90 milioni USD, cfr. il progetto *Energy Dev III Project number 39842*; mentre, in El Salvador, alla società Energia del Pacifico S.A. de C.V. per la costruzione, lo sviluppo e la manutenzione di una centrale a gas e un gasdotto con un investimento di 88 milioni USD, cfr. il progetto *Acajutla LNG, Project number 34588*. I dati relativi ai progetti sono consultabili nel sito www.disclosures.ifc.org.

⁷⁰ Si vedano, per esempio, i finanziamenti per la realizzazione di progetti in Ruanda alla società 3B Group of Hotels con un investimento di 3 milioni USD per lo sviluppo di un *Safari Camp* ecosostenibile, cfr. progetto *3B Hotels, Project number 42084*. Ugualmente, in Sri Lanka, la IFC ha finanziato la società Melwa Hotels and Resorts Private Limited con un investimento di 27 milioni USD per la creazione di tre *resort*, cfr. progetto *Melwa Hotels, Project number 40337*, e in Repubblica Dominicana la società Inversiones Costa Elocuente S.A.S. con un investimento di 45,5 milioni USD per la creazione di un hotel di lusso, cfr. progetto *Tropicalia, Project number 38846*. I progetti sono consultabili nel sito www.disclosures.ifc.org.

⁷¹ Attraverso questo sistema, l'IFC valuta l'impatto di un progetto sullo sviluppo lungo due dimensioni: (i) *project outcomes* e (ii) *market outcomes*. La prima si riferisce agli effetti diretti e indiretti che un progetto ha sugli *stakeholder* (compresi i dipendenti, i consumatori, i fornitori e il governo), sull'economia, sulla società nel suo complesso e sull'ambiente. La seconda si riferisce alla capacità di favorire cambiamenti sistemici che vanno al di là degli effetti immediatamente prodotti dal progetto stesso.

⁷² Il prezzo del carbone viene incluso nell'analisi economica delle operazioni di finanza di progetto con emissioni annue pari a più di 25.000 tonnellate di anidride carbonica. Si tratta dei progetti con maggior emissione di gas serra e rappresentano più della metà della produzione dell'IFC. Per questi investimenti, la Società include nei documenti finanziari l'impatto del prezzo del carbonio sulla performance economica del progetto.

⁷³ Cfr. Convenzione di Seul, istituita dall'Agenzia multilaterale per le garanzie sugli investimenti, conclusa l'11 ottobre 1985, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1508, 1988, art. 3. A seguito di modifiche del suo statuto, la MIGA garantisce anche i casi di mancato pagamento delle obbligazioni sovrane e di inadempimento contrattuale da parte di società pubbliche.

⁷⁴ *Ivi*, art. 11.

la più grande installazione solare mai costruita⁷⁵. La MIGA riveste un ruolo fondamentale nel “progetto” della Banca mondiale, in quanto consente di creare condizioni favorevoli per gli investitori privati tutelandoli da accadimenti che possono pregiudicare l’investimento.

In ultimo, nel periodo considerato, anche il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento (ICSID) ha svolto efficacemente la propria funzione di risoluzione delle controversie in materia di investimento attraverso i tribunali arbitrali (e, in pochi casi, le commissioni di conciliazione) istituiti ai sensi della Convenzione di Washington⁷⁶. Tale circostanza è dimostrata dall’elevato numero di nuovi casi registrati (138) negli anni solari 2018-2019, che portano a 268 i procedimenti attualmente pendenti davanti ai meccanismi amministrati dal Centro⁷⁷. Tuttavia, proprio in virtù dell’elevato numero di casi, della complessità e autonomia della materia, l’attività del Centro non è oggetto della presente rassegna.

10. *Brevi osservazioni conclusive* – Gli anni in rassegna hanno costituito annualità di profonda attività per le organizzazioni del Gruppo della Banca mondiale: consolidando le tendenze già osservate nel corso dell’anno 2017⁷⁸, il ruolo della IBRD si è ridotto a favore delle altre istituzioni collegate. In modo particolare, gli strumenti elaborati dalla IFC e dalla MIGA hanno rafforzato la propria centralità nel supporto ai capitali privati.

Inoltre, hanno assunto una nuova rilevanza i finanziamenti da parte dell’IDA, i quali sono aumentati di oltre il 25% nel 2018 e del 10% nel 2019 rispetto alla precedente annualità in rassegna. L’Associazione, infatti, aveva finalizzato il proprio 18° *replenishment* con risultati *record*, canalizzando risorse per il finanziamento dei propri programmi di sviluppo per circa 80 miliardi USD. Tale *trend* sembra addirittura incrementare: nell’ambito del 19° *replenishment*, infatti, l’IDA ha raccolto capitali per 82 miliardi USD, incrementando del 3% circa i “progetti” finanziabili nel triennio 2021-2023. Ciò consentirà di rafforzare il sostegno dell’Organizzazione alla creazione di posti di lavoro, alla trasformazione economica, al buon governo e ad affrontare le sfide poste dal cambiamento climatico, dalla disuguaglianza di genere e dalle situazioni di fragilità, conflitto e violenza, nelle

⁷⁵ Cfr. MIGA, *Infinity Benban Park Solar Energy S.A.E.*, 13961, reso pubblico il 10 agosto 2017, consultabile nel sito www.miga.org. Tale progetto prevede la prestazione di una garanzia dal valore di 2.25 milioni USD a favore di *ib vogt GmbH*, una società di nazionalità tedesca, che si aggiungono agli oltre 140 milioni USD garantiti dalla MIGA nell’ambito del programma *Feed in Tariff* dell’Egitto per lo sviluppo di un settore elettrico sostenibile e diversificato dal punto di vista ambientale.

⁷⁶ Secondo il rapporto relativo all’anno fiscale 2018, tra il 1° luglio 2017 e il 30 giugno 2018 il Centro ha amministrato 279 casi, il più alto numero di casi amministrati in un anno. Cfr. ICSID, *ICSID Annual Report 2018*, 2018, consultabile nel sito icsid.worldbank.org.

⁷⁷ Nel corso degli anni solari 2018-2018 i tribunali arbitrali ICSID hanno emesso le proprie decisioni in 48 diversi procedimenti, tra cui il caso *Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/15/28), il cui lodo finale è stato emesso il 24 aprile 2019 e in cui la ricorrente era una società italiana. Il lodo in oggetto, così come le altre decisioni e lo stato dei procedimenti pendenti, sono consultabili nel sito icsid.worldbank.org.

⁷⁸ Si veda la rassegna relativa all’anno 2017 in questa *Rivista*, 2018, 507-519.

aree più povere del mondo, con una particolare attenzione all'area del Sahel, alla regione del Lago Ciad e al Corno d'Africa⁷⁹.

DOMENICO PAUCIULO, CLAUDIA CARDELLI

⁷⁹ Cfr. IDA, *Report of the Executive Directors of the International Development Association to the Board of Governors. Additions to IDA Resources: Nineteenth Replenishment. IDA19: Ten Years to 2030: Growth, People, Resilience*, 11 Febbraio 2020, consultabile nel sito documents.worldbank.org.

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

GIUSEPPE NESI – Ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Trento.
LUCA POLTRONIERI ROSSETTI – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.
GIULIO BARTOLINI – Associato di Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma Tre.
FIAMMETTA BORGIA – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

VALENTINA ZAMBRANO – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università Niccolò Cusano.

Per la sezione *Osservatorio europeo*:

ANTONINO ALÌ – Associato di Diritto internazionale – Università degli Studi di Trento.
ALESSANDRO PERFETTI – Dottore di ricerca in Istituzioni internazionali, sovranazionali ed europee – Università degli Studi di Teramo.

Per la sezione *Note e Commenti*:

PIERO PENNETTA – Ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Salerno.
FRANCESCA GRAZIANI – Associata di Diritto internazionale – Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

Per la sezione *Rassegne*:

DOMENICO PAUCIUOLO – Professore a contratto di Diritto internazionale – SSML Carlo Bo, Firenze.
CLAUDIA CARDELLI – Dottore in Giurisprudenza – LUISS Guido Carli, Roma.

Direzione e Redazione

PALAZZETTO DI VENEZIA – ROMA, VIA DI SAN MARCO, 3 – Tel. 066920781 – Fax 066789102

*Le opinioni espresse negli articoli non impegnano la Rivista,
che ne lascia la piena responsabilità ai relativi autori.*

È vietata la riproduzione degli articoli.

La citazione di qualsiasi brano della Rivista è consentita a condizione che ne sia indicata la fonte.

**I lavori pubblicati in questa Rivista – con l'esclusione delle rassegne sulle attività
delle organizzazioni internazionali – sono sottoposti a valutazione di revisori anonimi.**

**La Comunità Internazionale è presente in Academia.edu, ACNP,
Dialnet, DO.GI., ESSPER e Google Scholar**

PREZZI DI VENDITA

Abbonamento 2020: Italia Euro 130,00 – Estero Euro 280,00
Annate arretrate: valgono gli stessi prezzi

La Rivista viene inviata gratuitamente ai soci ordinari della
Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale
se in regola con il versamento della quota sociale.

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti presso la
EDITORIALE SCIENTIFICA S.r.l. – Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
Tel. 081.5800459
www.editorialescientifica.com e-mail: info@editorialescientifica.com
c/c postale n. 10543809

Associato all'Unione Stampa Periodica Italiana

Iscritta il 17.4.1952 al n. 2682 del Registro della Stampa del Tribunale di Roma
Stampa: Vulcanica S.r.l. - Nola (NA)

AGLI ABBONATI: I reclami per i fascicoli non ricevuti devono pervenire entro e non oltre 15 giorni dalla ricezione dei fascicoli successivi. Contrariamente la casa editrice si riserva di evadere la richiesta addebitando il prezzo dei fascicoli reclamati.

Gli abbonamenti che non saranno disdetti entro il 30 novembre di ciascun anno saranno tacitamente rinnovati e fatturati a gennaio dell'anno successivo.

Imprimé à taxe réduite
Taxe perçue Tassa riscossa/ordinario
Napoli - Italia

Spedizione in abbonamento postale
45% - art. 2, comma 20/b L. 662/96
Filiale di Napoli

Finito di stampare nel mese di settembre 2020