

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVI

3

2021



TRIMESTRALE DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INTERVENTI

Georg Nolte, Parliamentary Authorization and Judicial Control of Deployments of Armed Forces Abroad – Constitutional Developments in Germany with a View to the Situation in Italy

Nicola Acocella, La scuola: acquisizione di un patrimonio culturale dato o sviluppo di nuove cognizioni, valori e modelli di comportamento? (Parte I)

ARTICOLI E SAGGI

Ugo Villani, Le Nazioni Unite tra crisi del multilateralismo e istanze di democratizzazione

Vasilka Sancin, Marko Krajnc, The Elusive Notion of 'Peoples' in the Context of Post-Colonial Self-Determination Claims: The Case of Nagorno-Karabakh

OSSERVATORIO EUROPEO

Luigimaria Riccardi, The Main Factors Affecting the Role of the European Union Within Other International Organizations and Entities in the Light of the Current Practice

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

Alessandra Sardu, CEDU, ripudio e ordine pubblico nella recente giurisprudenza della Cassazione

NOTE E COMMENTI

Eduardo Savarese, Immunity of Heads of State from Arrest and State Cooperation: The Development of the ICC Argumentative Approach Under Article 87 of the Rome Statute in the *Al-Bashir* Case

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: GIANLUCA ALBERINI; SEBASTIANO CARDI; SANDRO DE
BERNARDIN; STAFFAN DE MISTURA; MARCO FORLANI; MANLIO FRIGO; GIORGIO
GAJA; FRANCESCO MARIA GRECO; CESARE IMBRIANI; FRANCO LOCATELLI; CARLO
MAGRASSI; SERGIO MARCHISIO; GIORGIO MARRAPODI; GIAMPIERO MASSOLO;
FABIO MIGLIORINI; ENZO MOAVERO MILANESI; FERDINANDO NELLI FEROCI;
CARLO MARIA OLIVA; ALESSANDRO ORTIS; CESARE MARIA RAGAGLINI; STEFANO
RONCA; PIETRO SEBASTIANI; MASSIMO SGRELLI; ERSILIAGRAZIA SPATAFORA;
STEFANO STEFANINI; ATTILA TANZI; PASQUALE TERRACCIANO; GIULIO TERZI
di SANT'AGATA; ANDREA TIRITICO; MICHELE VALENSISE; MICHELE VELLANO;
Collegio dei revisori dei conti: LUCILLA AMATI; MARCO BUTTARELLI; 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 CARACCILOLO (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 NASCIMBENE (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); GIANPAOLO MARIA RUOTOLO (Università
degli Studi di Foggia); 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, FRANCESCO CHERUBINI, EMANUELE
CIMIOTTA, LUIGI D'ETTORRE, FEDERICO DI DARIO, MARTINA DI LOLLO, CLAUDIO
DI TURI, GUERINO FARES, ELENA FASOLI, ANNALISA GERACI, MARIO GERVASI,
GIUSEPPE GIOFFREDI, FRANCESCA GRAZIANI, EGERIA NALIN, GIUSEPPE PASCALE,
DOMENICO PAUCIUOLO, NICOLA RUCCIA, ELISA TINO, FRANCESCA VACCARELLI,
ROBERTO VIRZO, MARIA VITTORIA ZECCA.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVI

2021

N. 3

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

INTERVENTI

- GEORG NOLTE – Parliamentary Authorization and Judicial Control of Deployments of Armed Forces Abroad – Constitutional Developments in Germany with a View to the Situation in Italy429
- NICOLA ACOCELLA – La scuola: acquisizione di un patrimonio culturale dato o sviluppo di nuove cognizioni, valori e modelli di comportamento? (Parte I)445

ARTICOLI E SAGGI

- UGO VILLANI – Le Nazioni Unite tra crisi del multilateralismo e istanze di democratizzazione473
- VASILKA SANCIN, MARKO KRAJNC – The Elusive Notion of ‘Peoples’ in the Context of Post-Colonial Self-Determination Claims: The Case of Nagorno-Karabakh493

OSSERVATORIO EUROPEO

- LUIGIMARIA RICCARDI – The Main Factors Affecting the Role of the European Union Within Other International Organizations and Entities in the Light of the Current Practice ...521

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- ALESSANDRA SARDU – CEDU, ripudio e ordine pubblico nella recente giurisprudenza della Cassazione551

NOTE E COMMENTI

- EDUARDO SAVARESE – Immunity of Heads of State from Arrest and State Cooperation: The Development of the ICC Argumentative Approach Under Article 87 of the Rome Statute in the *Al-Bashir* Case579

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Consiglio di sicurezza (ottobre-dicembre 2020), p. 611

1. Considerazioni introduttive, p. 611; 2. Il rinnovo dei mandati delle *peacekeeping operations*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi, p. 611; 3. Il rinnovo dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui, p. 612; 4. La Libia, la tratta di esseri umani e il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, p. 612; 5. Il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, p. 613; 6. L'azione di *peacebuilding* e di sostegno alla pace delle Nazioni Unite, p. 613; 7. La situazione in Somalia: lotta alla pirateria, misure sanzionatorie e rinnovo dei mandati di taluni meccanismi, p. 613; 8. Misure per contrastare le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali derivanti dagli atti terroristici, p. 614.

Luigi D'Ettorre

RECENSIONI

- G. PERONI, *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. xv-406 (Gianpaolo Maria Ruotolo), p. 617.
- A. FRANCIA, L. TRAPASSI, *I rapporti giuridici fra lo Stato e la Chiesa in Germania. Lineamenti di diritto ecclesiastico*, con il contributo di P. Parolin e C. Mirabelli, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 190 (Lorenzo Mesini), p. 619.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVI

2021

N. 3

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

INTERVENTIONS

- GEORG NOLTE – Parliamentary Authorization and Judicial Control of Deployments of Armed Forces Abroad – Constitutional Developments in Germany with a View to the Situation in Italy429
- NICOLA ACOCELLA – The School: Acquisition of a Given Cultural Heritage or Development of New Knowledge, Values and Models of Behavior? (Part I)445

ARTICLES AND ESSAYS

- UGO VILLANI – The United Nations between the Crisis of Multilateralism and Demands of Democratization473
- VASILKA SANCIN, MARKO KRAJNC – The Elusive Notion of ‘Peoples’ in the Context of Post-Colonial Self-Determination Claims: The Case of Nagorno-Karabakh493

EUROPEAN OBSERVATORY

- LUIGIMARIA RICCARDI – The Main Factors Affecting the Role of the European Union Within Other International Organizations and Entities in the Light of Current Practice521

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

- ALESSANDRA SARDU – ECHR, Repudiation and Public Order in the Recent Judgments of the Italian Supreme Court551

NOTES AND COMMENTS

- EDUARDO SAVARESE – Immunity of Heads of State from Arrest and State Cooperation: The Development of the ICC Argumentative Approach Under Article 87 of the Rome Statute in the *Al-Bashir* Case579

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

United Nations

Security Council (October-December 2020), p. 611

1. Preliminary remarks, p. 611 2. The renewal of the mandates of peacekeeping operations, of observatory missions and other mechanisms, p. 611; 3. The renewal of the mandates of the mechanisms established under Chapter VII of the Charter, of the authorizations to multinational forces and of the sanctions imposed against States, other bodies and individuals, p. 612; 4. Libya, trafficking in human beings and the maintenance of international peace and security, p. 612; 5. The maintenance of international peace and security, p. 613; 6. United Nations *peacebuilding* and peace support action, p. 613; 7. The situation in Somalia: the fight against piracy, sanction measures and the renewal of the mandates of some mechanisms, p. 613; 9. Measures to tackle threats to international peace and security from terrorist acts, p. 614.

Luigi D'Ettorre

REVIEW OF BOOKS

- G. PERONI, *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. xv-406 (*Gianpaolo Maria Ruotolo*), p. 617.
- A. FRANCIA, L. TRAPASSI, *I rapporti giuridici fra lo Stato e la Chiesa in Germania. Lineamenti di diritto ecclesiastico*, con il contributo di P. Parolin e C. Mirabelli, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 190 (*Lorenzo Mesini*), p. 619.

INTERVENTI

PARLIAMENTARY AUTHORIZATION AND JUDICIAL CONTROL OF DEPLOYMENTS OF ARMED FORCES ABROAD – CONSTITUTIONAL DEVELOPMENTS IN GERMANY WITH A VIEW TO THE SITUATION IN ITALY¹

GEORG NOLTE

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Italian and the German Constitutions. – 3. Parliamentary Authorization. – 4. Judicial Control. – 5. Conclusion.

1. Significant areas of constitutional law have become subject to international supervision and even judicial control, foremost with respect to fundamental and human rights. Other areas of constitutional law remain less affected by international law. The rules concerning the deployment of armed forces abroad raise important questions of international legal significance today. Here, Germany and Italy have much in common, but they also display significant differences.

The present article consists of three parts: The first is a short summary of what the Italian and the German constitutions say about the deployment of armed forces abroad. The second part deals with the requirement of parliamentary authorization for the deployment of armed forces abroad. The focus will be on certain difficulties for international cooperation which may arise therefrom and on a recent

¹ Based on a presentation which the author gave at the Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI) in Rome on 20 February 2020 in his capacity as Professor of Law at Humboldt University, Berlin.

This article is dedicated to Giorgio Gaja, Professor emeritus at the University of Firenze and Judge emeritus of the International Court of Justice, with deep respect and gratitude.

The author also wishes to acknowledge the advice given by Jörg Luther† of *Università del Piemonte Orientale* during the preparation of the original presentation. His lifelong kindness and generosity will always be remembered.

Finally, the author wishes to thank Ms. Klara Fröhlich, Humboldt University Berlin, for her excellent technical and editorial support during the preparation of the final version of this contribution.

attempt to address them. The third part finally addresses the question of judicial control of decisions regarding the deployment of armed forces abroad. Here, the focus will be on the question of how far judicial control should go. European Union law is not addressed.

2. The Italian and the German constitutions explicitly address troop deployments abroad only to a limited extent: the Italian constitution merely deals with the case of declaring a state of war², the German constitution only deals with the case of “defense”³. Accordingly, both constitutions only speak of a limited role of parliament in the decision to deploy troops abroad: the Italian constitution requires parliament to determine the state of war, to be declared by the President of the Republic⁴, the German constitution requires a “determination” by parliament that a “case of defense” actually exists⁵. Both constitutions assign the power to command the troops to a specific organ: in Italy to the President of the Republic⁶, in Germany to the Minister of Defense or the Chancellor⁷.

To that extent, the texts of the Italian and the German constitutions follow a classic pre-World War II model which thinks in terms of an existential decision on “war or peace”. But both constitutions also have a more modern dimension: the Italian constitution provides that “Italy rejects war as an instrument of aggression”⁸. The German constitution declares acts which prepare aggression to be unconstitutional⁹. Both constitutions provide for an elevated rank to the general rules of international law, which include the rules on the prohibition on the use of force¹⁰. And, finally, both constitutions encourage the State to agree to limitations of its sovereignty in the interest of securing world peace¹¹. All these provisions represent specific post-World War II conclusions which channel the use of armed forces abroad, but which do not themselves provide for rules regarding the decision-making in such cases.

² Article 78 in conjunction with Article 87 Costituzione della Repubblica Italiana (Cost.).

³ Article 115a, 87a (2) Grundgesetz (GG).

⁴ Article 87 (9) Cost.

⁵ Article 115a GG.

⁶ Article 87 (9) Cost.

⁷ Article 65a and 115b GG.

⁸ Article 11 Cost.

⁹ Article 26 GG.

¹⁰ Article 10 (1) Cost.; Article 25 GG.

¹¹ Article 11 Cost.; Article 24 GG.

The provisions in the constitutions, however, do not provide a full picture. Today, constitutional practice and interpretation, the *costituzione materiale*, have created a further dimension which makes the texts of both constitutions appear in a different light.

3. Starting with the requirement of parliamentary authorization: twenty years ago, a collective research project on European Military Law Systems contained a chapter on Italy written by the regretted Professor Jörg Luther from the *Università del Piemonte Orientale*¹². Luther described a theoretically complicated, but practically well-working situation under Italian law No. 25 of 1997¹³. This law required parliament to authorize deployments of armed forces abroad not only in cases of a state of war, but also in most other cases¹⁴. Today, Law No. 145 of 2016 on Italian participation in ‘international missions’ regulates this question comprehensively¹⁵. This law has replaced the previous – not always uniform – practice of parliamentary involvement¹⁶. The Chambers must adopt a decision to authorize deployments for ‘international missions’ beyond the cases of state of war, themselves and beforehand. The same law requires the Italian government to explain certain factual and legal parameters as a basis for the approval process¹⁷. This increased the focus on parliamentary

¹² J. LUTHER, *Military Law in Italy*, in G. NOLTE (ed.), *European Military Law Systems*, Berlin, 2003, 427-516.

¹³ Legge n. 25, 18 February 1997 ‘Attribuzioni di Ministro della difesa, ristrutturazione dei vertici delle Forze armate e dell’ Amministrazione delle difesa’.

¹⁴ J. LUTHER, *Military Law in Italy*, cit., 450 ss.

¹⁵ Legge n. 145, 21 July 2016 ‘Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali’.

¹⁶ F. COTTICCHIA, N. MORO, *Peaceful legislatures? Parliaments and military interventions after the Cold War. Insights from Germany and Italy*, in *International Relations*, 2020, 488; F. COTTICCHIA, V. VIGNOLI, *Italian Political Parties and Military Operations: An Empirical Analysis on Voting Patterns*, in *Government and Opposition*, 2020, 460 s.; C. FOCARELLI, *International Law*, Cheltenham-Northampton, 2019, 577; N. RONZITTI, *La legge italiana sulle missioni internazionali*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, 482 s., with an overview on Italy’s practice before 2016 in note 11; F. DI CAMILLO, P. TESSARI, *Italian Missions Abroad: National Interests and Procedural Practice*, IAI Working Papers 1307, 2013, 3 ss.; W. WAGNER, D. PETERS, C. GLAHN, *Parliamentary War Powers Around the World, 1989-2004. A New Dataset*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Occasional Paper No. 22, 2010, 63 ss.; J. LUTHER, *Military Law in Italy*, cit., 452; At times, a parliamentary debate and resolution preceded the deployment of armed forces abroad. But often parliament was called only subsequently to approve a mission on the occasion of converting into law the governmental “decreto legge” on its financing.

¹⁷ C. FOCARELLI, *International Law*, cit., 577 s.; D. CABRAS, *I poteri di indirizzo e controllo del parlamento sulle missioni internazionali dopo la legge 21 luglio 2016, n. 145*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2017; N. RONZITTI, *La legge italiana sulle*

participation in the process of deploying troops abroad and, in particular, ensured that international missions could no longer be deployed without parliamentary approval¹⁸.

At first sight, the situation in Germany is similar. Today, every decision to deploy German forces for an armed operation is taken according to a law of 2005 on “Parliamentary participation in the decision to deploy armed forces abroad”¹⁹. This law requires a parliamentary authorization for each deployment in which the armed forces may have to make use of their arms. The law also requires the government to explain certain factual and legal parameters as a basis for the approval process²⁰.

The difference between the two countries lies deeper, both politically and legally. This difference can be seen when looking at the most recent efforts in Germany to amend the law of 2005. In 2013, the governing parties agreed to explore the possibility of amending the law²¹. The trigger for their initiative was the creation of more and more multinational military units in the context of NATO. Such multinational military units are designed to operate in a composite way in combat situations. A classic example is the NATO “Airborne Early Warning and Control System”, AWACS. This system consists of aircraft which have powerful reconnaissance capabilities.

In 2013, it was argued that the effectiveness of such multinational units would be endangered if the German parliament would have to authorize each of their specific military operations in advance²². This

missioni internazionali, cit., 2017, 474-495; ID, *Missioni all'estero. Arriva la legge*, in *Affarinternazionali*, 10 January 2017, <https://www.affarinternazionali.it>.

¹⁸ N. RONZITTI, *La legge italiana sulle missioni internazionali*, cit., 2017, 474-495; ID, *Missioni all'estero. Arriva la legge*, cit.

¹⁹ Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz), 18 March 2005, BGBl. I, 775.

²⁰ §§ 2 and 3 Parlamentsbeteiligungsgesetz.

²¹ C. GUTMANN, *Fortschreitende Militärkooperationen. Neue Herausforderungen für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt*, Tübingen, 2020, 196-250; F. ARNDT, *Gesicherte Verfügbarkeit multilateraler Verbundfähigkeiten und Integrationsverantwortung – Zur Parlamentsbeteiligung im Kontext verstärkter Multinationalität und Integration*, in S. KIELMANSEGG, H. KRIEGER, S. SOHM (eds.), *Multinationalität und Integration im militärischen Bereich*, Baden-Baden, 2018, 105-117; U. VON KRAUSE, *Das Parlament und die Bundeswehr. Zur Diskussion über die Zustimmung des Deutschen Bundestages zu Auslandseinsätzen*, Wiesbaden, 2015, 26 ss.

²² E. BROSE, *Parlamentsarmee und Bündnisfähigkeit*, SWP-Studie 18/2013, in particular 11; on criticism already voiced before 2013 see D. WIEFELSPÜTZ, *Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte und der Bundestag: Ist eine Reform geboten?*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2008, 212 ss.

concern resulted from two cases in 2011 in which German soldiers had been withdrawn from operations of the AWACS system, one in the context of the operation *Unified Protector* in Libya, the other in the context of the ISAF operation in Afghanistan²³. These cases raised the concern that multinational units might not be reliable if German soldiers could not continue to play their part when the need arose.

But why did the German parliament not simply change and adapt the law to current circumstances, just as the Italian legislator did by enacting Law No. 145 of 2016? This is because, in Germany, a specific historical, political, and constitutional background evokes continuing concerns:

The original source of all concerns is, of course, the aggression by Nazi Germany against Poland and many other countries which resulted in the Second World War and in countless atrocities. In 1949, the new constitution of the Federal Republic, the *Grundgesetz*, did not envisage armed forces, due to allied reservations²⁴. At the time, the widespread pacifist mood and a “without me” feeling would have made the re-establishment of German armed forces politically very difficult anyhow. The *Grundgesetz* originally only envisaged the Federal Republic joining collective security systems – without mentioning their possible military dimension²⁵. It was only after the plan of a European Defense Community had failed that the *Grundgesetz* was amended to enable the creation of West-German armed forces for the purpose of self-defense²⁶. Until the end of the Cold War, the *Bundeswehr* remained an element of the NATO forces only for the purpose of defending against possible attacks by forces of the Warsaw Pact. In contrast to Italy and some other NATO States²⁷, German forces were never deployed, up to that point, for UN missions or other purposes.

²³ C. GUTMANN, *Fortschreitende Militärkooperationen*, cit., 4, 157 s., 168 ss.; ID, *Parlamentsbeteiligung in anderen NATO- und EU-Staaten angesichts verstärkter Multinationalität und Integration*, in S. KIELMANSEGG, H. KRIEGER, S. SOHM (eds.), *Multinationalität und Integration im militärischen Bereich*, Baden-Baden, 2018, 137 s.; U. VON KRAUSE, *Das Parlament und die Bundeswehr*, cit., E. BROSE, *Parlamentsarmee und Bündnisfähigkeit*, cit., 5.

²⁴ M. BALDUS, S. MÜLLER-FRANKEN, in H. VON MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (eds.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3, München, 2018, § 87a para 1 ss.

²⁵ Article 24 (2) GG.

²⁶ In particular Article 87a GG.

²⁷ E. BRISSA, *Die italienischen Streitkräfte und ihr internationales Engagement*, 2005, 97-112.

So, when the question came up in the early nineties whether Germany could contribute forces for UN authorized operations in the former Yugoslavia and in Somalia, the first problem was whether the country would have to change its constitution for that purpose²⁸. The German Constitutional Court, in a Solomonic judgment in 1994, was able to resolve the political and legal tensions. The Court declared, on the one hand, that the constitution does enable the participation of German forces in non-self-defense missions within collective security systems. But the Court also required, on the other hand, that every deployment of armed forces abroad needed to be specifically authorized by parliament²⁹. So, the government side received a green light for troop deployments abroad for collective security purposes, and the opposition received a guarantee that every decision on troop deployment would be subject to parliamentary consent and public scrutiny. The legal reasoning by which the Court had arrived at this result raised serious questions³⁰, but the judgment was soon widely accepted, in the political and the legal world alike.

It is important to keep this background in mind when comparing the German situation with that of Italy and other European countries. In Germany, the requirement of parliamentary authorization for troop deployments abroad is the result of a judicial decision, and not one of constitutional legislation or constitutional practice, as in Italy and other European countries. It is true that the German Constitutional Court, in its judgment of 1994, suggested that parliament pass a law on the parliamentary participation in troop deployments³¹, which eventually happened in 2005³². But this law is to a large extent the translation of a judicial understanding of constitutional requirements into legislative language.

The 2013 initiative to reform the 2005 law on “Parliamentary participation in the decision to deploy armed forces abroad” is an example for the limited legal space, and the limited political will in Germany to move beyond what the Constitutional Court has decided.

²⁸ J.A. FROWEIN, T. STEIN (eds.), *Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen*, Berlin, 1990.

²⁹ BVerfGE 90, 286.

³⁰ G. ROELLECKE, *Bewaffnete Auslandseinsätze – Krieg, Aussenpolitik oder Innenpolitik*, in *Der Staat*, 1995, 423 ss.; G. NOLTE, *Bundeswehreinsätze in kollektiven Sicherheitssystemen. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1994, 673 ss.

³¹ BVerfGE 90, 286 (at the very end, 4a).

³² See note 18.

In 2014, the Bundestag established a special committee, under the Chairmanship of Mr. *Volker Rühe*, a former minister of defense (so called *Rühe* Commission)³³. Its task was to review the relevant developments in international organizations and in other countries. Specifically, the committee was tasked with looking at composite multinational military units and to make legislative reform proposals.

A reform, however, would have required a willingness of the governing coalition to run the risk that any new legislation would be challenged by opposition parties before the Constitutional Court. In the case of the *Rühe* Commission, the major constitutional question was how far parliament could authorize the operation of a composite multinational unit in advance, without knowing the specific situation in which such a unit would operate. The arguments consisted in the following: on the one side were those who said that the constitutional requirement of a parliamentary authorization for each military operation excluded “blanket authorizations” (“Vorratsbeschlüsse”), that is general authorizations for situations in which it was not clear yet how the military unit was to be used³⁴. Otherwise, the principle of parliamentary responsibility would be subverted. On the other side were those who said that the authorization of every military operation contained an element of prognosis and uncertainty, and that this should be dealt with on a pragmatic basis³⁵. The mode of operation of composite multinational units was usually more predetermined and limited than that of other units, as shown by the AWACS example. And the multinational nature of such units significantly reduced the danger of uncontrolled military escalation. Those voices argued that the law should be amended so that Germany’s allies could be more confident that the Federal Republic would be meeting the expectations it had created by agreeing to establish composite multinational military units³⁶.

³³ Abschlussbericht der Kommission, BT-Drs. 18/5000 (disponibile online).

³⁴ See e.g. F. ARNDT, *Gesicherte Verfügbarkeit multilateraler Verbundfähigkeiten*, cit., 111; P. SCHERRER, *Das Parlament und sein Heer*, Berlin, 2010, 264 ss. (with further evidence).

³⁵ See e.g. C. GUTMANN, *Fortschreitende Militärkooperationen*, cit., 251 (with further evidence), 252-282; ID, *Parlamentsbeteiligung in anderen NATO- und EU-Staaten*, cit., 140 s.

³⁶ In this context it was mentioned that other European countries, such as Italy, do accept that the parliamentary authorization for soldiers to participate in multinational AWACS operations can be abstract, C. GUTMANN, *Parlamentsbeteiligung in anderen NATO- und EU-Staaten*, cit., 133 ss.

But the *Rühe* Commission never really explored the constitutionally permissible range of broadly formulated authorizations. The Chair rather pushed for a “political approach”. By this he meant that the confidence of Germany’s allies in the Federal Republic eventually authorizing the operation of multinational units should be reinforced by a legislative obligation of the Federal government to submit an annual report to the *Bundestag*³⁷. This report would be on the character and the possible uses of multinational military units to which Germany contributed – as it is the case in Italy pursuant to law No. 145 of 2016. Such a political approach certainly minimized the risk of a challenge before the Constitutional Court. The Commission agreed to follow the political approach of its Chair and adopted a limited range of proposals which clarified and confirmed the *status quo*. Ultimately, however, even those proposals failed to become law after an effort in parliament to further amend the proposals of the Commission led one of the parties in government to lose interest in the project in 2015.

What can we make of this experience, a successful legislative reform in Italy in 2016, on the one hand, and a failed legislative reform in Germany in 2015, on the other? Both cases should be seen within the larger context of relevant constitutional developments in European States. Different European States have a broad range of different rules regarding parliamentary participation³⁸. Some authors say that there is a trend towards greater parliamentary participation. They can point to constitutional changes or practices, particularly in France and the United Kingdom, both countries with a strong tradition of executive prerogative. However, a glance at the development in some Eastern European countries speaks against the assumption of a trend. In Eastern Europe, constitutions have, to the contrary, been amended, in the context of NATO accession, to relax previously stricter rules regarding parliamentary participation³⁹.

From a German perspective, the constitutional practice of other European countries, such as Italy, suggests that questions regarding the parliamentary participation in the decision to deploy armed forces

³⁷ § 9 ParlBG-E; in sympathy with the proposal e.g. F. ARNDT, *Gesicherte Verfügbarkeit multilateraler Verbundfähigkeiten*, cit., 110 ss., 117 s.; with doubt C. GUTMANN, *Fortschreitende Militärkooperationen*, cit., 203; U. VON KRAUSE, *Das Parlament und die Bundeswehr*, cit., 39.

³⁸ See C. GUTMANN, *Parlamentsbeteiligung in anderen NATO- und EU-Staaten*, cit. 119-142.

³⁹ C. GUTMANN, op. cit., 123 ss.

abroad in cases which do not concern “war or peace” should be approached with pragmatism. From an Italian perspective, the conclusions to be drawn from the German practice depend, I suspect, on how far such questions should be reviewed by the Constitutional Court.

4. So far, the Italian judiciary has only played a very limited role with respect to troop deployments abroad. I am not aware of a case in which Italian courts were requested to determine whether a specific operation was properly authorized by parliament, or whether a specific operation was legal under the constitution or under international law.

Not so in Germany. Since its judgment of 1994, the German Constitutional Court has decided, quite a few such cases. Most of these cases were brought by way of a special procedure, *Organstreitverfahren*, also called *Organklage*. Like *conflitto di attribuzione* in Italy⁴⁰, *Organklage* gives certain state organs the possibility to defend their rights against other state organs. In Germany, this procedure includes a possibility for minority political groups in parliament to assert not only their own rights, as opposition, but also the rights of parliament as a whole in cases in which the parliamentary majority does not exercise the rights or responsibilities of parliament as a whole⁴¹. This special aspect of *Organklage* is used when opposition groups in parliament ask the Court to find that a troop deployment was ordered without the necessary parliamentary authorization.

One example is “Operation Pegasus” by which German forces conducted an evacuation operation in Libya in 2011. An opposition party claimed that, since the operation had not been authorized by parliament, the rights and responsibilities of parliament as a whole had been violated. The government claimed that this had been a case of urgency in which no authorization was required. The Court found that the government had indeed been entitled to act urgently without parliamentary authorization. However, it also found that the government was obliged to inform and involve parliament as soon as possible after the fact⁴². In another case, the Court found that the go-

⁴⁰ G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, 535 ss.

⁴¹ H. BETHGE, in T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München, 2020, § 63 para. 52; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München, 2019, § 63 para. 12.

⁴² BVerfGE 140, 160 = BVerfG, Judgment of the Second Senate of 23 September 2015 – 2 BvE 6/11 –, http://www.bverfg.de/es/20150923_2bve000611en.html.

vernment had violated the rights of parliament in 2003 by letting German soldiers continue to serve in NATO AWACS planes, when these planes continued to survey Iraqi airspace from Turkish airspace in the tension-filled weeks before the US-led attack against Iraq. According to the Court, the continuation of what was normally a routine activity required a specific parliamentary authorization in such a situation of inter-State tensions⁴³. Such cases have created a line of jurisprudence which specifies the conditions under which parliament must authorize troop deployments abroad. And it is this jurisprudence which limits the space for ordinary legislation to flesh out the role of parliament flexibly.

The jurisprudence of the German Constitutional Court regarding troop deployments abroad which results from *Organklage* seems to have no parallel in other European countries. Other countries are content to develop the right of parliamentary participation by way of constitutional amendment, ordinary legislation, or legislative practice. However, the *Corte Costituzionale* has rather recently rendered a decision in which it has given an overview over the qualification *potere dello stato*⁴⁴. In this decision it seems to have indicated the possibility – albeit in special circumstances – of extending the scope of the procedure of *conflitto di attribuzione* to single members of parliament⁴⁵. So, perhaps the most recent jurisprudence of the German Constitutional Court may be, or become, interesting for Italy as well.

On 17 September 2019, the German Constitutional Court has rendered a decision on the permissibility of deploying German troops to support the multinational military operation “Counter Daesh” in Syria⁴⁶. A group of opposition Members of Parliament from the party “The Left” had applied to the Court. They alleged that the right of parliament had been violated by the deployment, in 2014, of German troops to assist in “Operation Counter Daesh” by conducting reconnaissance flights over northern Syria. Since the German parliament had authorized this deployment by a majority vote it was difficult for

⁴³ BVerfGE 121, 135 = BVerfG, Judgment of the Second Senate of 7 May 2008 – 2 BvE 1/03 –, http://www.bverfg.de/e/es20080507_2bve000103en.html.

⁴⁴ Ordinanza della Corte Costituzionale, n. 17 del 2019 and subsequent ord. n. 274 and ord. n. 275 del 2019 and ord. n. 60 del 2020.

⁴⁵ G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 561 s.; E. CHELI, *L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 17 del 2019: molte novità ed un dubbio*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, 430.

⁴⁶ BVerfG, Order of the Second Senate of 17 September 2019 – 2 BvE 2/16 –, http://www.bverfg.de/e/es20190917_2bve000216en.html.

the opposition MPs to argue that the right of parliament to authorize this specific deployment had been violated. So, they also made a more general argument: They alleged that the right of self-defense under the UN-Charter did not cover the operation “Counter Daesh”. Since the German constitution required Germany to act within the framework of the UN collective security system, they argued, this troop deployment was constitutionally *ultra vires* because it violated rules of international law which the constitution had incorporated.

The Constitutional Court took this argument very seriously. However, it ultimately concluded that no violation of the constitution had occurred. The reasoning of the Court was roughly as follows: The Court stated that a deployment of German troops is impermissible, even if it had been authorized by parliament, if it is based on an interpretation of the Charter’s prohibition of the use of force that violates the purpose, the structure or the basic rules of the United Nations. Thus, the Court did not claim that it has itself the power to conclusively interpret the UN Charter in Germany for the purpose of such cases. The Court rather accords the Federal government a margin regarding the interpretation of the Charter. The Court does, however, insist on its power to determine whether the interpretation of Article 51 of the UN Charter by the government was “tenable”, or “arguable” under international law⁴⁷.

Applying this standard, the Court proceeded to a limited analysis of the Charter rules on the use of force and in particular the right of self-defense against non-State actors: “Operation Counter-Daesh”, according to the Court, does not violate the *purpose* of the UN Charter since the Security Council had “call[ed] upon Member States, in resolution 2249, “to take all necessary measures, in compliance with international law, ... on the territory under the control of ISIL also known as Da’esh, in Syria and Iraq”⁴⁸. In this connection the Court refers to a Statement of the UN Secretary-General of 2014 in which he had placed military measures of the Counter Daesh coalition in this context⁴⁹. Next, the Court emphasized that the operations against Daesh did not call into question the *structure* of the United Nations, as the States involved in “Operation Counter Daesh” did not question the

⁴⁷ Ivi, para. 46.

⁴⁸ UNSC Res 2249 (2015) UN Doc S/RES/2249.

⁴⁹ BVerfG, Order of the Second Senate of 17 September 2019, cit., para. 47; UN Secretary General ‘Remarks at the Climate Summit press conference (including comments on Syria)’ (23 September 2014), www.un.org.

primacy of the Security Council under Article 51 of the UN Charter⁵⁰. Finally, the Court found that the government, in its justification of operation “Counter Daesh”, had not gone beyond a *tenable* interpretation of the right of self-defense⁵¹. It is at this point that the judgment is most interesting for international lawyers because it reviews debates regarding the interpretation of Article 51.

The Court says that the interpretation of Article 51 has been contested since the beginning of the United Nations⁵². According to the Court, neither the text nor the object and purpose of Article 51 prevent an interpretation according to which the right of self-defense can be exercised against “territorially consolidated non-State actors”⁵³. The Court acknowledges that the jurisprudence of the International Court of Justice might suggest, to the contrary, that the right of self-defense may only be exercised against an armed attack by a State. However, the German court also notes that the ICJ had signaled a certain flexibility in its most recent relevant judgment, in 2005, in the “Armed Activities” Case (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)⁵⁴. The German court also noted that there existed serious differences of views among individual Judges, States and in the literature. The Court ultimately concludes that, for the purpose of German constitutional law, it was sufficient that the legal view of the government is *tenable*, not that it is firmly and consensually established at the international level. According to the Court, within this framework it was the responsibility of the government of whether Germany actually complied with international law.

The Counter-Daesh judgment of the German court does not claim to fully address the question whether the right of self-defense can be exercised against non-State actors. This restraint is appropriate, not only because the national constitution requires restraint. It is also appropriate because such restraint gives States, and international courts, the necessary space to determine the applicable law more specifically. The judgment of the German court does, however, provide a valuable indication of the direction in which expects international law to develop: In its reasoning, the Court mostly refers to the situation of military measures against a non-State actor that is

⁵⁰ Ivi, para. 48.

⁵¹ Ivi, para. 50.

⁵² Ivi, para. 49.

⁵³ Ivi, para. 50.

⁵⁴ Ivi, para 51; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* [2005] ICJ Rep 168, in particular para. 147.

“territorially consolidated”⁵⁵. This was the situation of Daesh from 2014-2019, and it was an exceptional situation.

Why is this choice of words by the Court relevant? This is because the Court does not directly discuss the much broader “unable or unwilling” standard that had been put forward by some States in their letters to the Security Council⁵⁶. According to this standard, the right of self-defense can be exercised on the territory of any State that is “unable or unwilling” to prevent attacks by non-State actors operating from that territory⁵⁷. The German court rather seems to have limited its reasoning to saying that it is “tenable” to argue that the right of self-defense can also be exercised against “territorially consolidated” non-State actors. This approach is a form of wise judicial self-restraint which only addresses questions which the Court must address for deciding the case. But it may also indicate a preference for only a limited broadening of the interpretation of article 51 of the UN Charter.

By addressing the question of the exercise of the right of self-defense under international law the German Constitutional Court has pushed the judicial control of such deployments to a new level. Although it has not formally changed its previous jurisprudence the Court can be understood as having sent a signal that it might go further in the future. The Green party, currently in opposition, has taken the cue. A few weeks ago, they have submitted a legislative proposal to change the Law on the Constitutional Court in order to enable the Court to do fully what it has done in a very restrained way in the Counter-Daesh decision, that is: to review the conformity of every deployment of German troops with international law, on the application of a group of opposition Members of Parliament⁵⁸.

This is a question which may one day also come up in other countries, in one procedural form or another. What would be the implications for the international legal system and international cooperation if national courts were to become more involved in the

⁵⁵ *Ivi.*, para 2.

⁵⁶ See e.g., S/2014/695 (USA); S/2015/693 (Australia).

⁵⁷ See P. STARSKI, *Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor. Birth of the “Unable or Unwilling” Standard?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2015, 455-501.

⁵⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland), BT-Drs. 19/14025 (disponibile online); see H. SAUER, *Tücken einer verfassungsgerichtlichen Legalitätskontrolle von Auslandseinsätzen*, in *Verfassungsblog*, 2020, <https://verfassungsblog.de>.

determination of the permissibility of the use of force under international law? I suspect that the effect would be ambiguous. On the one hand, it is important that the international rules concerning the prohibition of the use of force are constantly clarified, reaffirmed and taken seriously. This is particularly important at a time when many governments are reluctant to express their views regarding specific incidents, in contrast to the time of the Cold War when many governments were more outspoken. It must also be borne in mind that international courts only rarely have jurisdiction to apply the rules concerning the prohibition of the use of force. On the other hand, the application of the rules on the prohibition of the use of force is not the kind of case that national courts are used to and are well-equipped to deal with. Difficult questions of evidence typically arise, and it is not clear whether it will serve the purpose of the rules on the prohibition on the use of force if different national courts identify them differently, thereby possibly intensifying differences at the international level.

5. The “Counter-Daesh” decision is the latest in a string of decisions by which the German Constitutional Court has exercised judicial control over the deployment of German troops abroad⁵⁹, particularly with respect to the requirement of parliamentary authorization. Parliamentary authorization and judicial control are characteristic elements in this sensitive area where national experiences and identities, on the one hand, and the first purpose of the United Nations, the maintenance of international peace and security, on the other, meet.

⁵⁹ BVerfGE 90, 286; BVerfGE 108, 34 = BVerfG, Order of the Second Senate of 25 March 2003 – 2 BvQ 18/03 –, http://www.bverfg.de/e/qs20030325_2bvq001803en.html and 121, 135 = BVerfG, Judgment of the Second Senate of 7 May 2008 – 2 BvE 1/03 –, http://www.bverfg.de/e/es20080507_2bve000103en.html; BVerfGE 123, 267 = BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 – 2 BvE 2/08 –, http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html; BVerfGE 140, 160 = BVerfG, Judgment of the Second Senate of 23 September 2015 – 2 BvE 6/11 –, http://www.bverfg.de/e/es20150923_2bve000611en.html.

ABSTRACT

Parliamentary Authorization and Judicial Control of Deployments of Armed Forces Abroad – Constitutional Developments in Germany with a View to the Situation in Italy

The present article summarizes how the Italian and the German constitutions deal with the deployment of armed forces abroad, firstly addressing the requirement of parliamentary authorization for the deployment of armed forces abroad and the question of judicial control of such deployments more specifically and from a comparative point of view. Regarding the requirement of parliamentary authorization, the focus is on certain possible difficulties for international cooperation which may arise therefrom and on attempts to tackle them. The question of judicial control is discussed, in the light of judicial practice, under the perspective of how far judicial control should go.

LA SCUOLA: ACQUISIZIONE DI UN PATRIMONIO CULTURALE DATO O SVILUPPO DI NUOVE COGNIZIONI, VALORI E MODELLI DI COMPORTAMENTO? (PARTE I)

NICOLA ACOCELLA

Introduzione. - L'Enciclopedia Treccani *on line* definisce l'educazione come «il processo attraverso il quale vengono trasmessi ai bambini, o comunque a persone in via di crescita o suscettibili di modifiche nei comportamenti intellettuali e pratici, gli abiti culturali di un gruppo più o meno ampio della società». Così l'educazione diventa elemento costitutivo della personalità, contribuendo ad arricchire lo spirito, a sviluppare o migliorare le facoltà individuali, specialmente la capacità di giudizio.

Questa definizione è abbastanza ampia, anche se sembra privilegiare l'acquisizione di un patrimonio culturale dato, piuttosto che lo sviluppo di nuove cognizioni o valori e modelli di comportamento. In questa polarità fra acquisizione di cognizioni e di modelli esistenti e ricerca di nuove cognizioni e modelli risiede la principale differenza tra una concezione economicista e una visione sociale dell'educazione. La polarità può essere ricomposta se si intende la cultura come un insieme di cognizioni che vanno rielaborate in modo soggettivo e autonomo per «arricchire lo spirito, ... sviluppare o migliorare le facoltà individuali, specialmente la capacità di giudizio» – come indica la stessa Enciclopedia alla voce “cultura”.

Nei paragrafi seguenti tratteremo in dettaglio dei termini della polarità, che sono espressi, l'uno, dall'economia dominante (cosiddetta *mainstream*) – che pone la crescita del reddito come obiettivo dell'educazione (paragrafo 1) – l'altro dalla visione di Sen e Nussbaum, secondo i quali l'educazione va posta al servizio della democrazia e della crescita sociale (paragrafo 4, compreso nella Parte II di questo articolo).

Il paragrafo 2 illustra invece le classifiche OCSE-PISA, che riflettono la prima visione e che riportano dati allarmanti. Il paragrafo 3 tratteggia l'evoluzione dell'educazione in Italia, trattando fra l'altro delle indagini condotte dall'INVALSI, in particolare in merito alle capacità di lettura e comprensione da parte degli studenti italiani. Il paragrafo 5 (anch'esso nella Parte Seconda) discute la coerenza od opposizione delle due funzioni dell'educazione prima indicate e presenta le conclusioni.

1. *L'istruzione nell'economia dominante.* 1.1. *Il capitale umano, la produttività e la sua dinamica.* - La scienza economica nella corrente di pensiero dominante è legata all'idea che il prodotto di un paese dipenda dalle quantità di capitale e di lavoro utilizzate nella produzione e dal progresso tecnico. Se si guarda più attentamente al lavoro, si tratta di precisarne il contenuto. Due unità di lavoro che incorporino diverse conoscenze – e perciò abilità – sono in realtà due unità diverse. Per tener conto di ciò va abbandonata la connotazione delle pure unità di lavoro, considerate come omogenee, introducendo invece il concetto di *capitale umano*. Questo dovrebbe misurare sia, anzitutto, le conoscenze acquisite attraverso l'istruzione e la formazione professionale formale sia anche altre modalità di apprendimento informali che ricorrono nella vita quotidiana o nei posti di lavoro attraverso i contatti con la famiglia, i colleghi e il resto della società. Il capitale umano incrementa le capacità di produzione dei lavoratori ed è dunque il patrimonio di conoscenze, abilità e capacità tecniche di cui sono dotati i lavoratori. La capacità di assorbire le innovazioni e la produttività del lavoro (quindi la quantità del prodotto per lavoratore) dipendono da questo patrimonio contenuto nel capitale umano, che fa il paio con il capitale fisico (macchinari ed altro), nel quale sono incorporate diverse tecnologie, più o meno avanzate. Il capitale umano è in definitiva un motore della crescita, capace di utilizzare in modo più o meno produttivo le macchine.

Una questione rilevante è se e in che misura all'individuo convenga investire in acquisizione di conoscenze e quindi in capitale umano. Ciò dipende dal rendimento che egli si attende dall'investimento, oltre che dal costo che egli deve sostenere. Facciamo riferimento ad una decisione cruciale per molti giovani e per molte famiglie: quella relativa al prolungamento della durata della scolarizzazione oltre l'obbligo scolastico minimo stabilito dalla legge. Questo prolungamento appare senz'altro redditizio, per varie ragioni. Anzitutto,

si può mostrare che la probabilità di trovare un'occupazione aumenta al crescere degli anni di scolarizzazione, perché il *tasso di disoccupazione* (ossia il rapporto tra il numero dei disoccupati e il totale degli occupati e disoccupati) dei laureati è più basso di quello dei diplomati di scuola superiore e questo, a sua volta, è minore di quello di chi abbia soltanto un diploma di scuola media inferiore. Questo è vero non soltanto in Italia, ma anche in altri paesi. Per quanto riguarda l'Italia, valgono i dati offerti dalla seguente tabella 1¹.

Scuola elementare	Diploma scuola media	Diploma scuola sup.	Laurea	Totale
18,1	13,2	9,4	5,7	9,8

Tabella 1. Tasso di disoccupazione in Italia, per titolo di studio, 15 anni e più, Italia, 2019 (Fonte: Istat).

Una seconda ragione per prolungare la durata della scolarizzazione sta nel fatto che la retribuzione del lavoro cresce all'aumentare del livello di istruzione. Nel 2017 le persone con un'istruzione 'primaria' (scuola elementare) percepivano in Italia una retribuzione oraria di circa 12 euro. Il compenso di quelle con una istruzione secondaria (in possesso di diploma di scuola superiore) saliva a circa 14 euro e quello dei laureati a circa 19 euro. I differenziali di guadagno nel nostro paese erano inferiori a quelli dell'UE, a loro volta minori che nella media dei paesi OCSE, secondo la quale chi fosse sprovvisto di titolo di studio superiore guadagnava il 21% in meno di un diplomato di scuola secondaria superiore, mentre, a sua volta, un laureato godeva di un salario del 91% superiore a quest'ultimo. Tra i paesi con maggiori differenziali vi erano il Cile, il Messico e gli Stati Uniti (OECD, 2019: Tabella A4.1).

Le differenze sono anzitutto giustificate dall'importanza assunta dal progresso tecnico, che richiede una maggiore qualificazione, specialmente per i settori nei quali sono specializzati i paesi come l'Italia. D'altro canto, le occupazioni che richiedono mansioni di grado meno elevato sono sottoposte ad una maggiore concorrenza dei paesi emergenti, ciò che porta ad una riduzione del salario pagato per tali lavori.

Ovviamente, l'istruzione ha anche dei maggiori costi. Questo certamente tende a ridurre il beneficio netto dell'istruzione superiore, ma

¹ I dati riportati nella tabella si riferiscono al totale dei giovani. Comprensibilmente, i tassi di disoccupazione sono maggiori per gli stranieri, rispetto ai nati in Italia.

non incide in definitiva sul confronto dei rendimenti complessivi nelle diverse ipotesi di grado di istruzione.

Il capitale umano ha un rendimento *sociale* che è generalmente maggiore di quello *privato*², non soltanto per l'impatto sociale positivo sulla diffusione delle conoscenze e abilità lavorative dovute all'interazione fra colleghi con elevati livelli di istruzione. In aggiunta, la maggiore istruzione normalmente ha effetti positivi in aree quali la salute (attraverso una maggiore prevenzione), la criminalità (per la riduzione del numero di reati), la partecipazione e la coesione sociale.

Il capitale umano dei vari paesi diverge per l'effetto di numerosi fattori. L'Italia non è in buona posizione rispetto ad altri paesi, pur senz'altro meno progrediti del nostro in termini di reddito pro-capite, come la Spagna.

Come si vede, le questioni affrontate dal pensiero economico dominante non sono irrilevanti ed analizzano problemi che ognuno si trova correntemente ad affrontare nella vita (principalmente, quanto studiare, al fine di ottenere una remunerazione superiore e/o una maggiore probabilità di occupazione) e i problemi che devono porsi le autorità nell'indirizzare le persone allo studio. Questo pensiero ha ispirato la Dichiarazione di Bologna della quale ci occupiamo nel paragrafo che segue.

1.2. *La Dichiarazione di Bologna.* - Questa è la dichiarazione concordata dai Ministri europei dell'istruzione superiore intervenuti al Convegno di Bologna del giugno 1999. Più precisamente, la sua denominazione ufficiale è 'Lo spazio europeo dell'istruzione superiore' (cfr. MIUR, 2009).

Essa fa seguito a numerosi documenti, a partire dalla Magna Charta Universitatum, enunciata dall'Università di Bologna nel 1988 in occasione del novecentesimo anniversario dalla fondazione di quell'Ateneo, con la quale furono indicati "i valori di fondo della tradizione universitaria".

I principali obiettivi sono: 1. l'armonizzazione dei titoli di studio, sia per accrescere le possibilità di impiego degli studenti nel mercato europeo sia per assicurare una maggiore competitività dell'Unione Europea; 2. l'adozione di un sistema con due cicli universitari successivi principali, il primo dei quali avente la durata minima di tre anni;

² In Italia il rendimento privato è stato stimato come pari al 9%, con valori al Centro-Nord lievemente inferiori rispetto al Mezzogiorno.

3. il consolidamento del sistema dei crediti³ per una maggiore mobilità degli studenti nell'Unione; 4. la promozione della mobilità sia per studenti (e quindi la spendibilità della formazione) che per docenti attraverso l'abbattimento degli ostacoli che impediscono la libera circolazione; 5. la facilitazione dell'Apprendimento Permanente, non soltanto in gioventù, ma lungo tutto l'arco della vita (*Lifelong Learning*); 6. la valutazione della qualità dei titoli, al fine di determinare di volta in volta un riferimento per assicurare una migliore cooperazione.

Per raggiungere queste finalità (in particolare quelle di accrescere la spendibilità economica della formazione universitaria nell'ambito europeo e di utilizzare le qualifiche acquisite in un paese per svolgere un lavoro o seguire un corso di formazione in un altro, in modo da migliorare il funzionamento del mercato del lavoro europeo), si richiede che i vari Paesi: introducano un sistema articolato in tre cicli (laurea/laurea magistrale/dottorato di ricerca); rafforzino la certificazione della qualità; agevolino il riconoscimento delle qualifiche e dei periodi di studio.

Alla Dichiarazione di Bologna hanno fatto seguito molteplici prese di posizioni successive, fino agli anni più recenti. Per una valutazione della sua portata, dobbiamo riconoscere che certamente l'educazione svolge un ruolo importante per la crescita e questa, a sua volta, è utile per raggiungere le finalità delle persone. Ci si deve tuttavia chiedere se non esistano altri possibili obiettivi da assegnare all'istruzione, ugualmente o anche più utili e necessari, come quelli connessi con la finalità di assicurare il progresso della democrazia e della convivenza umana. Ce ne occuperemo nel paragrafo 4.

1.3. *Gli indicatori dell'istruzione.*- Gli indicatori del livello di istruzione sono molteplici. Al fine di valutare il contributo dell'istruzione a tutti gli obiettivi indicati e anche a quelli dei quali ci occuperemo successivamente possono non essere sufficienti dati relativi al numero medio di anni di istruzione in un paese o in una regione. È opportuno disporre di altri indicatori, tesi soprattutto a mettere in evidenza le deviazioni dai valori medi da parte di coloro che non rie-

³ I crediti (ufficialmente CFU, Crediti Formativi Universitari) derivano dal sistema ECTS (*European Credit Transfer and Accumulation System*), sviluppato a partire dal 1989 nel Programma di mobilità europeo ERASMUS e si basano sul carico di lavoro richiesto allo studente per raggiungere gli obiettivi di un corso di studi, calcolando in 60 crediti l'attività di uno studente a tempo pieno in un anno. Questo numero di crediti rappresenta in realtà un carico di lavoro abbastanza lieve, compreso tra le 25 e le 30 ore settimanali (per 36/40 settimane di studio l'anno).

scono a conseguire tali valori e restano indietro. A questo fine conviene elaborare dati sui giovani che abbandonano prematuramente gli studi, sul livello di istruzione della popolazione adulta o su coloro che abbiano scarse competenze in lettura o in materie specifiche.

Si deve peraltro riconoscere che non di rado tutti gli indicatori quantitativi possono fornire informazioni distorte sulla qualità dell'insegnamento e, quindi, dell'istruzione ricevuta, che dipende dalla capacità degli insegnanti, che andrebbe curata in modo particolare con una capillare e profonda azione di 'educazione degli educatori'. Questo aspetto sarà soprattutto in evidenza con riferimento a funzioni dell'educazione diverse e ulteriori rispetto a quella di aumentare la crescita economica. Tuttavia, anche rispetto a questa finalità relativamente ristretta, la qualità dell'istruzione – in particolare la capacità di ragionare – si può rivelare preziosa. Se la crescita dipende, insieme al progresso tecnico, dal capitale umano (oltre che dal capitale fisico), è necessario che i lavoratori dispongano della capacità di operare anche in contesti innovativi, dove non è importante tanto il bagaglio di nozioni che essi hanno ricevuto su ciò che è consolidato, quanto l'esercizio della loro capacità di ragionamento per comprendere e far funzionare al meglio anche le novità o anche semplicemente per superare le difficoltà che emergano nel processo lavorativo.

2. *Le indagini OCSE-PISA.* - L'Italia partecipa – fin dal primo ciclo – all'iniziativa nata nel 2000 per effettuare l'indagine detta 'PISA', che è l'acronimo di *Programme for International Student Assessment* (Programma per la valutazione internazionale dello studente). Questa è promossa dall'OCSE ed ha l'obiettivo di rilevare le competenze degli studenti di 15 anni di varie scuole superiori in Lettura, Matematica, Scienze e Finanza. Ciò avviene principalmente attraverso una prova sul campo con cadenza triennale. Ad ognuna partecipa un numero di studenti diverso da paese a paese, ma pari ad almeno 5.000 studenti scelti a campione in varie scuole dei paesi aderenti all'iniziativa.

Le materie oggetto delle prove sono: *Literacy* (letteralmente, alfabetizzazione) in lettura; *Literacy* matematica; *Literacy* scientifica; *Literacy in problem solving*; *Financial literacy*. Le domande proposte dai questionari PISA sono di diverso tipo: domande a scelta multipla semplice, domande a scelta multipla complessa, domande aperte a risposta univoca, domande aperte a risposta breve o articolata.

Un esempio di un test dell'ultima indagine (2018, relativo alla *literacy* in scienze), mostra una cartina geografica che indica le rotte seguite da un uccello migratore nell'autunno verso luoghi più caldi e quelle di ritorno in primavera e propone quattro possibili risposte, fra le quali due sono esatte. Questo test fa massiccio uso di domande a risposta aperta, tendendo ad indagare più a fondo sui livelli di abilità, intendendosi che quelle a risposta chiusa non riescono a fornire su ciò informazioni precise. La *performance* italiana è più bassa della media per le risposte a domande del genere a risposta chiusa.

I risultati di tutte le prove mettono in evidenza l'eccellenza raggiunta dagli studenti asiatici. Così, ad esempio, con riferimento al 2015⁴ nella prova di *literacy* in scienze, la *performance* più elevata in assoluto è stata quella di Singapore (556), seguito da Giappone (538 punti), Estonia (534) e Cina Taipei (532) con scostamenti dei risultati non statisticamente significativi. Sette paesi OCSE conseguivano un punteggio medio in linea con quello medio internazionale: Stati Uniti, Austria, Francia, Svezia, Repubblica Ceca, Spagna e Lettonia. L'Italia, con un punteggio medio di 481, si collocava - in maniera statisticamente significativa - al di sotto della media OCSE ed era in posizione simile a quella di Federazione Russa (487), Lussemburgo (483), Ungheria (477) ed altri paesi. Ovviamente, le scuole italiane con la migliore performance sono i licei, seguiti dagli istituti tecnici. In tutte le scuole i risultati dei maschi sono migliori di quelli delle femmine e la differenza è maggiore al Centro, media al Nord e più bassa al Sud. Risultati simili si hanno per le prove di *literacy* in matematica, *literacy* in lettura, *financial literacy*.

In linea generale, nei risultati i Licei si collocano al di sopra della media nazionale e al di sopra di tutte le altre tipologie di scuola. I quindicenni degli Istituti Tecnici si caratterizzano per una performance in linea con quella nazionale, superiore a quella degli Istituti Professionali e della Formazione Professionale ma inferiore a quella dei Licei.

In generale, è difficile dire se i diversi risultati degli studenti dei vari tipi di scuola siano dovuti ad una preselezione degli studenti (i migliori frequentano i licei, mentre gli altri si distribuiscono fra le altre scuole, ancora una volta selezionando fra queste in base alla bravura) o ad una migliore preparazione impartita da un tipo di scuola rispetto ad un altro. Essendo ragazzi di soli 15 anni quelli sottoposti alle

⁴ I risultati dell'ultima prova, svoltasi nel 2018, mostrano poche variazioni rispetto a quella di 3 anni precedenti.

prove, è probabile che la prima ipotesi sia prevalente, perché a quell'età il diverso tipo di insegnamento non avrebbe ancora potuto manifestare a le sue conseguenze. In ogni caso, è noto che la percentuale di studenti che si iscrive al liceo è direttamente proporzionale al voto ottenuto agli esami di terza media.

Dubbi sulla solidità dei test sono stati sollevati da alcuni studiosi, pedagoghi e statistici, che hanno fatto rilevare che la loro affidabilità è legata sia, da un lato, ai gradi di difficoltà delle domande e alle differenze nei punteggi assegnati a seconda di essi sia, dall'altro, all'abilità degli esaminati, che potrebbe essere diversa per le varie questioni. È stato fatto notare che l'aspirazione delle prove PISA a misurare aspetti essenziali della vita necessari per il futuro e l'efficacia a questo fine dei sistemi educativi costituisce il mito dei decenni trascorsi, che deve informare l'azione politica al fine di coltivare le risorse intellettuali necessarie per affrontare la sfida della concorrenza mondiale (per questo ed altri miti, si veda Zhao, 2020). Un'ulteriore ragione di critica sta nell'errata applicazione pratica. Infatti, pur se l'indagine è apparentemente uniforme, essa risulta in pratica assolutamente diversa per i vari studenti, ognuno dei quali è sottoposto ad un test effettivamente diverso e alcune domande non risultano poste ad alcuni studenti. Inoltre, il test statistico utilizzato per derivare i risultati è risultato inadatto alle caratteristiche dell'indagine (Stewart, 2013). Una difesa dell'utilità delle prove PISA è contenuta in Kay (2013), il quale fa notare che i problemi di comparazione degli studenti sono sempre esistiti. Dire che essi esistano non implica che le comparazioni non debbano affatto essere compiute.

All'interno del nostro paese dal 2005-06 si svolgono prove scritte annuali a cura del Sistema Nazionale per la Valutazione del Sistema dell'Istruzione (INVALSI). Ne parleremo diffusamente nel paragrafo 4.3.

La tabella 2 mostra le differenze fra i gradi di istruzione ottenuti da giovani fino a 34 anni in vari paesi europei, dell'Asia e del Nord America. Tutti i paesi hanno livelli di educazione terziaria superiori alle medie OCSE (43%) ed europea (40%), con l'eccezione – apparentemente strana – della Germania, che rimane ben al di sotto di questi livelli (31%), pur investendo quasi quattro volte più dell'Italia nell'università ed avendo aumentato questa spesa nel periodo della crisi, mentre in Italia la spesa è stata ridotta. La Germania (anche se in minor misura di altri paesi come Austria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Olanda, ecc.) ha preferito privilegiare il livello di istruzione su-

periore non universitaria, che risulta infatti più elevato rispetto a tutti gli altri paesi. L'istruzione 'vocazionale' e la formazione professionale che si impartiscono in alcune scuole di istruzione superiore in questi paesi dovrebbero tendere a facilitare l'ingresso nel mondo del lavoro e ciò effettivamente avviene.

Paese	Titolo superiore, non laurea	Con laurea
Canada	32	61
Corea	28	70
Danimarca	38	46
Finlandia	49	41
Francia	43	44
Germania	56	31
Giappone	n.d.	60
Italia	48	26
Norvegia	33	49
Polonia	51	43
Regno Unito	36	52
Stati Uniti	44	48
Ocse	42	43
UE a 22 Paesi	45	40

Tabella 2. Livelli di istruzione raggiunti da persone aventi un'età da 25 a 34 anni, vari paesi, 2015 (Fonte: OECD, 2016).

L'Italia ha valori di poco superiori a quelli della UE per i giovani con istruzione superiore, ma nettamente inferiori (anche rispetto alla Germania) per i laureati. Si è detto sopra degli incentivi economici all'aumento del grado di istruzione, che, evidentemente, non sono sufficienti per stimolare la frequenza di un corso di laurea e il conseguimento del titolo relativo. Parte della spiegazione della bassa *performance* del nostro paese può risiedere nel fatto che la speranza di un più elevato salario risulta ridotta in Italia, a causa dei più modesti differenziali salariali fra laureati e diplomati esistenti nel nostro paese (35%), rispetto ai paesi esteri (63% in Francia e Germania e addirittura 74% nel Regno Unito e 81% negli Stati Uniti)⁵. Si è detto, peraltro, che dovrebbero sussistere altre ragioni che possono spingere i giovani ad investire in istruzione.

⁵ Ma molti laureati italiani si recano all'estero, sia per godere di salari più elevati sia per ridurre il tempo di ricerca dell'occupazione.

3. *L'educazione in Italia*. 3.1. *L'istruzione dagli stati pre-unitari alla II guerra mondiale*⁶. - Nei regni pre-unitari la situazione era molto variegata. Nel Regno di Napoli, sulla scia delle riforme scolastiche iniziate da Carlo III, nello spirito illuministico che improntò il contributo di Antonio Genovesi, era stata prevista fin dal 1784 l'istituzione della scuola pubblica, laica, uniforme e generale per tutti i ceti sociali, per la prima volta a cura dello Stato, anche se prima alcune scuole erano sorte per iniziativa di privati. Le scuole private in realtà, non solo supplivano alla carenza di scuole pubbliche, ma avevano il merito di sperimentare per prime il metodo 'normale' negli anni Ottanta dell'Ottocento e diverse scuole di questo tipo vennero istituite a Napoli (Gargano, 2010). Il metodo detto della Scuola Normale era stato introdotto inizialmente in Austria dalla riforma del 1774 attuata dall'imperatrice Maria Teresa. In ciò il Regno di Napoli precedeva altre regioni italiane, compreso il Regno di Sardegna. Tale metodo si fondava appunto sulla creazione di Scuole Normali per un addestramento adeguato degli insegnanti, della durata di 3 mesi. Con il trascorrere degli anni, lo stato rinunciava sempre più all'indirizzo e al controllo della scuola, funzioni che venivano affidate ai parroci (Gargano, 2010), come avvenne sia nel Regno delle Due Sicilie sia nel Lombardo-Veneto e nel Granducato di Toscana (con l'affidamento ai padri Scolopi), diversamente che nel Regno di Sardegna. E con il decreto dell'11 gennaio 1831 venne decisa una consistente riduzione dei fondi a favore dei comuni, in particolare per l'istruzione femminile. Inoltre, denunce di lamentele provenienti dai maestri per l'esiguità dei compensi erano abbastanza diffuse. Questo non poteva che avere riflessi negativi sull'insegnamento impartito e forse contribuiva alla sua scarsa qualità ipotizzata da Iesu (2011). Comunque, vi era un notevole divario fra il tasso di iscrizione alla scuola dei bambini di questa età nei vari stati (Ciccarelli, Weisdorf, 2016).

Così, nei primi anni del XIX secolo molti comuni erano dotati di una scuola elementare i cui costi venivano posti a carico totale del Comune, con insegnanti separati per sesso dei bambini e con compensi più bassi per le maestre rispetto a quelli dei maestri. Come si è detto, il numero dei frequentanti (e specialmente delle bambine) era assolutamente esiguo. Le ragioni di ciò sono facili da intuire: la domanda di istruzione poteva venire soltanto da pochissimi ceti sociali, mentre per la maggioranza della popolazione la frequenza scolastica implica-

⁶ Larga parte di questo paragrafo è tratta da Acocella (2021).

va soltanto la sottrazione diretta o indiretta di aiuti alla cura delle attività agricole o familiari o, comunque, un peso difficile da gestire. E, d'altro canto, il ruolo sociale attribuito alla donna nella società del tempo non ne facilitava l'educazione scolastica.

In tutta l'Italia, pur accrescendosi la popolazione scolastica (come vedremo fra poco), ancora negli anni successivi non tutti i ragazzi in età scolare frequentavano la scuola. Nel Regno di Sardegna la legge Casati del 1859 prevedeva l'obbligo di frequenza, ma non contemplava alcuna sanzione (Talamo, 2001: 71)⁷.

Nell'Italia post-unitaria il problema educativo più importante era costituito dall'elevata evasione scolastica, specialmente al Sud. Come conseguenza, il livello di analfabetismo nel Meridione peninsulare era dell'87% nel 1864-5. Questi sono valori più alti di quelli di Piemonte e Liguria (60,3%) e Lombardia (60,0%) e anche di quelli dei compartimenti del Centro (varianti fra il 77 e l'86%). Comprensibilmente, dato il pensiero dell'epoca sul ruolo della donna, il grado di analfabetismo era minore tra i maschi (anche di più di 10 punti percentuali). Comparando i valori censuari relativi ai soli maschi (riferiti a tutte le età) con quelli corrispondenti alla percentuale di analfabeti completi rilevati alla leva militare del 1863 (e quindi relativi soltanto ai giovani), nei primi si riscontravano cifre superiori, di un ordine di grandezza di 2-5 punti percentuali nel Mezzogiorno, contro differenze molto più marcate per i compartimenti del Nord Italia (anche maggiori di 20 punti percentuali). Questa comparazione è di interesse, perché denota nel periodo post-unitario le tendenze alla crescente alfabetizzazione, nette al Nord, praticamente assenti al Sud, e quindi l'esistenza in questa circoscrizione di una situazione di ristagno, almeno dal punto di vista educativo.

Ancora nel 1871 la percentuale degli analfabeti nel Meridione era infatti dell'84%, da compararsi con cifre del 20-30% di molti circondari di Piemonte, Liguria e Lombardia (cfr. De Fort, 2003: 99, 102). La situazione migliorò sensibilmente vari anni dopo l'Unità d'Italia, mentre in precedenza il Sud aveva sperimentato una pratica stazionarietà (Ciccarelli, Weisdorf, 2016).

⁷ Quasi tutti i ministri dell'Istruzione nell'età della Destra avevano formulato progetti di legge tendenti a rendere effettivo l'obbligo di istruzione, che però non erano mai stati approvati (Ferrari, 1979). In particolare, nel 1874 il ministro della Pubblica istruzione Scialoja aveva proposto l'adozione di sanzioni, ma la sua proposta era stata respinta alla Camera, ciò che provocò le sue dimissioni.

Nell'Italia unitaria, non fu prima del 1877 che il Ministro Coppino riuscì a far approvare una legge che prevedeva l'istruzione obbligatoria per una durata triennale, con sanzioni amministrative e penali, pur se con una graduale applicazione. La legge Coppino rendeva obbligatoria la frequenza fino ai 9 anni e introduceva sanzioni e ammende per le famiglie renitenti. Il regolamento dell'anno successivo introduceva esenzioni per le famiglie povere (dove non fossero stabiliti sussidi per la povertà) e molto distanti dalle scuole esistenti e cercava di rendere obbligatoria l'apertura di scuole nei centri più piccoli. Ma la legge rimase inapplicata in molti Comuni rurali.

La legge Casati del 1859 prevedeva soltanto la possibilità di integrazioni statali e/o delle Province in caso di limitatezza delle entrate ed incapacità dei comuni di far fronte alle spese, specialmente in previsione dei livelli retributivi minimi fissati dalla legge per i maestri. Il fatto che l'istruzione elementare fosse posta a carico dei comuni, mentre all'istruzione superiore e universitaria doveva provvedere lo Stato, indica la mancata considerazione dell'alfabetizzazione come vero e proprio bene pubblico, fattore di miglioramento delle classi subalterne, socializzazione e cemento dell'unità nazionale. La concessione ai comuni di finanziamenti straordinari indicava un primo timido tentativo della classe dirigente del nostro Paese di accantonare la strategia elitaria dell'educazione, ma l'orientamento prevalente rimaneva quello di privilegiare l'istruzione classica e universitaria, 'quale forma istituzionale per la formazione della classe dirigente', nonostante i più elevati costi unitari di questo tipo di istruzione (Ferrari, 1979: 18). La legge del 18 luglio 1878, promossa da Francesco De Sanctis, fu un ulteriore passo avanti verso la diffusione dell'istruzione elementare, introducendo la possibilità di finanziamenti della Cassa DD.PP. per la costruzione di nuovi edifici scolastici o il restauro di quelli già esistenti, con il parziale contributo in conto interessi dello Stato (Pazzaglia, 2001). La strategia elitaria – e il disinteresse di gran parte della popolazione del quale resta traccia nell'inchiesta di Torraca del 1897 e di Ravà del 1897-8 – troverà, però, compiuto superamento soltanto nell'età giolittiana, con l'approvazione nel 1911 durante il governo Giolitti della legge Daneo-Credaro, che avocava allo Stato l'istruzione elementare, riconoscendone l'estrema necessità ai fini del progresso socio-economico del paese.

Macroscopiche però restavano le distanze in altri aspetti della vita civile, primo fra tutti quello dell'alfabetizzazione. Certo, il tasso di analfabetismo dell'86% del Mezzogiorno nel 1861 si era ridotto, ma

nel 1911 la percentuale degli analfabeti sulla popolazione in età scolare era nel Sud ancora pari al 59% del totale, mentre al Nord era del 31% e in altri paesi esteri come Inghilterra, Austria, Francia e Belgio l'analfabetismo era di fatto scomparso già prima della Grande Guerra. Questo ritardo nell'alfabetizzazione al Sud non è senza rilievo ai fini della crescita del reddito. Si è infatti notata la rilevanza della componente educativa (che si traduce in capitale umano) per la formazione del PIL. La convergenza con il resto del paese sarebbe stata maggiore se fosse aumentata la formazione di capitale umano.

Nel periodo fra le due guerre mondiali l'istruzione migliorò al Sud come nel resto del paese, ma il tasso di analfabetismo restò molto più elevato che al Centro-Nord. In proposito si dispone soltanto dei dati ufficiali offerti dai censimenti del 1921 e del 1931. In questo periodo esso calò dal 46,9% al 39,2% nel Mezzogiorno e dal 21,8 al 15,6% al Centro-Nord. Il calo del Sud era pertanto rilevante, ma nei decenni precedenti vi erano state riduzioni maggiormente consistenti.

Nel primo governo Mussolini era Ministro della Pubblica Istruzione il filosofo Giovanni Gentile. La riforma che egli introdusse e che porta il suo nome prevedeva 5 anni di scuola elementare uguale per tutti, preceduta da tre anni di scuola materna e seguita da un grado successivo chiamato scuola media inferiore. A questa seguiva a sua volta la scuola media superiore (liceo classico, liceo scientifico, istituto tecnico, istituto magistrale e conservatori). L'obbligo dello studio venne esteso fino a 14 anni di età, ma rimase inapplicato, tanto che nel II dopoguerra soltanto pochi centri avevano una scuola media. Nel 1928 alla scuola media inferiore si accompagnò la Scuola di avviamento professionale.

Gli studenti iscritti all'università, che nel 1920-21 erano aumentati notevolmente rispetto al 1910-11 sia al Sud sia al Centro-Nord, si ridussero in numero assoluto nel decennio successivo nel Mezzogiorno, forse per l'incidenza della crisi. Questo fatto, insieme all'aumento degli iscritti nel resto del paese (difficilmente spiegabile, però, alla luce della crisi), faceva cadere ulteriormente la percentuale degli universitari residenti al Sud (32,9%). Questa quota era leggermente minore di quella della popolazione totale residente al Sud (35,7% nel 1931). Si toccava così il valore minimo della percentuale di universitari del Mezzogiorno (pari al 40,1% nel 1870-71). Apparentemente strano è il quasi raddoppio delle iscrizioni in tutto il paese nel 1940-41, ma ciò è dovuto alla possibilità data ai giovani arruolati iscritti alle università italiane di godere di ritardi della ferma e di lunghe licenze per sostene-

re gli esami ed era anche molto più facile laurearsi con esami certamente facilitati.

3.2. *La scuola italiana dopo la II guerra mondiale.*- La Costituzione della Repubblica Italiana (all'art. 34) stabilì l'istruzione pubblica, gratuita e obbligatoria per almeno 8 anni, sancendo anche la libertà di istituire scuole private 'senza oneri per lo stato', formulazione che sarà interpretata in modo 'estensivo' successivamente, consentendo finanziamenti pubblici abbastanza indiscriminati a tali scuole.

Per un quindicennio restò il sistema scolastico precedente, con scuola primaria quinquennale, seguita da scuola media (che permetteva di proseguire gli studi grazie alla materia del latino) e scuola di avviamento professionale. Il superamento della distinzione fra i due tipi di scuola media si ebbe nel 1962, quando fu approvata una legge che prevedeva l'abolizione della scuola di avviamento professionale e la creazione della scuola media unificata, consentendo l'accesso a tutte le scuole superiori.

In un'indagine conoscitiva della Camera dei Deputati iniziata nel 1998 veniva riconosciuta la 'crescita impetuosa della scolarizzazione della società italiana nel secondo dopoguerra' con un aumento del rapporto tra i licenziati della scuola media inferiore e i tredicenni iscritti a scuola nell'anno precedente, passato da valori di poco superiori al 10% nel 1950-51 a valori del 100% alla fine del secolo XX. Al tempo stesso si era ridotta la selettività della scuola media inferiore, con un rapporto licenziati/esaminati passato nello stesso periodo dall'80% circa ad un valore superiore al 99%, mentre per la scuola superiore questa percentuale era passata, nello stesso periodo, dal 70% al 94%. Infine, erano stati compressi i tassi di dispersione nella scuola dell'obbligo⁸, con la riduzione tendenziale a zero dell'evasione ufficiale in numerose aree del Paese, ma il perdurare, per contro, di tassi significativi di evasione in particolari aree regionali e metropolitane, specialmente in due-tre casi specifici analizzati dalla stessa indagine. Per Napoli veniva citato il caso della scuola media Scura, dove 'l'evasione effettiva oscilla intorno al 35%'. A Cagliari, in alcune scuole l'evasione variava dal 12 al 35%. Anche a Palermo l'evasione era in alcuni casi elevata, ma opportuni provvedimenti, tra i quali l'apertura pomeridiana della scuola, ne avevano consentito la drastica riduzione.

⁸ Nel primo decennio del nuovo secolo l'obbligo di istruzione è stato fissato in 10 anni, ciò che implica la frequenza del primo biennio delle scuole medie superiori.

In ciò che segue analizzeremo altri due fenomeni – oltre l'evasione dall'obbligo di istruzione - che configurano una scarsa presa della scuola sui giovani. Si tratta dei problemi di abbandono degli studi e di dispersione scolastica. Sinteticamente, il primo configura la cessazione degli studi nel corso dell'anno o nel passaggio fra un anno e l'altro. Il secondo si riferisce anche alla mancata frequenza di corsi di studio successivi a quelli della scuola dell'obbligo.

Con riferimento al primo, il tasso di abbandono rapporta il numero degli studenti che lasciano il corso di studi intrapreso al numero degli iscritti alle scuole di riferimento. Nell'a. s. 2016/2017 questo tasso era pari allo 0,69% nella scuola secondaria di I grado, con la percentuale maggiore nelle Isole (1,12%) e al Sud (0,7%) e minore nel Nord Est (0,47%) e una percentuale più bassa in Emilia-Romagna (0,4%) e in Veneto e Basilicata (0,5%). Il Centro mostra una percentuale intermedia (0,69%), ma con un preoccupante 0,8% del Lazio. I maschi abbandonano più delle femmine (0,77% e 0,59%, rispettivamente) e similmente accade per i cittadini stranieri (pari al 2,9%), con i tassi più elevati per coloro che provengono da Costa d'Avorio, Bosnia ed Egitto. Gli stranieri nati all'estero, con il 4,11%, sono in situazione di maggiore difficoltà rispetto ai nati in Italia, la cui percentuale di abbandono complessivo è del 1,84%. Anche in questo caso, gli abbandoni sono maggiori per i maschi.

In termini di scuola di provenienza, anzitutto gli abbandoni sono leggermente maggiori per le scuole statali che per le paritarie. Inoltre, quelli precoci riguardano gli Istituti professionali e le scuole di Istruzione e Formazione professionale (IeFP).

A livello europeo l'indicatore utilizzato per la quantificazione del fenomeno dell'abbandono è quello dei Giovani che hanno lasciato precocemente la scuola e l'addestramento (*early leaving from education and training*, ELET). Questi sono i giovani tra i 18 e i 24 anni d'età con al più il titolo di scuola secondaria di primo grado o una qualifica di durata non superiore ai 2 anni e non più in formazione. Come mostra la Figura 1, l'Italia è insieme ad alcuni paesi del Sud Europa, ma anche al Regno Unito ed altri, uno dei pochi che mostra di essere al di sotto degli obiettivi europei. La ripresa economica potrebbe – non troppo paradossalmente - far peggiorare la situazione e rendere difficile il raggiungimento per il 2020 dell'obiettivo di contenimento del tasso di ELET del 10%.

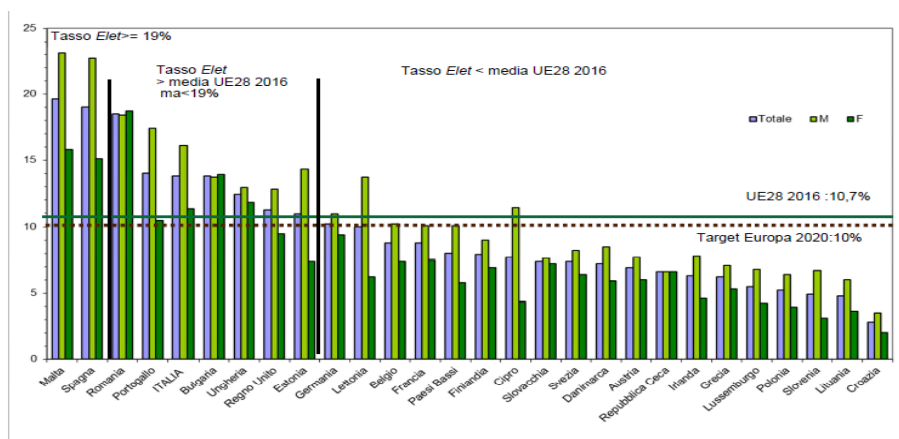


Figura 1. Giovani che hanno lasciato precocemente la scuola e l'addestramento, paesi UE, 2016 (Fonte: Miur, 2017).

Nota: La prima colonnina di ogni paese si riferisce al totale di maschi e femmine. La seconda ai maschi e la terza alle femmine.

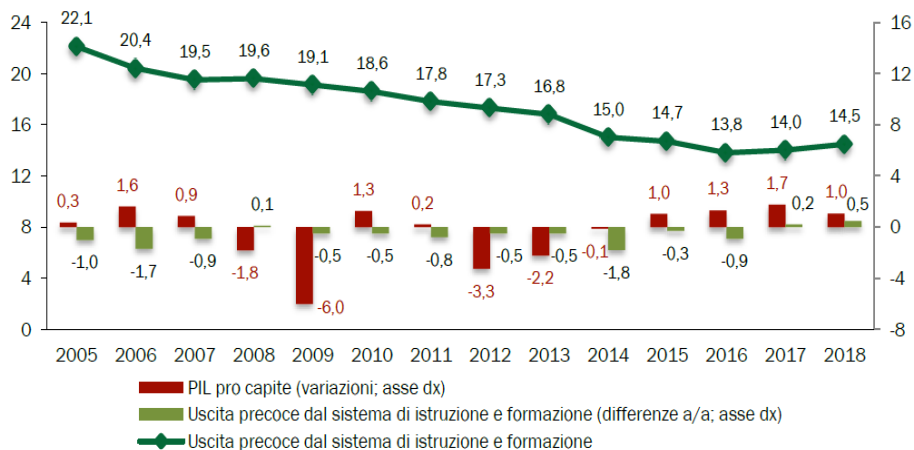
In Italia esso è ancora particolarmente elevato (circa 14% nel 2016, contro il 10,7% della media della UE a 28 paesi). L'elevatezza del tasso è dovuta principalmente alla performance del Mezzogiorno.

A parte gli abbandoni, che costituiscono il fenomeno più grave, ma che sono comunque in media in tendenziale ribasso nel tempo, è importante la dispersione scolastica, ossia – sinteticamente - l'uscita dal sistema scolastico, una volta compiuti gli studi di scuola secondaria inferiore. Nel passaggio dall'a. s. 2015/2016 all'a. s. 2016/2017, la maggioranza degli alunni di terza media inferiore (91,8%) prosegue gli studi. Pochi (2%) ripetono la frequenza della terza media e un gruppo relativamente più consistente (6,2%) fuoriesce dal sistema scolastico. Le percentuali elevate di uscita dal sistema si registrano in Lombardia, Piemonte, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Sicilia e Lazio; in termini di macroaree nel 2018, il Mezzogiorno è in testa, con poco più del 14%, seguito dal Nord (12-13%) e dal Centro (10,5%).

L'elevatezza del fenomeno nel Mezzogiorno va collegata allo stato di arretratezza generale della Circoscrizione. Le maggiori uscite precoci al Nord rispetto al Centro non devono, peraltro, stupire. Esse derivano dal fatto che la fuoriuscita dal sistema scolastico corrisponde alle maggiori occasioni di lavoro disponibili nell'immediato o in seguito alla frequenza di corsi di formazione professionale, organizzati entro il circuito pubblico, ma non scolastico, in particolare dalle Regioni. D'altra parte, la Figura 2 mostra che l'aumento delle uscite pre-

coci avviene in corrispondenza forse con la maggiore vivacità dell'economia nel 2018 e 2019. Le uscite sono maggiori per il Mezzogiorno e, poi, al Nord, minori per il Centro e si accentuano nell'ultimo anno. Le uscite sono più elevate per i maschi che per le femmine, corrispondendo ad un loro maggiore tasso di attività.

L'indicatore del benessere equo e sostenibile (BES) contiene, fra l'altro, dati sull'uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione nel nostro paese con l'idea che le persone che abbandonano precocemente il sistema di istruzione e formazione riducono il livello di competenze della popolazione e accrescono il rischio di esclusione sociale. Infatti, nella società contemporanea il conseguimento di un livello di istruzione elevato è essenziale per la crescita economica e dell'occupazione, influenzando positivamente sulla produttività e sulla competitività del paese.



Fonte: Istat, *Rilevazione sulle forze di lavoro* (uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione), MEF (PIL pro capite, prezzi concatenati 2010).

* Persone di 18-24 anni che hanno conseguito solo la licenza media e non sono inseriti in un programma di formazione.

Figura 2. Uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione*, Italia, 2005-2018, % (Fonte: Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2019)

Nota. La prima colonnina in basso si riferisce al PIL pro capite, la seconda all'uscita precoce.

La dispersione scolastica è di particolare rilevanza, per l'influenza che essa esercita sulle condizioni di vita future. Molto spesso, infatti, sia l'evasione che l'abbandono scolastico preludono a percorsi lavorativi instabili, irregolari e di livello inferiore. Non di rado viene

perpetuata l'inferiorità economica e sociale delle famiglie di provenienza, aprendo anche a vere e proprie situazioni di esclusione sociale.

Si è detto che la percentuale della popolazione italiana in età 18-24 anni che rinuncia a proseguire gli studi oltre la scuola media inferiore era del 15% circa nel 2015, come è rilevabile anche dal riquadro in basso a sinistra nella Figura 3 seguente. La dimensione territoriale di questo indicatore dell'istruzione è rilevante. A livello di grandi circoscrizioni geografiche, la situazione è migliorata nel tempo ed è migliore ora al Centro e al Nord e peggiore nel Mezzogiorno. Quanto alla distribuzione regionale, la situazione migliore era in Friuli-Venezia Giulia (6,9%), Veneto e Umbria (8,1% in entrambe le regioni), quella peggiore in Sardegna (22,9%) e Sicilia (24,3%).

Si consideri ora la percentuale delle persone con almeno il diploma superiore, da un canto, o almeno un titolo universitario, dall'altro. Questi indicatori – in generale, tutti in aumento dal 2011 al 2018 - sono tuttora senz'altro superiori per il Centro rispetto al Nord. Il Mezzogiorno rimane il fanalino di coda (cfr. i due riquadri superiori nella Figura 3). Quanto ai giovani con uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione (in genere in diminuzione), dal 2011 Nord e Centro sono praticamente appaiati (riquadro in basso a sinistra), con un tasso di uscita del 12% nel 2014, contro il 18% circa del Mezzogiorno. I tassi si sono leggermente ridotti negli anni successivi.

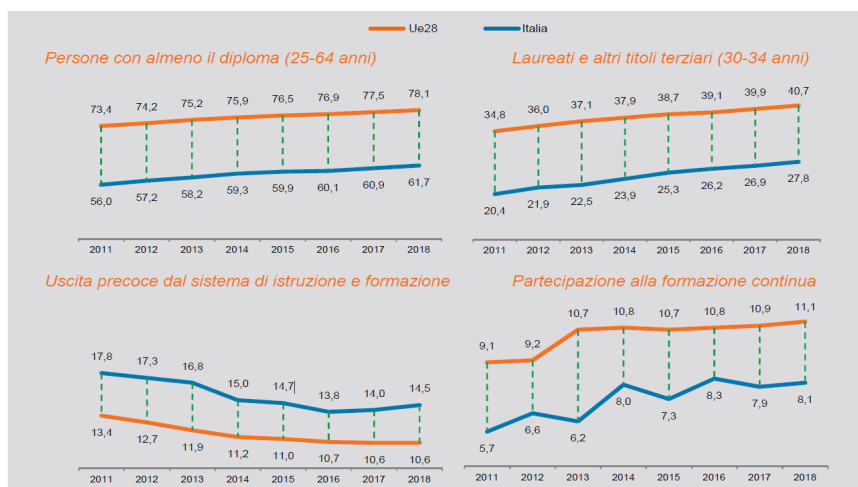


Figura 3. Principali indicatori di istruzione e formazione, Italia, UE 28, 2011-2018 (%) (Fonte: Istat, 2019)

Nota. Tutte le curve in basso, salvo quella dell'uscita precoce (che è in alto), si riferiscono all'Italia, le altre all'UE.

Infine, un altro concetto interessante è quello delle 'persone non impegnate nello studio, né nel lavoro né nella formazione', i cosiddetti NEET (dall'inglese *Not (engaged) in education, employment or training*, chiamati anche nei paesi di lingua spagnola Nini o Ni-ni, che indica chi *Ni trabaja, ni estudia, ni recibe formación*), che, invece, sono in aumento dappertutto, dall'inizio della crisi. Per quanto riguarda coloro che non lavorano, è chiaro che il loro numero è influenzato dalla crisi, ma va notato che la difficoltà di trovare lavoro retroagisce sulla valutazione che i giovani danno della scuola, giudicata non più capace di far ottenere (facilmente) questo obiettivo e, dunque, sulla loro propensione a proseguire gli studi.

La Camera dei Deputati nella seduta del 21 ottobre 2014 ha approvato un documento che delinea una strategia nazionale per contrastare gli abbandoni e la dispersione scolastica. Questa dovrebbe porsi l'obiettivo di ridurre al 10% la quota degli abbandoni, che appare come un traguardo ambizioso, ma fattibile, se si inizia ad operare già da ora sui ragazzi della scuola media inferiore. Una strategia preventiva, dovrebbe iniziare dalla fase dell'infanzia, incrementando l'offerta di scuole statali per l'infanzia e l'accesso agli asili nido, particolarmente nelle Regioni meridionali, ponendo in atto un sistema di allarme precoce per le assenze frequenti e individuando precocemente le difficoltà di apprendimento nella scuola dell'infanzia e in quella primaria. Nella scuola secondaria, poi, dovrebbe essere previsto un riordino dei cicli e l'introduzione di un modello pedagogico tendente a contrastare la dispersione (ad esempio, con attività di tutoraggio e la formazione straordinaria dei docenti su temi quali l'innovazione didattica e accrescendo le competenze linguistiche dei figli di immigrati, nel caso anche con l'intervento di persone esterne alla scuola, come pedagoghi o rappresentanti del terzo settore). Il documento della Camera raccomanda, infine, di costituire un'Unità di crisi presso la Presidenza del consiglio, al fine di coordinare i vari interventi (Camera dei Deputati, 2014). Tuttavia, a questo documento non ha fatto seguito nessun atto concreto.

3.3. *La valutazione degli studenti frequentanti. I dati INVALSI.* Come si è detto, la valutazione della preparazione per gli studenti frequentanti è affidata in sede OCSE all'indagine PISA della quale si è detto e nel nostro paese anche alle prove INVALSI. Soffermiamoci ora su queste ultime, sulle loro caratteristiche, anche rispetto all'indagine PISA, e sui risultati relativi.

L'obiettivo di queste prove è di valutare i livelli di apprendimento (in termini di capacità di ragionamento, utilizzando le conoscenze apprese) in Italiano, Matematica e (dal 2018) Inglese. Queste prove sono svolte nelle seguenti classi: seconda e quinta elementare, prima e terza media, seconda superiore e (dal 2019) quinta superiore.

Le differenze crescono progressivamente al crescere del livello degli studi, sono piccole e non significative nella scuola primaria e si accentuano sempre più salendo a livelli superiori. I risultati sono ancora differenziati per circoscrizione geografica.

Sia la metodologia sia il contenuto di queste prove sono simili a quelli delle indagini PISA, ma forse queste ultime accertano più facilmente le capacità di elaborazione degli studenti. Mentre l'indagine internazionale – come si è detto – è campionaria e rileva poco più di 10 mila studenti, quella dell'INVALSI è un'indagine censuaria, comprendo, quindi, un numero molto maggiore di studenti. Tuttavia, nonostante il fatto che si tratti di un'indagine limitata ad un numero di studenti relativamente ristretto, i test statistici assicurano che anche l'indagine PISA offre risultati affidabili. Pertanto le differenze da enfatizzare riguardano soltanto le altre diverse modalità e gli obiettivi delle due rilevazioni. Piuttosto, è importante notare che la differente copertura (campionaria o censuaria) delle indagini influisce sulle modalità di formulazione delle domande, che possono essere a risposta chiusa o aperta. Infatti, l'elaborazione e la comparazione delle risposte su un numero così variegato di casi (come quello coperto da PISA) deve necessariamente coinvolgere possibili alternative ben individuate (cfr. Corsini et al, 2017). Anche fra le domande è interessante osservare che nelle prove INVALSI ci sono domande degli stessi tipi di quelle dell'indagine PISA. Le prove di italiano tendono a valutare, da un lato, la capacità di comprendere il significato di un testo letterario o saggio o scritto su fatti di cronaca e, dall'altro, la conoscenza della lingua e della grammatica. Similmente, per le prove di inglese, che tendono anche ad accertare la capacità di comprensione orale. Invece, le prove di matematica mirano a valutare la capacità di risolvere problemi e modelli o comprendere delle figure.

Le prove svolte nel 2019 hanno mostrato generali carenze nelle tre materie e notevoli differenze territoriali (anche di circa 3 volte), con risultati al Nord migliori sia della media italiana sia dei risultati a livello europeo delle prove OCSE. Gli esiti del Centro sono in linea con entrambi e quelli al Sud nettamente inferiori. Le differenze sono gravi in tutte e tre le materie. In italiano in media il 35% degli studenti

di terza media inferiore ha delle gravi difficoltà di comprensione di un testo, mentre questo accade al 50% degli studenti calabresi⁹. Una possibile spiegazione della generale carenza di capacità di comprensione di un testo può forse ricercarsi nella scarsità delle motivazioni che possano sostenere l'impegno linguistico, che deriva dalla scarsa abitudine alla lettura di libri (o anche semplicemente di giornali) e dal ricorso che i giovani fanno a strumenti di comunicazione (come i telefonini) che usano codici molto semplici e un numero limitato di lemmi e di concetti. Nel caso della matematica le differenze territoriali sono anche maggiori. Nel Sud sono preoccupanti i risultati di Campania, Calabria, Sicilia e Sardegna. Molti dei ritardi al Sud sono dovuti ad un'alta variabilità della preparazione fra le varie scuole. Ma vi sono carenze evidenti anche al Nord, dove un quarto degli studenti dell'ultimo anno della scuola secondaria superiore è al di sotto del livello accettabile in matematica.

Vi sono poi notevoli diversità a seconda della provenienza socio-economica, ovviamente a favore degli studenti appartenenti a famiglie di livello superiore. In tutte le materie e in tutti i gradi di istruzione, dalla scuola primaria alla scuola secondaria di secondo grado, esiste una correlazione positiva tra indicatori dello status socio-economico e culturale e risultati delle prove. I dati tengono conto della professione e del livello d'istruzione dei genitori nonché dei beni strumentali e delle risorse, culturali ed educative di cui l'alunno può disporre a casa. La cosa ancora più preoccupante è che i divari si accrescono, invece di ridursi, con la durata della frequenza scolastica. In particolare, le differenze sono poco significative nella scuola primaria, ma aumentano al crescere del grado di istruzione e il Nord Est è l'area con il più marcato miglioramento. Insomma, la scuola italiana, invece di fungere da strumento per livellare i divari socio-economici, li accentua.

Ancora, le differenze di genere sono maggiori, a favore dei maschi o delle femmine, secondo l'oggetto delle prove. Compaiono già dalla seconda elementare e crescono anch'esse al crescere del livello scolastico, ma variano da una rilevazione all'altra. Nelle prove di lettura le ragazze hanno ottenuto in media 25 punti in più rispetto ai ragazzi (30 punti nella media dei paesi OCSE). Nelle prove di scienze il rendimento è molto simile, come avviene d'altra parte anche a livello

⁹ Soltanto un quindicenne su venti riesce a distinguere fatti e opinioni nella lettura di un testo su un argomento a lui non familiare, laddove la media OCSE è di uno su dieci. Gli studenti che hanno difficoltà con gli aspetti di base della lettura e non riescono ad identificare, per esempio, l'idea principale di un testo di media lunghezza sono uno su quattro.

OCSE, mentre in quelle di matematica sono i maschi a primeggiare, con un gap di 16 punti sulle ragazze (INVALSI, s.d.)

Infine, vi sono diversità di risultati anche rilevanti fra studenti di origine italiana ed immigrati¹⁰, che sembrano ridursi con l'avanzamento nel ciclo scolastico, ma soltanto fino ad un certo punto, per riprendere consistenza nelle scuole superiori. Tuttavia, queste differenze sono minori per gli immigrati di seconda generazione, testimoniando qualche capacità di assimilazione dei cittadini stranieri.

Le analisi compiute a partire dai dati rilevati da questi test indicano che il divario socio-economico fra le famiglie degli studenti non è capace di spiegare da solo lo svantaggio del Mezzogiorno (Checchi, De Paola, 2019).

Le prove INVALSI sono state sottoposte a critiche per molti versi simili a quelle rivolte alle indagini PISA, data la comune metodologia. Più in generale, esse sono state diversamente valutate sia dalle persone comuni sia dagli esperti ed educatori, in particolare pedagoghi, sia, infine, dai politici. Alcuni notano che, in questo caso, come per le indagini PISA, vengono poste delle domande standard a tutti gli studenti, ciò che è certamente utile per avere una apparente valutazione uniforme degli studenti, ma contrasta con le diverse situazioni delle varie scuole, operanti in contesti differenti, e risponde a logiche produttivistiche, più che sociali. Altri ne hanno criticato la base, costituita dal tentativo di cogliere l'apprendimento nozionistico degli studenti, anziché la capacità di sviluppare ragionamenti critici ed elaborare un pensiero innovativo. E questo induce gli insegnanti a preparare gli studenti ad affrontare i test, piuttosto che all'apprendimento critico, consapevoli, fra l'altro, del fatto che in modo surrettizio esse possono essere utilizzate per valutare i docenti e i dirigenti. Inoltre, nel merito, è difficile valutare la capacità di comprendere un testo attraverso un questionario a risposta multipla (Campagnolo, 2019). In generale la critica più profonda che tocca le prove è che l'esame che compie l'INVALSI volge lo sguardo al passato per distribuire meriti o colpe, mentre la valutazione dovrebbe analizzare i processi per indirizzare le attività future. Pur comprendendo il fondamento di queste critiche, è stato peraltro fatto notare che i test sono comunque un modo per prendere consapevolezza delle disparità esistenti fra le varie regioni e nei

¹⁰ Gli studenti con cittadinanza non italiana sono aumentati in misura consistente, a partire dagli anni Novanta. Gli anni recenti mostrano un deciso rallentamento della crescita, ma la contemporanea riduzione degli studenti italiani fa sì che l'incidenza degli studenti immigrati sia passata dal 9,2% al 9,4% dal 2013/2014 al 2016/2017 (Miur, 2018).

diversi contesti (Saraceno, 2018). Sul piano pratico, vi è anche chi ha criticato il tentativo compiuto dalle singole scuole di risalire velocemente le posizioni nelle classifiche, senza ricercare le cause profonde dei risultati ottenuti ed attuare gli opportuni rimedi sostanziali, che certamente richiedono tempi non brevi di implementazione e un aumento rilevante delle spese pubbliche per la scuola. Infatti, queste sono diminuite di circa 7 miliardi di euro, in misura pari a circa il 10% del totale del 2009 e al 3,9% del PIL nel 2016, rispetto ad una media UE del 4,7% e, in particolare, del 5,4% della Francia e del 4,7% del Regno Unito. Negli anni della crisi, specialmente tra 2009 e 2012, l'Italia ha ridotto la spesa per l'educazione da più di 70 miliardi a 65. Nel 2017 la spesa italiana è leggermente aumentata, a 66 miliardi (Openpolis, 2019). Questa somma rappresenta il 7,9% del totale della spesa pubblica italiana e pone il nostro paese all'ultimo posto fra i paesi europei.

Per ciò che concerne la rilevanza della spesa per educazione rispetto al PIL del rispettivo paese, anche in questo caso l'Italia è nelle ultime posizioni, rispetto sia ai paesi dell'UE sia a quelli OCSE, ponendosi al sestultimo posto fra questi ultimi, mentre Belgio, Finlandia e Svezia sono ai primi.

Gli effetti sul PIL della spesa per istruzione sono ovviamente maggiori se viene realizzata una maggiore efficienza della spesa stessa in termini delle migliori pratiche (*best practice*) sperimentate. Il guadagno in termini di PIL è di particolare importanza per i paesi che, come il nostro, adottano pratiche inefficienti (Voigt et al, 2020).

Altri fanno presente che l'educazione coinvolge non soltanto obiettivi pienamente misurabili, ma anche finalità che non lo sono affatto o lo sono soltanto in parte, specialmente quelle di carattere morale e civico. E con ciò siamo ad una visione dell'educazione diversa da quella produttivistica, rivolta invece a svolgere un ruolo di perno della democrazia e della convivenza sociale, come sottolineato da Amartya Sen e Martha Nussbaum.

3.4. Il ruolo dell'educazione nel Mezzogiorno.- Qui sono rilevanti soprattutto due questioni, strettamente connesse: il voto medio più elevato degli studenti meridionali nelle prove di diploma e i riscontri 'obiettivi' ottenuti tramite le prove standardizzate promosse da INVALSI, dall'indagine PISA e da altri. Secondo i dati diffusi dal MIUR gli allievi delle regioni del Mezzogiorno sono ai primi posti nelle statistiche dei voti ottenuti al diploma, ad esempio, con un numero esor-

bitante di 100 e lode alla maturità. In Puglia il 3,6% degli studenti ha conseguito un risultato di 100 e lode. In Calabria la percentuale è del 2,6%. Al contrario, il numero dei 100 e lode è nullo in Valle d'Aosta ed è molto basso in Lombardia (0,7%) e in Piemonte e Trentino Alto Adige (0,9%). Una possibile spiegazione della elevatezza di voti potrebbe risiedere nel fatto che con il massimo dei voti si ha diritto all'assegno di studio di 600 euro per l'iscrizione all'università o che si vogliano avvantaggiare gli studenti meridionali nei concorsi pubblici, violando però anche in questo caso il principio di parità.

Questo risultato in termini di voti di maturità contrasta con i risultati dell'indagine OCSE, che mostrano gli studenti meridionali in coda alle classifiche per preparazione, e con le prove INVALSI delle quali si è detto. Contrariamente a quanto sostenuto da una dirigente scolastica meridionale – secondo la quale ‘cinque anni valgono più di un test’¹¹ – sembrano degni di fede molto di più i risultati derivanti dalle indagini OCSE ed INVALSI che i voti di maturità, pur potendosi dibattere sulla completa affidabilità di quelle indagini.

Per superare questa condizione si potrebbero: da un lato, tenere aperte le scuole al Sud per più tempo, con programmi selettivi di socializzazione (anche di tipo sportivo), campi scuola per creare un clima comunitario, favorevole all'apprendimento (ovviamente con una maggiore remunerazione degli insegnanti¹²); dall'altro, accrescere le dotazioni scolastiche (ad esempio, con laboratori motivazionali). Il rilievo da dare a queste attività di socializzazione è particolarmente importante quando, da un lato, si voglia enfatizzare il ruolo non puramente economico della scuola, tendendo ad evidenziarne quello sociale e, dall'altro, per la specifica rilevanza della carenza di ‘capitale sociale’ nel Mezzogiorno.

Un altro utile strumento può essere offerto dal sostegno allo studio per gli studenti con difficoltà di apprendimento ed insuccessi formativi. Incontri con gli studenti e le famiglie per ottenere indicazioni

¹¹ L'affermazione è di Rosetta Greco, dirigente scolastica del liceo Linares di Licata (Agrigento), nel quale 7 alunni su 14 hanno ottenuto 100, e 4 anche la lode (<http://m.flcgil.it/rassegna-stampa/nazionale/maturita-i-100-e-lode-al-sud-ribaltano-i-risultati-invalsi.flc>).

¹² Vi è in generale in Italia una carenza spaventosa di incentivi all'insegnamento, a cominciare da quelli economici per andare a quelli che concernono lo status della professione (si pensi alla considerazione che ne hanno molti studenti e genitori). Anche per questo, specialmente alle scuole superiori mancano insegnanti, particolarmente per la matematica, ma anche per l'italiano e le attività di sostegno.

utili su attività da svolgere o maggiore partecipazione possono similmente essere proficui.

Infine, particolare cura deve essere posta nel reclutamento: non è concepibile l'assunzione a seguito non di concorsi (come prescritto dalla Costituzione), ma di stabilizzazioni, sanatorie, ope legis e simili. Dal 1990 vi sono stati pochissimi concorsi (1990, 1999, un mini concorso del 2012, un concorso riservato agli abilitati del 2016¹³ e due concorsi più recenti senza bocciati). La selezione iniziale è molto importante nella formazione dei formatori, ossia degli insegnanti¹⁴, sulla scorta di varie iniziative in atto. Queste sono particolarmente sviluppate in Lombardia, ma appaiono largamente presenti anche in regioni meridionali come Campania e Sicilia. Ancora una volta, sarebbe utile sapere se – accanto alla preparazione di iniziative simili e all'apprestamento dei fondi relativi – vi sia una attività utile sul piano sostanziale nella destinazione degli insegnanti più bravi alle destinazioni più difficili, ovviamente con opportuni incentivi.

ABSTRACT

The School: Acquisition of a Given Cultural Heritage or Development of New Knowledge, Values and Models of Behavior? Part I

This first part particularly deals with the vision of the dominant economic thought that places income growth as the objective of education, referring the reader to part II of the essay for remarks on the vision of Sen and Nussbaum, according to whom education needs to be placed at the service of democracy and social growth. Specifically, the OECD-PISA rankings, reflecting the first vision and providing alarming data, are analyzed. Then the evolution of education in Italy is outlined, focusing, among other things, on the surveys conducted by INVALSI, in particular as to the reading and comprehension skills of Italian students, also in relation to their constituency and gender.

¹³ Si pensi che alcuni insegnanti hanno conseguito l'abilitazione in Romania.

¹⁴ L'abilità dell'insegnante consiste nel saper porgere le nozioni e stimolare l'interesse degli studenti. Pertanto, la conoscenza della materia da insegnare è soltanto una delle condizioni necessarie per un proficuo insegnamento.

BIBLIOGRAFIA

- Acocella (2021), *Il Mezzogiorno nell'economia e nella società italiana. Quanto è attuale il problema meridionale?* Roma, Carocci.
- Camera dei Deputati (2014), Documento approvato dalla VII Commissione permanente (Cultura, Scienza e Istruzione) a conclusione dell'indagine conoscitiva sulle strategie per contrastare la dispersione scolastica, Doc. XVII, n. 6.
- Campagnolo A. (2019), Chi ha paura dell'INVALSI? 28 Aprile, www.letteraturaenoi.it
- Checchi F., M. De Paola (2019), Chi ha paura dei dati INVALSI? La Voce 26.02.19, www.lavoce.info.
- Ciccarelli C., J. Weisdorf (2016), The effect of the Italian unification on the comparative regional development in literacy, 1821-1911, CEIS Research Paper 392, Tor Vergata University, CEIS.
- Corsini C., I. D. M. Scierri, A. Scionti (2017), La validità delle prove INVALSI di comprensione della lettura (2010-2016), in A. M. Notti (a cura di), *La funzione educativa della valutazione. Teoria e pratiche della valutazione educativa*, Lecce, Pensa Multimedia.
- De Fort E. (2003), L'analfabetismo in Italia tra Otto e Novecento: il caso della Sardegna, in R. Sani, A. Tedde (a cura di), *Maestri e istruzione popolare in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Vita e Pensiero.
- Ferrari G. F. (1979), *Stato ed enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati alla vigilia della riforma Gentile*, Padova, Cedam.
- Gargano A. (2010), *Regolamentazione e diffusione delle scuole private nel Regno di Napoli tra il XVIII e il XIX secolo*, Archivio Storico per le Province Napoletane, CXXVIII: 137-165.
- Iesu F. (2011), L'analfabetismo del Meridione, *luger2*, Post n°1339 pubblicato il 16 gennaio.
- INVALSI (s.d.), *Indagine Ocse Pisa 2015: I Risultati degli Studenti Italiani in Scienze, Matematica e Lettura*, www.invalsi.it.
- INVALSI (s.d.), *I risultati di OCSE PISA 2018*, www.invalsiopen.it.
- Istat (2019), *Il benessere equo e solidale in Italia*, <https://www.istat.it/it/archivio/236714>.
- Kay J. (2013), They may not find a Jobs – but Pisa tests lean in the right direction, *Financial Times*, December 17.
- Ministero dell'Economia e delle Finanze (2019), *Documento di Economia e Finanza 2019*, Allegato. L'indice di benessere equo e sostenibile, www.dt.mef.gov.it.
- MIUR (2009), *Lo spazio europeo dell'istruzione superiore*, www.processodibologna.it.
- MIUR (2017), *La dispersione scolastica nell'a.s. 2015/2016 e nel passaggio all'a.s. 2016/2017*, novembre.
- MIUR (2018), *Gli alunni con cittadinanza non italiana a. s. 2016/2017*, marzo, www.miur.gov.it.
- OECD (2016), *Education at a Glance 2016: OECD Indicators*, Paris, OECD Publishing, www.oecd-ilibrary.org.
- OECD (2019), *Education at a Glance 2019: OECD Indicators*, Paris, OECD Publishing, <https://doi.org/10.1787/f8d7880d-en>.
- Openpolis (2019), *L'Italia spende meno della media europea in educazione*, 17 dicembre, www.openpolis.it.
- Pazzaglia L. (2001), *La scuola fra Stato e società negli anni dell'età giolittiana*, in L. Pazzaglia e R. Sani, a cura di.
- Pazzaglia L., R. Sani (2001), a cura di, *Scuola e Società nell'Italia Unità. Dalla Legge Casati al Centro-sinistra*, Brescia, La Scuola.
- Saraceno C. (2018), *I test INVALSI per una scuola più giusta*, la Repubblica, 3 dicembre.
- Stewart, W. (2013). *Is Pisa fundamentally flawed?* *Times Literary Supplement*, <http://www.tes.co.uk/article.aspx?storycode=6344672>
- Supplement, <http://www.tes.co.uk/article.aspx?storycode=6344672>.

- Talamo G. (2001), Estensione del suffragio ed istruzione obbligatoria, in L. Pazzaglia e R. Sani, a cura di.
- Voigt P., A. Thum-Thysen, W. Simons (2020), The economic benefits of improving efficiency in public spending on education in the European Union, European Commission, Economic Brief 056, July.
- Zhao Y. (2020), Two decades of havoc: A synthesis of criticism against PISA, *Journal of Educational Change* 21:245–266, <https://doi.org/10.1007/s10833-019-09367-x>.

LE NAZIONI UNITE TRA CRISI DEL MULTILATERALISMO E ISTANZE DI DEMOCRATIZZAZIONE*

UGO VILLANI

SOMMARIO: 1. I riflessi della crisi del multilateralismo sulle Nazioni Unite. – 2. Le responsabilità delle grandi potenze. – 3. L'esigenza di riformare le Nazioni Unite. – 4. I principi democratici nel quadro dell'Organizzazione; in particolare, l'eguaglianza tra i Membri. – 5. La composizione esclusivamente governativa degli organi principali. – 6. I procedimenti di modifica formale della Carta. – 7. Le modifiche *de facto* di natura consuetudinaria. – 8. Le altre modifiche *de facto*.

1. La crisi del multilateralismo, che sembra oggi caratterizzare le relazioni internazionali e che si riflette sul funzionamento delle organizzazioni internazionali¹, specie nell'ambito del commercio internazionale², investe anche le Nazioni Unite. Queste, che rappresentano la massima realizzazione del multilateralismo a livello universale, appaiono spesso emarginate proprio dalle crisi internazionali più gravi, che chiamano in causa la loro stessa ragion d'essere: salvaguardare

* Destinato anche alla Raccolta di scritti in onore di Francesco Salerno.

¹ L'incidenza della crisi del multilateralismo sulle organizzazioni internazionali è quasi inevitabile, se si considera che le stesse organizzazioni non possono non basarsi sul multilateralismo (sarebbero, altrimenti, strumenti nelle mani di una potenza egemone) e che, per converso, il multilateralismo può realizzarsi solo in un sistema organizzativo, senza il quale si ridurrebbe in una cooperazione del tutto episodica. In questo senso cfr. le acute osservazioni di A. LOCATELLI, *Multilateralismo tra crisi e rilancio*, in A. COLOMBO, P. MAGRI (a cura di), *Lavori in corso. La fine di un mondo, Atto II. Rapporto ISPI 2020*, Milano, 2020, 36 ss., in specie 39. Di recente v. A. ACHARYA, *Multilateralism and the Changing World Order*, in T.G. WEISS, S. DAWS (eds.), *The Oxford Handbook on the United Nations*, Oxford, II ed., 2018, 879 ss.; E.J. CRIDDLE, E. FOX-DECENT, *Mandatory Multilateralism*, in *American Journal of International Law*, 2019, 272 ss.; e gli studi raccolti nel volume *Le organizzazioni internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo*, supplemento al n. 3/2020 di *Ordine internazionale e diritti umani*, www.rivistaoidu.net.

² Cfr. G. SACERDOTI, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un «global public good» da difendere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale 2019, 685 ss.

la pace e la sicurezza internazionale «to save succeeding generations from the scourge of war».

Le Nazioni Unite mostrano la loro sostanziale impotenza di fronte a scenari internazionali di protratta violenza, dovuti, apparentemente, a guerre civili, come in Yemen dal 2015, in Libia e in Siria dal 2011, ma nelle quali numerose potenze, mondiali e regionali, partecipano a una sorta di guerra per procura. Di modesta portata sono gli interventi delle Nazioni Unite, spesso limitati (e con scarso successo) agli aspetti umanitari. E se la crisi libica può forse apparire avviata a soluzione, con la formazione di un governo di transizione unitario, insediatosi il 15 marzo 2021 a seguito di un'intesa tra le varie fazioni libiche promossa dalle Nazioni Unite, non va dimenticato che queste ultime sono responsabili di avere innescato tale crisi, autorizzando, con la risoluzione 1973 del 17 marzo 2011 del Consiglio di sicurezza, «*all necessary measures*» per proteggere le popolazioni civili in Libia e la «*no fly zone*», tradottesi in una guerra di aggressione delle potenze occidentali intervenute³. Emblematici sono anche i silenzi delle Nazioni Unite sull'uccisione del generale iraniano Qassem Soleimani da parte degli Stati Uniti mediante il lancio di un drone sull'aeroporto di Bagdad il 3 gennaio 2020⁴, così come sul bombardamento americano del 26 febbraio 2021 contro miliziani sciiti filo-iraniani in Siria orientale, con il quale il nuovo Presidente Joe Biden ha dato l'avvio al «ritorno» degli Stati Uniti sulla scena internazionale! Anche nella drammatica vicenda della pandemia da COVID-19, se l'Assemblea generale ha adottato alcune risoluzioni sin dal 2 aprile 2020, chiedendo poi un accesso e una distribuzione equa, efficace e tempestiva dei medicinali e dei vaccini, in particolare nei Paesi in via di sviluppo, il Consiglio di sicurezza solo il 1° luglio 2020, dopo faticosi negoziati, è riuscito a emanare la risoluzione 2532⁵. Questa, dopo avere dichiarato

³ Rinviamo al nostro scritto *L'intervento militare in Libia: Responsibility to protect o... responsabilità per aggressione?*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2011, n. 2, 53 ss., e in *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, II ed., 2015, 55 ss.

⁴ Sul caso, anche per ulteriori riferimenti, cfr. P. BRECCIA, *Legittima difesa e targeted killings: gli Stati Uniti e il "caso Soleimani"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 278 ss.

⁵ Successivamente il Consiglio di sicurezza ha adottato la risoluzione 2565 (2021) del 26 febbraio 2021. Per l'Assemblea generale si vedano le risoluzioni 74/270 del 2 aprile 2020, 74/274 del 20 aprile 2020, 75/4 del 5 novembre 2020, 75/17 del 1° dicembre 2020, 75/156 e 75/157 del 16 dicembre 2020. Cfr. M. ARCARI, *Some thoughts in the aftermath of the Security Council Resolution 2532 (2020) on Covid-19*, in *Questions of International Law*, 31 agosto 2020, www.qil-qdi.org; A. ATTINO, *Pandemia e conflitti: il Consiglio di sicurezza evidenzia*

che la pandemia senza precedenti da COVID-19 è suscettibile di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale, chiede una cessazione generale e immediata delle ostilità e a tutte le parti in conflitto di impegnarsi immediatamente a una pausa umanitaria di almeno 90 giorni, ma esclude dalla cessazione delle ostilità e dalla pausa umanitaria le operazioni militari contro l'ISIL, Al Qaeda e il Fronte Al Nasra e altri gruppi terroristici. L'esclusione, invero, appare ingiustificata perché, da un lato, suscettibile di favorire la diffusione della pandemia, dall'altro, in contrasto con quei principi di umanità che la stessa risoluzione proclama a proprio fondamento.

2. Pesa sull'efficienza delle Nazioni Unite il diffondersi di atteggiamenti unilaterali, nazionalistici e sovranisti. Per esempio, gli Stati Uniti hanno mostrato un distacco e un disimpegno nei confronti dell'Organizzazione, «ufficialmente» proclamati dal Presidente Trump nel suo intervento nell'Assemblea generale del 25 settembre 2018: «We will never surrender America's sovereignty to an unelected, unaccountable, global bureaucracy. America is governed by Americans. We reject the doctrine of globalism, and we embrace the doctrine of patriotism»⁶. Ne sono prova, tra l'altro, il ritiro dal Consiglio dei diritti umani nel giugno 2018⁷ e la decisione, presa il 6 dicembre 2017 ed eseguita il 14 maggio 2018, di spostare la propria ambasciata a Gerusalemme, così come il riconoscimento della sovranità israeliana sul Golan, in piena contraddizione con numerose risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

Beninteso, lo «stato di salute» alquanto precario delle Nazioni Unite non può certo imputarsi ai soli Stati Uniti. Numerosi sono gli Stati che condividono la responsabilità di un indebolimento delle Nazioni Unite; e questa grava specialmente sulle grandi potenze, sia per la loro maggiore capacità di incidere sulle relazioni internazionali, sia – sul piano più strettamente giuridico – per lo *status* privilegiato di

l'instabilità del quadro internazionale a 6 mesi dall'adozione della risoluzione 2532 (2020), in Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana, febbraio 2021, www.osorin.it.

⁶ V. S. TALMON, *The United States under President Trump: Gravedigger of International Law*, Bonn Research Papers on Public International Law, Paper No 15/2019, 7 October 2019, 9 ss.; v. inoltre l'analisi, molto critica, della politica dell'amministrazione Trump verso le Nazioni Unite di T. G. WEISS, *The UN and Multilateralism under Siege in the "Age of Trump"*, in *Global Summitry*, 2018, vol. IV, n. 1, 1 ss.

⁷ Peraltro il 24 febbraio 2021 il Segretario di Stato Antony Blinken ha annunciato che gli Stati Uniti si candideranno al seggio del Consiglio dei diritti umani per il triennio 2022-2024.

Membri permanenti del Consiglio di sicurezza, che dovrebbe giustificarsi proprio in base a una loro più alta responsabilità per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Basti ricordare la pretesa annessione della Crimea da parte della Russia nel marzo 2014, disconosciuta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 68/262 del 27 marzo 2014, ma che permane tuttora. Su un altro, non meno grave, versante, quello del rispetto dei diritti umani, numerose (e non prive di fondamento) sono le accuse di gravi e sistematiche violazioni imputate alla Cina, come la repressione della minoranza degli Uiguri e, più in generale, di ogni forma di dissenso.

Deve riconoscersi, peraltro, che non costituisce una novità l'incapacità dell'Organizzazione di fronteggiare le crisi internazionali più gravi, in specie quando queste vedono come protagonisti – o autori di illeciti interventi – le grandi potenze, Membri permanenti del Consiglio di sicurezza e in grado, mediante il diritto di veto, di bloccare, spesso già sul nascere, eventuali iniziative di tale organo. Basti ricordare l'invasione sovietica dell'Ungheria del 1956, quella della Cecoslovacchia del 1968, la lacerante guerra degli Stati Uniti in Vietnam, protrattasi per oltre un decennio sino al 1973.

L'aspetto nuovo è rappresentato – ci sembra – dalla progressiva perdita di fiducia nelle Nazioni Unite, dopo che la caduta del muro di Berlino nel 1989 e la fine della guerra fredda (e, nel 1991, della stessa Unione sovietica) avevano ingenerato la speranza (o l'illusione) di un nuovo ordine internazionale, garantito dall'azione efficace del Consiglio di sicurezza, finalmente affrancato dalla paralisi dovuta ai veti incrociati. Emblematica della nuova capacità del Consiglio di sicurezza era stata l'adozione della risoluzione 678 (1990) del 29 novembre 1990, che aveva autorizzato una coalizione di Stati a usare «tutti i mezzi necessari» per liberare il Kuwait dall'aggressione dell'Iraq e ristabilire la pace nella regione⁸. Sembra oggi diffuso, anche nell'opinione pubblica, un sentimento non solo di delusione, ma di rassegnazione a una sorta di irrilevanza delle Nazioni Unite nelle questioni riguardanti la pace e a una perdita non solo di autorità, ma di autorevolezza morale e politica.

3. L'attuale fase di debolezza delle Nazioni Unite è accentuata – come si è detto – da una più generale crisi del multilateralismo causata

⁸ Su di essa e il conseguente intervento militare contro l'Iraq ci permettiamo di rinviare, anche per un'ampia bibliografia, a U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, Bari, III ed., 2005, 63 ss.

dalle politiche degli Stati. Essa, tuttavia, appare dovuta anche alla incapacità dell'Organizzazione di rinnovarsi, nella sua struttura e nei suoi meccanismi decisionali e operativi, per adeguarsi a una realtà internazionale profondamente cambiata rispetto a quella del 1945, della quale, le Nazioni Unite, in specie il Consiglio di sicurezza, continuano a essere lo specchio immutabile⁹. Lo scenario internazionale, rispetto all'epoca della nascita delle Nazioni Unite, risulta oggi profondamente modificato, non solo da un punto di vista numerico, con un aumento imponente degli Stati indipendenti, dapprima a seguito della decolonizzazione e, negli anni '90 del secolo scorso, a causa dei fenomeni di smembramento che hanno riguardato Paesi come la Jugoslavia e l'Unione sovietica; ma anche sotto un profilo, per così dire, strutturale. Ci riferiamo alla formazione di nuovi centri e aggregazioni di potere, che ha dato vita a un fenomeno di multipolarismo, talvolta concretizzatosi in organizzazioni regionali; e principalmente all'irrompere di nuovi attori, alcuni dotati di una forza superiore a quella di vari Stati, come società multinazionali o potenti società di *rating*, o, su tutt'altro piano, organizzazioni terroristiche e gruppi armati (che sovente sono le uniche autorità presenti in Stati «falliti»), organizzazioni non governative, le diverse e articolate espressioni della «società civile», quali sindacati, associazioni di consumatori, movimenti di opinione. La struttura della società internazionale appare sensibilmente alterata anche per la posizione che in essa assume l'individuo, la cui soggettività è generalmente ammessa in nome, per un verso, della titolarità dei suoi diritti fondamentali, per l'altro, della configurabilità di una sua responsabilità per crimini internazionali.

Rispetto ai suddetti mutamenti della comunità internazionale le Nazioni Unite rivelano un loro *deficit* di rappresentatività e, pertanto,

⁹ La necessità di una riforma delle Nazioni Unite è ampiamente condivisa. In proposito, a titolo puramente indicativo, ricordiamo N.J. SCHRIJVER, *The Future of the Charter of the United Nations*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. X, 2006, 1 ss.; J.P. JACQUÉ, *Réformer les Nations Unies?*, in M. VELLANO (a cura di) *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, 2015, 571 ss.; J. MAS ESTELLÉS, *Transformar la ONU. Un Proyecto Para Cambiar el Mundo*, Valencia, 2017; E.C. LUCK, *Prospects for UN Renovation and Reform*, in T.G. WEISS, S. DAWS (eds.), *The Oxford Handbook on the United Nations*, cit., 897 ss.; T.G. WEISS, S. DAWS, *The Continuity and Change*, ivi, 37 ss.; S. BROWNE, *UN Reform. 75 Years of Challenge and Change*, Cheltenham-Northampton, 2019; A. ACHARYA, D. PLESCH, *The United Nations. Managing and Reshaping a Changing World Order*, in *Global Governance*, 2020, 221 ss.; P. BARGIACCHI, *Per una riforma del sistema delle Nazioni Unite, a partire dal Consiglio di sicurezza, inclusiva e rappresentativa dei nuovi equilibri mondiali*, in *Dialoghi diplomatici*, n. 248, *Dialogo Diplomatico telematico: "Diritto e Multilateralismo nei nuovi equilibri mondiali"*, 2020, 6 ss.

di democrazia, la quale trova la sua prima – e irrinunciabile – forma nella «democrazia rappresentativa». La stessa Organizzazione mostra di esserne consapevole, sia per quanto riguarda il considerevole aumento degli Stati (dai 51 membri originari delle Nazioni Unite agli attuali 193), sia con riferimento a uno scollamento dell'Organizzazione rispetto a una comunità internazionale non più di esclusiva composizione statale. Nella risoluzione 75/1 del 21 settembre 2020 per il settantacinquesimo anniversario delle Nazioni Unite l'Assemblea generale, infatti, sottolinea: «The world of today is very different from what it was when the United Nations was created 75 years ago. There are more countries, more people, more challenges but also more solutions». Pertanto, l'Assemblea generale ribadisce la richiesta di riformare i tre principali organi delle Nazioni Unite, il Consiglio di sicurezza, l'Assemblea generale e il Consiglio economico e sociale. Ma l'esigenza di una modernizzazione dell'Organizzazione non si limita alle riforme dei suoi organi; essa – dichiara l'Assemblea generale – richiede una più vasta corporazione: «Today's challenges require cooperation not only across borders but also across the whole of society. We have to make the United Nations more inclusive and engage with all relevant stakeholders, including regional and sub-regional organizations, non-governmental organizations, civil society, the private sector, academia and parliamentarians to ensure an effective response to our common challenges».

Con riguardo all'aumento degli Stati, e della conseguente *membership* delle Nazioni Unite, il problema principale si pone per il Consiglio di sicurezza. Il numero e la designazione dei Membri permanenti (con il diritto di veto), infatti, lo rendono «estraneo» alla massa dei nuovi Stati membri e a intere regioni geo-politiche, come il Sud America, l'Africa, la stessa Asia (dove la Cina non è in alcun modo rappresentativa del Continente). Per altro verso esso risulta anacronistico rispetto alla stessa logica di potere, che nel 1945 ne poteva giustificare la composizione, ma che oggi ignora le nuove potenze politiche ed economiche. Così il Consiglio di sicurezza, per quanto sotto un profilo giuridico formale rappresenti tutti gli Stati membri, i quali, ai sensi dell'art. 24 della Carta, riconoscono che esso, nell'adempimento dei suoi compiti inerenti alla responsabilità del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, «*acts on their behalf*», da un punto di vista politico e sostanziale accusa un distacco dalla «base sociale» dell'Organizzazione (e, quindi, anche dall'Assemblea generale).

Sotto il profilo dei mutamenti strutturali della società internazionale è la composizione quasi esclusivamente governativa degli organi delle Nazioni Unite che ne mina la rappresentatività. In particolare, a fronte della emersione dell'individuo quale soggetto di diritto internazionale, titolare di un complesso di diritti fondamentali, tale composizione fa sì che le società interne degli Stati membri non abbiano canali di comunicazione diretta con gli organi delle Nazioni Unite e che i rispettivi governi continuino a costituire un diaframma che si interpone tra l'Organizzazione e i cittadini degli Stati.

Alla luce di queste osservazioni numerose sono le spinte volte ad accrescere (e ad aggiornare) la rappresentatività e la democrazia delle Nazioni Unite.

4. Rispetto a tali istanze, peraltro, si pone la questione di adattare la stessa nozione di democrazia a un fenomeno come le Nazioni Unite (e, in generale, le organizzazioni internazionali)¹⁰. Se, a livello nazionale, può dirsi che la democrazia, nei suoi termini essenziali, ma irrinunciabili, consiste nella derivazione del potere statale dalla volontà del popolo, alla stregua dell'art. 21, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948, non è agevole trasferire tale nozione nelle Nazioni Unite. In esse la «base sociale» costituita da Stati sovrani e la natura essenzialmente governativa dei suoi organi non consentono, infatti, di rinvenire quel *demos* che, in una società democratica, è il fondamento e l'origine dei pubblici poteri. All'interno delle Nazioni Unite, viste come una associazione di Stati sovrani, i concetti democratici vanno ricostruiti e verificati su basi diverse, considerando, anzitutto, lo *status* giuridico dei Membri nell'Organizzazione e nei suoi organi, nonché i rapporti fra tali organi.

Sotto il primo aspetto, dato che nelle Nazioni Unite i consociati sono gli Stati membri, una trasposizione dei principi democratici propri delle società statali dovrebbe comportare, anzitutto, l'eguaglianza giuridica fra tali Stati, a prescindere dalle loro differenze sul piano

¹⁰ Cfr. G. FINIZIO, E. GALLO (eds.), *Democracy at the United Nations. UN Reform in the Age of Globalisation*, Bruxelles, 2013; S. CAFARO, *Elementi per la costruzione di una teoria della democraticità delle organizzazioni internazionali*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali*, cit., 293 ss.; ID., *Democracy in International Organizations: Arguments in Support of a Supranational Approach*, in *The International Journal of Interdisciplinary Global Studies*, vol. XII, 2017, 7 ss., alla quale si rinvia anche per ampi riferimenti di dottrina; cfr. anche U. VILLANI, *Aspetti problematici della democrazia nelle organizzazioni internazionali*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali*, cit., 283 ss.

militare, politico, economico, demografico (analogamente, *mutatis mutandis*, a quanto l'art. 3, 1° comma, della Costituzione italiana dichiara riguardo a «tutti i cittadini»). L'eguaglianza giuridica tra i Membri appare coerente anche con il fondamento dei poteri dell'Organizzazione: questi derivano dalla volontà dei consociati, i quali l'hanno costituita ponendosi su un piede di parità. La stessa Carta, invero, «*is based on the principle of the sovereign equality of all its Members*» (art. 2, par. 1); e di regola, infatti, questi sono titolari degli stessi diritti e degli stessi obblighi in seno alle Nazioni Unite.

Il principio della eguaglianza degli Stati membri trova una conseguente applicazione nella loro condizione giuridica nell'Assemblea generale, della quale tutti fanno parte e in posizione di assoluta parità, quale si esprime principalmente nella eguaglianza del voto, consacrata nella regola «*one State, one vote*» stabilita nell'art. 18, par. 1.

Ma l'eguaglianza degli Stati membri negli organi delle Nazioni Unite, sebbene appaia, a prima vista, pienamente corrispondente a principi democratici, non risulta più tale se solo l'angolo di visuale si sposti dagli Stati membri ai popoli che questi rappresentano nell'Organizzazione. Da questa prospettiva la stessa regola «*one State, one vote*» finisce per rivelarsi tutt'altro che democratica. Essa, infatti, parifica il voto di grandi Stati, quali la Cina, gli Stati Uniti, la Russia, a quello di microstati, come Nauru, Palau, San Marino, aventi una popolazione di solo qualche migliaio di cittadini. Per tale via, evidentemente, il cittadino di un microstato è rappresentato nell'Assemblea generale in maniera vistosamente sproporzionata rispetto a quello di uno Stato di vaste dimensioni demografiche. Guardando al dato sociale, cioè il popolo di ciascuno Stato, la regola in esame, inoltre, può condurre alla formazione di maggioranze di Stati membri che, in realtà, esprimono una minoranza della popolazione corrispondente alla *membership* delle Nazioni Unite. Una effettiva democratizzazione, con riguardo alla questione in esame, potrebbe forse realizzarsi collegando la prospettiva interstatale con quella nazionale del singolo Stato, fondata sulla centralità del popolo. Seguendo questa impostazione, la regola di votazione potrebbe essere quella del voto ponderato, assegnando un diverso valore numerico al voto di ciascun Membro dell'Assemblea in base alla sua dimensione demografica. Ma

una riforma del genere, sebbene talvolta evocata, non ci sembra che sarebbe politicamente proponibile¹¹.

Nello stesso sistema della Carta, com'è noto, il principio di eguaglianza tra gli Stati membri è clamorosamente smentito dall'attribuzione dei seggi permanenti nel Consiglio di sicurezza, che conferisce loro uno *status* doppiamente privilegiato: per la stessa permanenza del seggio, a fronte di una mera eleggibilità temporanea di tutti gli altri Stati, e per quel diritto di veto che consente a ciascun Membro permanente di impedire l'adozione di qualsiasi risoluzione del Consiglio su questioni sostanziali. È vero che, a sua giustificazione potrebbe sostenersi che il diritto di veto può costituire un sia pur rudimentale strumento di difesa della minoranza, qual era l'Unione sovietica al momento della nascita delle Nazioni Unite, in assenza di quei meccanismi di garanzia esistenti negli ordinamenti statali, quali i *checks and balances*, la divisione dei poteri, la giustizia costituzionale e quella amministrativa. Lo *status* di Membro permanente resta comunque un palese *vulnus* alla democrazia, sia nell'ottica interstatale dell'Organizzazione, data la macroscopica disuguaglianza che innesca tra i suoi Membri, sia in quella nazionale dei popoli dei singoli Stati, essendo evidentemente privilegiati quelli rappresentati dai Membri permanenti rispetto agli altri.

Il *deficit* di democrazia, conseguente alla composizione elitaria del Consiglio di sicurezza, è accentuato dalla concentrazione in esso delle competenze in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; competenze, è vero, specifiche e limitate rispetto a quelle generali dell'Assemblea, ma ben più incisive, comportando il potere di adottare decisioni obbligatorie e un potere di azione, ai sensi del Capitolo VII della Carta, riservata in via esclusiva allo stesso Consiglio di sicurezza (art. 11, par. 2, in fine). Né un riequilibrio di poteri a favore dell'organo plenario, l'Assemblea generale, può realizzarsi in base a una sorta di potere di indirizzo politico della stessa Assemblea nei confronti del Consiglio di sicurezza. A parte la possibilità di rivolgergli raccomandazioni, l'Assemblea non ha alcun potere effettivo di controllo sull'operato del Consiglio di sicurezza. All'Assemblea generale, in definitiva, è attribuito solo un potere di esame

¹¹ Al riguardo, e per l'esame di altre proposte di modifica delle regole di votazione nell'Assemblea generale, v. U. VILLANI, *Prospettive di riforma dell'Assemblea generale*, in *La Comunità Internazionale*, 1993, 660 ss., in specie 671 ss., e, più di recente, A. DI BLASE, *Il sistema di voto nel Consiglio di sicurezza e il ruolo dell'Assemblea generale*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali*, cit., 83 ss., in specie 118 ss.

della relazione annuale che il Consiglio di sicurezza è tenuto a presentarle ai sensi dell'art. 24, par. 3. E se ciò può essere l'occasione per gli Stati membri per aprire una discussione e formulare valutazioni anche critiche verso il Consiglio di sicurezza o suoi Membri, è da escludere qualsiasi rapporto tra l'Assemblea generale e il Consiglio di sicurezza che sia in qualche modo avvicinabile a quello fiduciario che può sussistere tra un Parlamento nazionale e l'esecutivo. In fondo l'unico effetto pratico che potrebbe derivare da un diffuso giudizio critico sui Membri del Consiglio di sicurezza è la mancata rielezione di un Membro non permanente. Ma anche tale effetto, anzitutto, sarebbe procrastinato, poiché tali Membri non sono immediatamente rieleggibili (art. 23, par. 2); in secondo luogo, sarebbe molto improbabile, in quanto, nella prassi, il criterio di elezione «meritocratico», consistente nel contributo dato da un Membro al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e agli altri fini delle Nazioni Unite, previsto dall'art. 23, par. 1, non ha trovato spazio a fronte di quello, effettivamente impiegato, della equa ripartizione geografica.

Alla luce di tali osservazioni non sorprende se da più parti, e in maniera ricorrente, molteplici siano i tentativi e le proposte avanzate per modificare la composizione del Consiglio di sicurezza, al fine di renderlo più corrispondente alla *membership* odierna dell'Organizzazione, e per limitare, almeno, il diritto di veto dei Membri permanenti.

5. Le istanze di democratizzazione delle Nazioni Unite inducono anche a superare la rappresentanza esclusivamente governativa dei suoi Membri, aprendole, in qualche misura, alla diversificata realtà politica nazionale. Ciò comporterebbe, in concreto, che il popolo sia rappresentato non solo nella sua maggioranza politica – che si esprime già nel governo –, ma anche nelle sue componenti di opposizione. Ora, la Carta prevede un mezzo attraverso il quale gli Stati potrebbero soddisfare tale istanza; l'art. 9, par. 2, dichiara, infatti, che ogni Membro ha non più di cinque rappresentanti nell'Assemblea generale; tale norma è modellata sull'art. 3, par. 4, del Patto della Società delle Nazioni, il quale (secondo le intenzioni del Presidente statunitense Wilson) era volto a consentire agli Stati membri di esprimersi con più voci, anche di partiti di opposizione, ferma restando la titolarità del voto nel governo. Nella prassi, però, sebbene le delegazioni dei Membri siano alquanto articolate (ma principalmente per aprirle a competenze tecniche), è stato osservato che «è comunque impossibile trovar

traccia negli interventi dei delegati in seno all'Assemblea generale di linee politiche non conformi alle maggioranze di governo»¹².

Come si è accennato, un ammodernamento delle Nazioni Unite richiede che esse si aprano ai nuovi attori presenti sulla scena internazionale. A parte lo *status* di osservatore di varie organizzazioni internazionali, in specie regionali, più significativo, ai fini di una democratizzazione delle Nazioni Unite, è il ruolo che può essere svolto dalle organizzazioni non governative¹³, alle quali, ai sensi dell'art. 71 della Carta, il Consiglio economico e sociale può attribuire lo *status* consultivo, disciplinato dalla risoluzione 1996/31 del 25 luglio 1996 dello stesso Consiglio. Esse, come espressioni e articolazioni della società civile, sia internazionale che nazionale, oltre a fornire al Consiglio economico e sociale la propria *expertise*, contribuiscono a dare alle Nazioni Unite una legittimazione democratica di tipo partecipativo e dal basso. Il valore della collaborazione tra le Nazioni Unite e le organizzazioni non governative è stato costantemente ribadito in importanti documenti e risoluzioni delle Nazioni Unite (di particolare interesse resta il c.d. Rapporto Cardoso del 7 giugno 2004, dal titolo *We the Peoples: Civil Society, The United Nations and Global Governance*). Tali organizzazioni, invero, sono suscettibili di esprimere – e di incanalare nella vita delle Nazioni Unite – bisogni, istanze, opinioni, progetti di varia natura che spesso travalicano le dimensioni (e persino le possibilità) dei singoli Stati, dando voce così alla società mondiale.

Per apprezzare, peraltro, i margini di manovra di cui esse dispongono non va dimenticato che la loro ammissione allo *status* consultivo – così come il ritiro di tale *status* – dipendono pur sempre dalle decisioni di un organo governativo, il Comitato sulle organizzazioni non governative, formato da 19 Stati membri del Consiglio economico e sociale, e che tali organizzazioni, molto bene accette quando sono in grado di offrire contributi concreti alla soluzione dei problemi rientranti nella loro competenza, lo sono meno quando assumono posizioni «politiche», per esempio denunciando violazioni dei diritti umani. Lo *status* consultivo, infatti, può essere sospeso o revocato, tra l'altro,

¹² Così B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Milano, XII ed., 2020, 121.

¹³ Al riguardo, con riferimento più generale al fenomeno delle organizzazioni internazionali, di recente cfr. E. TINO, *La legittimità delle organizzazioni internazionali e il contributo degli organi rappresentativi di interessi non-governativi al suo rafforzamento*, in *Le organizzazioni internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo*, cit., 27 ss. (ivi ampie indicazioni bibliografiche).

se l'organizzazione non governativa compie atti «unsubstantiated or politically motivated against Member States» (par. 57, *a*, della risoluzione 1996/31). Va tenuto presente, inoltre, che l'apporto che può essere dato dalle organizzazioni non governative va inquadrato nei limiti delle competenze dello stesso Consiglio economico e sociale, le quali sono certamente di notevole importanza nella vita dell'Organizzazione, sul piano propositivo e operativo, ma non si estendono all'adozione di atti giuridicamente obbligatori.

Sotto il profilo del contributo che le organizzazioni in parola possono offrire alla democratizzazione delle Nazioni Unite occorre poi tenere presente che, per quanto possano rappresentare nella maniera più autentica le istanze della «società civile», esse stesse non danno garanzie sulla propria democraticità: esse, cioè, esprimono bisogni, interessi, opinioni, spesso di natura particolare (talvolta persino tra di loro antitetici), ma non di cittadini che le abbiano «elette»¹⁴. Questa osservazione consiglia di mantenere il loro ruolo sul terreno della democrazia partecipativa, mediante un'attività di rappresentazione di istanze e di bisogni della società, di promozione di iniziative, di manifestazione di movimenti di opinioni, di stimolo verso gli organi delle Nazioni Unite, piuttosto che immetterle nei processi propriamente decisionali.

6. Uno sviluppo in senso democratico delle Nazioni Unite potrebbe realizzarsi mediante diversi strumenti. Quello più diretto consiste nella modifica formale della Carta mediante i procedimenti da essa stessa contemplati, cioè gli emendamenti e la revisione.

I primi consistono in modifiche di singole disposizioni. Ai sensi dell'art. 108 essi richiedono l'adozione da parte dell'Assemblea generale alla maggioranza dei due terzi dei suoi Membri e la successiva ratifica dei due terzi dei Membri delle Nazioni Unite, ivi compresi tutti i Membri permanenti del Consiglio di sicurezza¹⁵. La revisione dovrebbe comportare una modifica più ampia e complessiva della Carta, tale da investire più sensibilmente i caratteri generali, normativi o strutturali, dell'Organizzazione. L'art. 109 stabilisce, al riguardo,

¹⁴ Cfr. A. TANCREDI, *L'ibridazione pubblico-privata di alcune organizzazioni internazionali*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali*, cit., 331 ss., in specie 351 ss.

¹⁵ Com'è noto, il procedimento di emendamento è stato impiegato per aumentare il numero dei Membri del Consiglio di sicurezza da 11 a 15 e, conseguentemente, la maggioranza prescritta per l'adozione delle sue risoluzioni da 7 a 9, e due volte per aumentare il numero dei Membri del Consiglio economico e sociale, da 18 a 27 e poi a 54.

che sia convocata una Conferenza generale dei Membri delle Nazioni Unite, la quale adotti raccomandazioni di modifica alla maggioranza dei due terzi e che esse entrino in vigore a seguito di ratifica dei due terzi dei Membri delle Nazioni Unite, ivi compresi tutti i Membri permanenti del Consiglio di sicurezza. Lo stesso art. 109, par. 3, sembra configurare la revisione come «fisiologica»; esso, infatti, prevede che la proposta di convocazione della Conferenza sia iscritta all'ordine del giorno, al più tardi, della decima sessione annuale dell'Assemblea generale. Questa, nel corso di tale sessione, adottò la risoluzione 992(X) del 21 novembre 1955, con la quale decise di tenere al momento opportuno una Conferenza di revisione, affidandone la preparazione a un Comitato. Quest'ultimo dal 1967 cessò di riunirsi senza che la Conferenza fosse mai convocata, né alcuna revisione realizzata.

Riguardo ai suddetti procedimenti va sottolineato che entrambi richiedono l'unanime volontà (espressa con la ratifica) dei Membri permanenti del Consiglio di sicurezza; si tratta di una condizione, coerente con la regola del diritto di veto, che occorre realisticamente tenere presente ogni qual volta si pensi di modificare la Carta, in specie la disciplina del Consiglio di sicurezza.

Il tema della revisione della Carta – nel quale sono centrali proprio la composizione e la votazione del Consiglio di sicurezza¹⁶ – si

¹⁶ Sull'argomento vi è una vasta bibliografia; limitandoci ad alcune segnalazioni, che possano fornire il quadro della evoluzione storica del dibattito politico e scientifico, ricordiamo, tra gli altri, G. CATALDI, *Il Consiglio di sicurezza nel nuovo scenario internazionale: prospettive di riforma nella struttura e nelle procedure*, in *La Comunità Internazionale*, 1993, 683 ss.; I. WINKELMANN, *Bringing the Security Council in a New Era – Recent Developments in the Discussion on the Reform of the Security Council* –, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. I, 1997, 35 ss.; M. PEDRAZZI, *Riforma del Consiglio di sicurezza e posizione italiana*, in R. ALIBONI, F. BRUNI, A. COLOMBO, E. GRECO (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale. Edizione 2000*, Bologna, 2000, 117 ss.; I. INGRAVALLO, *In tema di riforma del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, 261 ss.; B. GRANDI, *Uguaglianza e disuguaglianza tra membri delle Nazioni Unite. Sull'esigenza di riforma del Consiglio di sicurezza*, in *Comunicazione e Studi*, 2002, 761 ss.; B. FASSBENDER, *All Illusions Shattered? Looking Back on a Decade of Failed Attempts to Reform the UN Security Council*, in *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, vol. VII, 2003, 183 ss.; P. BARGIACCHI, *La riforma del Consiglio di sicurezza*, Milano, 2005; ID., *Passi avanti e giri a vuoto nella riforma dell'ONU: la nomina del Segretario generale e l'enlargement del Consiglio di Sicurezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 875 ss.; Y.Z. BLUM, *Proposals for UN Security Council Reform*, in *American Journal of International Law*, 2005, 632 ss.; A. BLANC ALTEMIR et REAL, *La réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies: quelle structure et quels membres?*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, 801 ss.; R. HATTO, N. LEMAY-HÉBERT, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies: Entre représentativité et efficacité*, in B. BADIE, G. DEVIN (dirs.), *Le*

trascina sin dai primi anni '70 del secolo scorso, nell'ambito di vari organi e gruppi di lavoro che si sono succeduti e accavallati nel tempo: dapprima il Comitato *ad hoc* sulla Carta delle Nazioni Unite (istituito dall'Assemblea generale con risoluzione 3349 (XIX) del 17 dicembre 1974), sostituito dal Comitato speciale sulla Carta delle Nazioni Unite e il rafforzamento del ruolo dell'Organizzazione (risoluzione 3499 (XXX) del 15 dicembre 1975) e dall'*Open-ended* gruppo di lavoro sulla questione dell'equa rappresentanza e dell'aumento del numero dei Membri del Consiglio di sicurezza (risoluzione n. 48/26 del 3 dicembre 1993), ironicamente ribattezzato «*never-ending*» per la sua inconcludenza, per arrivare alla decisione di dare vita a un processo negoziale intergovernativo (IGN) (risoluzione dell'Assemblea generale 62/557 del 15 settembre 2008). Finora non si è registrata alcuna convergenza, tra i numerosi documenti e progetti da più parti presentati, sull'allargamento del Consiglio di sicurezza a nuovi Membri permanenti, o semipermanenti (immediatamente rieleggibili) e/o elettivi, sulla loro designazione o sui criteri di individuazione, sulla attribuzione del diritto di veto, su una sua limitazione; sicché, come è stato osservato¹⁷, si può forse parlare di una discussione e di un confronto tra gli Stati, ma neppure di un vero negoziato in atto.

A noi pare che sia lecito dubitare della utilità del processo in corso. Da un lato, infatti, l'allargamento del Consiglio di sicurezza, se accompagnato dall'estensione a nuovi Membri del diritto di veto, comporterebbe ulteriori situazioni di stallo e di paralisi dell'organo. Per altro verso, ipotesi di eliminazione, o anche solo di limitazione del diritto di veto, allo stato non appaiono politicamente proponibili. Si aggiunga che lo stesso diritto di veto va trattato con prudenza poiché, come si è detto, in un sistema embrionale e privo, in particolare, di un controllo giudiziario sugli atti dell'Organizzazione esso, sia pure in maniera rudimentale, può operare a difesa delle minoranze politiche.

Gli stessi procedimenti dovrebbero usarsi per ipotetiche modifiche relative all'Assemblea generale, come un (improbabile) cambiamento della regola «*one State, one vote*», o un ampliamento dei suoi poteri di controllo sul Consiglio di sicurezza, o ancora una sua «rivoluzionaria» (e forse utopistica) trasformazione democratica da organo governativo in assemblea parlamentare, eletta (direttamente o indi-

multilatéralisme. Nouvelles formes de l'action internationale, Paris, 2007, 129 ss.; A. DI BLASE, *op. cit.*, 87 ss. Su alcuni punti specifici si vedano gli autori citati oltre.

¹⁷ Cfr. P. BARGIACCHI, *Passi avanti e giri a vuoto*, cit., 906.

rettamente) dai popoli degli Stati membri (sul presupposto, peraltro, che questi, a loro volta, siano sicuramente «democratici»).

7. Specie in considerazione della difficoltà di attuare modifiche formali della Carta non vanno sottovalutate possibili modifiche *de facto*¹⁸. Il termine comprende atti, prassi, procedimenti che, per quanto molto eterogenei, sono accomunati dalla circostanza di sfuggire alle complesse procedure previste dagli articoli 108 e 109. Esse possono comportare vere e proprie modifiche di disposizioni dalla Carta, ove una certa prassi dia luogo alla nascita di norme consuetudinarie. O possono consistere in atti di natura varia, provenienti dagli organi o dagli Stati membri, quali raccomandazioni, regolamenti interni, prassi nei metodi di lavoro, risoluzioni di carattere politico, risoluzioni organizzative, dichiarazioni ecc., che, pur non avendo l'efficacia giuridica di modificare la Carta, si insinuano nelle pieghe del suo sistema, orientando in un senso o nell'altro la condotta degli organi e degli Stati membri.

Modifiche consuetudinarie si sono verificate, anzitutto, riguardo al diritto di veto dei Membri permanenti del Consiglio di sicurezza. Alla stregua di una prassi risalente e costante, infatti, l'astensione dal voto non equivale a un veto, come pure risulta da una piana lettura dell'art. 27, par. 3, della Carta (il quale richiede, tra i nove voti favorevoli, i «concurring votes of the permanent members»), e non preclude quindi l'adozione di una risoluzione¹⁹. Questa modifica della citata disposizione, sebbene non «rivoluzionaria», può rivelarsi utile per consentire al Consiglio di sicurezza di assumere le proprie decisioni, attenuando il rigore della regola della unanimità dei voti dei Membri permanenti, pur permettendo agli stessi di prendere le distanze, politicamente, da una risoluzione non del tutto condivisa, ma non sino al punto di bloccarla con il proprio voto contrario.

¹⁸ Cfr. S. ENGEL, *Procedures for the De Facto Revision of the Charter*, in *Proceedings of the American Society of International Law at its fifty-ninth Annual Meeting*, 1965, 108 ss.; U. VILLANI, *La crisi delle Nazioni Unite e i progetti di rilancio*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1989, n. 2, 19 ss., in specie 21 ss.; ID., *Prospettive di riforma dell'Assemblea generale*, cit., 663 s.

¹⁹ V., per tutti, B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, 92 ss. Un'importante conferma è stata data dalla Corte internazionale di giustizia nel parere del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, 16 ss., par. 22.

Pure riguardo all'Assemblea generale, a nostro parere, può riconoscersi una modifica consuetudinaria messa in moto dalla celebre risoluzione dell'Assemblea generale 377(V) del 3 novembre 1950 «*Uniting for peace*». Essa dispone che, se il Consiglio di sicurezza, a causa della mancanza di unanimità dei Membri permanenti, non è in grado di esercitare la propria responsabilità principale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, la questione sia considerata immediatamente dall'Assemblea generale, su richiesta del Consiglio di sicurezza, senza possibilità di veto, o della maggioranza degli Stati membri. L'Assemblea generale potrà fare raccomandazioni agli Stati membri di misure collettive, compreso, nel caso di violazione della pace o di un atto di aggressione, l'uso della forza armata, se necessario.

Tale risoluzione appare in contrasto con l'art. 11, par. 2, il quale riserva al Consiglio di sicurezza le «azioni» inquadrabili nelle misure contemplate dal Capitolo VII della Carta²⁰. Tuttavia, dopo l'applicazione di tale risoluzione per la costituzione della forza UNEF I nella crisi di Suez del 1956, che incontrò un'energica contestazione da parte di numerosi Stati (in specie quelli socialisti), la «*Uniting for peace*» è stata applicata in varie occasioni, in contesti geopolitici molto differenti e su iniziativa di Stati politicamente ben differenziati, ma soltanto per raccomandare misure di carattere non militare.

Anche la Corte internazionale di giustizia ne ha dato per pacifica l'applicazione sia nel parere consultivo del 9 luglio 2004 sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato che in quello del 22 luglio 2010 sulla conformità al diritto internazionale della dichiarazione unilaterale d'indipendenza relativa al Kosovo²¹. Ci sembra, pertanto, che nei limiti del potere dell'Assemblea generale di raccomandare misure non implicanti l'uso della forza (in caso di inazione del Consiglio di sicurezza dovuta al diritto di veto), nonché per i profili procedurali relativi alla sua convocazione, si sia formata una norma consuetudinaria che ha modificato parzialmente la portata dell'art. 11, par. 2, e ampliato i poteri dell'organo plenario delle Nazioni Unite rappresentativo della

²⁰ Cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, 385 ss.

²¹ Per il primo si veda par. 29 ss., per il secondo par. 42. Nel senso che la prassi inaugurata dalla risoluzione «*Uniting for Peace*» abbia dato vita a una nuova norma consuetudinaria che riconosce una competenza «sussidiaria» all'Assemblea generale su questioni che il Capitolo VII riserva esclusivamente al Consiglio di sicurezza v. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Milano, V ed., 2019, 134 s.

sua base sociale operando, quindi, da questo punto di vista, in senso democratico.

8. Minore, rispetto a modifiche consuetudinarie, è l'impatto che sul sistema delle Nazioni Unite possono avere gli altri strumenti sopra ricordati, i quali, anche quando producono effetti obbligatori, come, per esempio, i regolamenti interni degli organi, sono pur sempre subordinati alla Carta, le cui disposizioni non possono né modificare, né derogare. Essi, tuttavia, regolando (o, quanto meno, orientando) metodi di lavoro e comportamenti degli organi e degli Stati membri, possono contribuire a democratizzare la vita delle Nazioni Unite.

Al riguardo va segnalata la nuova procedura di nomina del Segretario generale²². Questa, in passato, avveniva in maniera pressoché segreta, per quanto riguarda la formulazione della proposta nel Consiglio di sicurezza e, in particolare, le posizioni dei Membri permanenti, e, solitamente, con la supina accettazione dell'Assemblea generale. Tale metodo era stato approvato proprio dall'Assemblea generale sin dalla risoluzione 11 (I) del 24 gennaio 1946, nella quale essa aveva dichiarato che era desiderabile che il Consiglio di sicurezza proponesse un solo candidato e che si evitasse un dibattito nella stessa Assemblea; aggiungendo che sia la proposta che la nomina fossero discusse in incontri riservati e che un'eventuale votazione avvenisse a scrutinio segreto. La risoluzione 69/321 dell'11 settembre 2015 ha profondamente modificato la procedura (cui si è uniformato anche il Consiglio di sicurezza)²³. Essa sottolinea, anzitutto, che la selezione del Segretario generale deve essere guidata dai principi di trasparenza e di apertura, con la partecipazione di tutti gli Stati membri; dichiara, quindi, che va favorita e sollecitata la presentazione di candidature da parte degli Stati membri; e decide che si dia ai loro *curricula* e alla documentazione pertinente la più ampia pubblicità e di organizzare audizioni o riunioni con i candidati e di condurre dialoghi o incontri informali. Mentre il Consiglio di sicurezza continua a svolgere i propri incontri in via riservata, quelli dell'Assemblea generale hanno carattere pubblico e trasparente, con possibilità di partecipazione anche di esponenti della società civile. È evidente che la nuova procedura attribuisce un ruolo attivo e da protagonista all'Assemblea generale, organo plenario, riequilibrando i suoi poteri rispetto a quello «elitario»,

²² Cfr. P. BARGIACCHI, *Passi avanti e giri a vuoto*, cit., 876 ss.; E.C. LUCK, *op.cit.*, 899 ss.

²³ Si veda anche la risoluzione 70/305 del 13 settembre 2016 e, da ultimo, la risoluzione 73/341 del 12 settembre 2019.

il Consiglio di sicurezza. Inoltre, nella misura in cui la trasparenza e la pubblicità costituiscono elementi importanti di un sistema democratico, anche sotto questo aspetto la nuova procedura di nomina del Segretario generale segna un significativo avanzamento democratico²⁴.

Una strada che si potrebbe utilmente percorrere per modifiche *de facto* è fornita dal potere delle Nazioni Unite di istituire gli organi sussidiari che si rivelino necessari in conformità della Carta (art. 7, par. 2), potere specificato dall'art. 22 riguardo all'Assemblea generale «for the performance of its functions». Usando questo potere l'Assemblea generale potrebbe creare un'assemblea parlamentare delle Nazioni Unite, una sorta di «seconda camera» composta dai rappresentanti dei parlamenti nazionali (o direttamente dei cittadini) degli Stati membri e aperta, eventualmente, anche a esponenti della società civile. Un organo siffatto, che non potrebbe avere realisticamente che un ruolo consultivo, darebbe un significativo contributo al rafforzamento democratico dell'organo plenario delle Nazioni Unite, alla sua legittimazione dal basso e, in definitiva, alla sua autorevolezza e all'efficacia delle sue risoluzioni. Peraltro, mentre la questione è oggetto di studio e di dibattito nell'ambito della società civile e della comunità scientifica, non risultano iniziative governative in questa direzione.

Nei lavori del Consiglio di sicurezza una spinta all'apertura ad attori a esso estranei è venuta dalla c.d. formula Arria²⁵, dal nome del diplomatico venezuelano che la sperimentò per la prima volta nel marzo 1992. Essa consiste in incontri informali e riservati, promossi da uno o più Membri del Consiglio di sicurezza, tra questi ultimi con esponenti della società civile, individui, organizzazioni non governative, nonché rappresentanti di organizzazioni internazionali e di Stati membri delle Nazioni Unite o non riconosciuti da queste, che consentono di avere con tali soggetti scambi di vedute e di acquisire informazioni e suggerimenti. In questo modo l'organo delle Nazioni Unite più elitario, verticistico, intergovernativo e «opaco» si apre, in qualche misura, al dialogo e alla consultazione con esponenti della società civile, nazionale come internazionale, e con altri attori, statali o meno.

Una ricerca di posizioni condivise nel Consiglio di sicurezza, anticipando la discussione in sedi informali e allargate e mitigando,

²⁴ Peraltro, ai sensi dell'art. 141 del Regolamento di procedura dell'Assemblea generale, la votazione sulla nomina del Segretario generale ha luogo a scrutinio segreto.

²⁵ Su di essa cfr. E.C. LUCK, *op. cit.*, 912; C. B. SMITH, *Every Silver Lining Has a Cloud. Working Methods in the UN Security Council*, in *Global Governance*, 2020, 276 ss., in specie 282.

per tale via, la posizione dominante dei Membri permanenti, si realizza nei dialoghi informali interattivi, i quali hanno preso l'avvio nel 2009²⁶. Essi si concentrano su specifiche situazioni e si svolgono senza alcuna verbalizzazione e spesso comprendono anche Stati non membri del Consiglio di sicurezza. Un analogo metodo di lavoro consiste nei c.d. *Sofa talks* (detti anche «Pierce formula» dal nome dell'ambasciatrice del Regno Unito Karen Pierce)²⁷, incontri informali tra i rappresentanti dei Membri del Consiglio di sicurezza, privi di verbalizzazione, nei quali essi, facendo affidamento anche sui loro buoni rapporti personali, cercano di trovare posizioni condivise che possano sfociare in conseguenti azioni del Consiglio di Sicurezza.

Questi metodi, malgrado non intacchino in alcun modo le regole di votazione nel Consiglio di sicurezza, possono favorire una sorta di democratizzazione all'interno dello stesso, valorizzando il dialogo e il confronto costruttivo, piuttosto che le rigide posizioni che si esprimono nel voto e, principalmente, nel veto dei Membri permanenti.

Riguardo al diritto di veto non hanno avuto successo, sinora, i tentativi di alcuni gruppi di Stati membri di limitarne l'uso²⁸, inducendo i Membri permanenti a non valersene contro un «credible» progetto di risoluzione diretta a prevenire o a fare cessare la commissione di un genocidio, di crimini contro l'umanità o di crimini di guerra. Ci riferiamo alla proposta di un codice di condotta del 23 ottobre 2015, elaborato dal gruppo «*Accountability, Coherence and Transparency (ACT)*» in consultazione con gli Stati, la società civile e il Segretariato delle Nazioni Unite e ufficialmente presentata al Segretario generale il 14 dicembre 2015 da parte del Liechtenstein, a nome dei Membri del Gruppo (A/70/621 e S/2015/978), e a un'analoga iniziativa della Francia e del Messico, lanciata anch'essa nel 2015, la «*Political Declaration on Suspension of Veto Powers in Cases of Mass Atrocity*»²⁹. Sebbene tali documenti abbiano ottenuto l'adesione di ol-

²⁶ Cfr. E.C. LUCK, *op. cit.*, 912 s.; C. B. SMITH, *op. cit.*, 282. Non è venuta meno, peraltro, la prassi del «*penholder system*», per la quale è solitamente il Membro che prende l'iniziativa di adottare una risoluzione del Consiglio di sicurezza che redige il relativo progetto, e si tratta il più delle volte di un Membro permanente (v. ancora E.C. LUCK, *op. cit.*, 913, e C. B. SMITH, *op. cit.*, 278 s.).

²⁷ Cfr. C. B. SMITH, *op. cit.*, 284.

²⁸ Una raccomandazione ai Membri permanenti del Consiglio di sicurezza volta a limitare il ricorso al veto era stata rivolta dall'Assemblea generale sin dalla lontana risoluzione 267 (III) del 14 aprile 1949.

²⁹ Per un approfondito esame di tali iniziative cfr. B. ADEDIRAN, *Reforming the Security Council through a Code of Conduct: A Sisyphean Task?*, in *Ethics & International Affairs*, 2018, 463 ss.

tre un centinaio di Membri, nella prassi successiva del Consiglio di sicurezza non sembra che essi abbiano avuto alcuna incidenza, come dimostra, per esempio, il frequente uso del veto nella drammatica crisi siriana. Questa esperienza conferma che, malgrado le aperture sopra ricordate, la «regola di Yalta» è tuttora considerata intangibile e che non vi è alcuna disponibilità dei Membri permanenti ad autolimitare il proprio *status* privilegiato.

ABSTRACT

The United Nations between the Crisis of Multilateralism and Demands of Democratization

The crisis of multilateralism also affects the United Nations, which are often unable to guarantee the objective of safeguarding international peace and security. There is a need to adapt this organization to an ever-changing international scenario, as well as to democratize its bodies and procedures. The reform cannot be limited to foster more equality between Member States – which suffers from the notable exception of permanent members of the Security Council – but should also provide for an increased role for non-State actors in international life. Faced with the difficulties of adopting formal amendments to the Charter, *de facto* changes should not be underestimated, which can guide the action of the organs and Member States of the United Nations in a democratic direction.

THE ELUSIVE NOTION OF 'PEOPLES' IN THE CONTEXT OF POST-COLONIAL SELF-DETERMINATION CLAIMS: THE CASE OF NAGORNO-KARABAKH

VASILKA SANCIN – MARKO KRAJNC

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Setting the Scene: The Right of Self-Determination in the Non-Colonial Context. – 2.1. Self-Determination as an Overarching Concept. – 2.2. Supremacy of Internal Self-Determination and Remedial Secession. 3. The Meaning of the Term 'Peoples'. – 3.1. Resolving the Question of Existence of 'Peoples' as a Preliminary Issue. – 3.2. Decisive Determinants of 'Peoples'. – 3.2.1 Objective Characteristics of 'Peoples'. – 3.2.2. Subjective Characteristic of 'Peoples'. – 3.3. 'Peoples' Versus 'Minorities': A Reconciliation. – 4. Nagorno-Karabakh. – 4.1. Relevant Factual Background. – 4.2. An Appraisal. – 5. Conclusion.

1. The question of who constitutes 'peoples' in the context of self-determination has been troubling for political, judicial, and other actors, as well as theory, for over a century¹. Already in 1920, the Council of the League of Nations dealt with the case concerning the Aaland Islands between Sweden and Finland. Throughout the history, the archipelago belonged to Sweden and has since time immemorial been home to Swedish population, but in the 17th century, it was incorporated into what has later become Finland and the Aalanders were alienated from their motherland. As they became threatened in their language and culture, they became aspirant to reunification with Sweden, and the Council of the League of Nations endowed the Committee of Jurists (the Commission of Rapporteurs) with the task of giving an opinion on whether the Aalanders may separate from Finland and integrate into Sweden in virtue of their right of self-determination.

¹ See J. CASTELLINO, *International Law and Self-Determination: Peoples, Indigenous Peoples, and Minorities*, in C. WALTER, A. VON UNGERN-STERNBERG, K. ABUSHOV (eds.), *Self-determination and Secession in International Law*, Oxford 2014, 27 ff., 32 *et seq.*

The Committee saw a 'national group' as a minority population «based on old traditions or on a common language» with its own «social, ethnical or religious characteristics»². The Commission approached the Aalanders' identity as a 'minority' and held that although they wanted to preserve the Swedish language – an essential part of their culture and «the very soul of a people» – the Aalanders were in certain respects distinct also from the Finnish Swedes themselves, «above all in their separatist spirit, which carrie[d] them towards Sweden, alienating them from their brothers in race who ha[d] remained Finnish at heart»³. Nevertheless, the Commission concluded that the Aalanders did not constitute a different ethnic group, but formed only a segment of the minority of Finnish Swedes «who [could not] possibly exist separated from the rest of Finland»⁴.

Even though the right of self-determination was in the embryonic stage, the early *Aaland Islands* case is one of the first self-determination disputes that was dealt with through the prism of international law. As such, it may serve as an illustration of primordial challenges of the right of self-determination that have remained equally relevant up to the present day. Plenty of self-determination claims, especially those aimed at separation from a State, have spurred many (armed) conflicts around the world. As many minority groups have usually become part of a particular State either by incorporation of the territory on which they have traditionally lived or by their historical immigration to that territory, such disputes do not seem to disappear in the future, while the characteristics of minority groups differ significantly. All different factual circumstances therefore create the need for a sufficiently clear *legal* standard which would help to determine whether a certain group may represent 'peoples' in the context of self-determination.

The main purpose of this Article is therefore an attempt to clarify an important aspect of the law on self-determination, namely the meaning of 'peoples' – the bearers of the right of self-determination. It discusses the 'preliminary' issue of the right-holders and does not, except briefly for the purposes of systematicity, delve into the legal consequences of the existence of 'peoples', including the

² *Report of the Committee of Jurists on the Aaland Islands Question*, LNOJ Special Supp. No. 3 (1920), 6-7.

³ *Report of the Commission of Rapporteurs on the Aaland Islands Question*, LN Doc. B7/21/68/106 (1921), Excerpt, 5-6.

⁴ *Ibid.*, 7.

controversies surrounding the developing concept of 'remedial secession'.⁵

The paramount question of this Article is thus *what kind* of a group constitutes 'peoples' that are entitled to self-determination in the 21st century. It starts by elaboration on the meaning of 'peoples' in the non-colonial context (Section 2), briefly dealing with the key aspects of the right of self-determination, *i.e.* its constitutive elements (Subsection 1) and mode of implementation (Subsection 2). It then proceeds to the central question of what kind of a group constitutes 'peoples' (Section 3). Firstly, it argues that the existence of 'peoples' should always be examined at the outset, prior to the assessment of other conditions for self-determination, which become relevant only after the existence of 'peoples' (the right-holders) is established; and that the meaning of 'peoples' signifies a legal standard forming the basis for the entitlement to self-determination (Subsection 1). Secondly, it suggests a set of objective characteristics and an additional – subjective – characteristic of 'peoples' (Subsection 2). Finally, it elaborates on the qualitative differences between 'peoples' and 'minorities', and discusses whether a 'minority' can and may also qualify as 'a people' (Subsection 3). To exemplify the findings on the meaning of 'peoples', the Article examines the question of existence of 'peoples' in the case of Nagorno-Karabakh before and after the '2020 armed conflict' (Section 4).

2.1. With the advent of the UN, self-determination has become a binding norm⁶, described by the International Court of Justice (ICJ) as a right *erga omnes*⁷, since developing friendly relations among nations

⁵ See further M. STERIO, *Secession in International Law: A New Framework*, Northampton, 2018; D. SHELTON, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, Northampton, 2nd ed., 2020, 146-153.

⁶ See ICJ, Advisory Opinion of 25 February 1975, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 120-201; see also *ibid.*, Joint Declaration of Judges Cançado Trindade and Robinson, *ibid.*, Separate Opinion of Judge Robinson. It has even come to acquire the status of a peremptory norm; see H. GROS ESPIELL, *The Right to Self-Determination: Implementation of United Nations Resolutions Relating to the Right of Peoples under Colonial and Alien Domination to Self-determination*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980); D. TLADI, *Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, UN Doc. A/CN.4/727 (2019).

⁷ ICJ, Judgment of 30 June 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*, para. 29; ICJ, Advisory Opinion of 9 July 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 88.

based on self-determination was accepted as one of its purposes⁸. Self-determination therefore played a pivotal role in the process of decolonisation⁹, though entities outside that specific context have likewise asserted their own self-determination claims, and so the need to distinguish between colonial and non-colonial contexts emerged.

Common Article 1 of the 1966 International Covenants on Human Rights entitles «all peoples» to freely determine their political status and to pursue their economic, social, and cultural development¹⁰. The recognition of a distinct right of self-determination was initiated by Socialist and Third World States, whereas most Western States, above all the European colonial powers, vehemently opposed and voted against it and argued that it is a political principle and not a right. Nevertheless, the Western States took part in the drafting of the text and played a role in extending Article 1's scope of application beyond colonial peoples¹¹.

The fact that the right of self-determination is enshrined in the very first article demonstrates that its implementation represents a precondition for effective enjoyment of all individual human rights provided for in the Covenants¹². The very idea of self-determination is thus defined as «the need to pay regard to the freely expressed will of peoples»¹³ because they should not be considered as mere chattels when their future is at stake¹⁴. It follows that colonialism, as well as

⁸ Charter of the United Nations, 1 *UNTS* XVI (1945) [UN Charter], Article 1(2). It is further recognised under the Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States, GA Res. 2625(XXV) (1970); Helsinki Final Act of 1975, 14 *ILM* 1292 (1975), and in the Charter of Paris for a New Europe, OSCE (1990).

⁹ Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples, GA Res. 1514 (XV) (1960) [GA Res. 1514 (XV)]; ICJ, Advisory Opinion of 21 June 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, para. 52; ICJ, Advisory Opinion of 16 October 1975, *Western Sahara*, paras. 54–58.

¹⁰ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 *UNTS* 3 (1966), Article 1(1); International Covenant on Civil and Political Rights, 999 *UNTS* 17 (1966), Article 1(1). See also African Charter on Human and Peoples' Rights, 1520 *UNTS* 217 (1981), Article 20(1), Helsinki Final Act, 14 *ILM* 1292 (1975), para. 1(a)(VIII).

¹¹ See further W. A. SCHABAS, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights*, Kehl, 3rd ed., 2019, 12–15.

¹² HRC, *General Comment No. 12: The Right to Self-Determination of Peoples*, CCPR/GEC/6626 of 13 March 1984, para. 1; S. JOSEPH, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, 2013, 153.

¹³ *Western Sahara*, cit., para. 59.

¹⁴ *Western Sahara*, cit., Separate Opinion of Judge Dillard, 122; A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995, 128. See also Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217A (III) (1948), Article 21(3), which stipulates that a «will of the people shall be the basis of the authority of government».

any form of alien subjugation, domination, and exploitation is tantamount to a violation of the right of self-determination¹⁵. Consequently, the interpretation of the text, context, and object and purpose of the Covenants warrants the conclusion that the right of self-determination was not designed to protect solely colonial peoples, but *all* peoples, regardless of the context. Such finding is further supported by *travaux préparatoires* of the Covenants¹⁶ and confirmed by the position of the UN¹⁷, judicial¹⁸ and quasi-judicial¹⁹ practice, and doctrine²⁰.

2.2. The right of self-determination shall not *prima facie* be linked with the right to independence. The decolonisation process was indeed inherently associated with the right of self-determination, whereby many new States have been created. Nevertheless, that outcome cannot be generalised because the colonial territories had a special international legal status²¹, according to which the colonial peoples were *explicitly entitled* to independence or integration with another State²². Furthermore, the colonial territories were not part of the

¹⁵ Declaration on principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV) (1970) [GA Res. 2625 (XXV)], para. 5(2).

¹⁶ M.J. BOSSUYT, *Guide to the 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, 1987, 32.

¹⁷ Importance of the universal realization of the right of peoples to self-determination and of the speedy granting of independence to colonial countries and peoples for the effective guarantee and observance of human rights, GA Res. 48/94 (1994).

¹⁸ ICJ, Advisory Opinion of 9 July 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, paras. 155-159; ICJ, Advisory Opinion of 22 July 2010, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Separate Opinion of Judge Cañado Trindade, p. 597; Canadian Supreme Court, *Reference re Secession of Quebec*, 2 SCR 217 (1998), para. 138; Inter-American Court on Human Rights, Judgment of 28 November 2007, *Saramaka People v Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs 2007, Series C No. 172.

¹⁹ HRC, *Mikmaq Tribal Society v. Canada*, Communication No. 78/1980, Decision of 29 July 1984, CCPR/C/22/D/78/1980, para. 8.2; HRC, *Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, Views of 27 July 1988, CCPR/C/33/D/197/1985, para. 6.3; HRC, *Klemetti Käkäläjärvi et al. v. Finland*, Communication No. 2950/2017, Views of 2 November 2018, CCPR/C/124/D/2950/2017 of 1 February 2019, para. 8.8; see also HRC, *Concluding Observations: Azerbaijan*, CCPR/C/79/Add.38 of 3 August 1994), para. 6.

²⁰ R. MCCORQUODALE, *Self-Determination beyond the Colonial Context and its Potential Impact on Africa*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 1992, 592, 601-605; J. DUGARD, *The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo*, in *Recueil des cours*, Vol. 357, 2013, 9 ff., 83; P. M. TAYLOR, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, New York, 2020, 46-48.

²¹ See UN Charter, Chapter XI and XII.

²² GA Res. 1514 (XV), para. 4.

metropolitan States²³. Hence, external self-determination has so far been legally justified in that specific context only. This means that the situation in the non-colonial context is manifestly different because 'peoples' do not have a *right* to independence, except perhaps where recognizing their independence follows the most extreme cases where the survival of such 'peoples' was at stake. The existing international law is thus silent as to how the right of self-determination is to be implemented in the non-colonial context. Moreover, contentious non-colonial territories form integral parts of sovereign States, so even the factual situation on the ground differs from that in the colonial context. There are, of course, no obstacles that would debar the exercise of external self-determination with the objective to reach independence, if a parent State consents to it.

The Friendly Relations Declaration contains the so-called safeguard clause, which stipulates that a State acts in compliance with the right of self-determination, if it consists of «a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour»²⁴. Moreover, in the landmark *Secession of Quebec* case, the Supreme Court of Canada opined that «sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through *internal* self-determination»²⁵. Similarly, the African Commission on Human and Peoples' Rights established that the right of self-determination is ordinarily exercised within a State²⁶. These considerations affirm that internal self-determination in the non-colonial context takes precedence over its external counterpart²⁷ in order to preclude territorial dismemberment of States²⁸, and that in principle, the right of self-determination may adequately be implemented internally²⁹.

²³ GA Res. 2625 (XXV), para. 5(6).

²⁴ *Ibid.*, para. 5(7).

²⁵ *Secession of Quebec*, *supra* note 18, para. 126.

²⁶ ACHPR, Communication No. 75/92, *Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, Final Report of 22 March 1995, para. 6; ACHPR, Communication No. 266/03, *Gunme and Others v. Cameroon*, Final Report of 27 May 2009, para. 200.

²⁷ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, 1995, 119; S. OETER, *Self-Determination*, in B. SIMMA *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, 3rd ed., 2012, 313 ff., 328.

²⁸ B. SAUL, D. KINLEY, J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, 2014, 20.

²⁹ A. CRISTESCU, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1 (1981), para. 692.

The Friendly Relations Declaration in its safeguard clause also declares that the right of self-determination shall not be construed so as to infringe upon territorial integrity of sovereign States «conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples»³⁰. It thus establishes a presumption in favour of territorial integrity, especially because it is couched in the negative manner, rendering external self-determination implicit, and purportedly, non-existent³¹. Nevertheless, a careful «analysis of both the text of the Declaration and the preparatory work warrants the contention that secession is not ruled out but may be permitted only when very stringent requirements have been met»³². This seems to be a reasonable view as that presumption is based on the assumption of effective realisation of internal self-determination which is not irrefutable – it may be rebutted, but solely on exceptional grounds³³, namely when ‘peoples’ are denied effective internal self-determination, are oppressed, and secession represents their last resort³⁴. The ICJ in the *Kosovo* Advisory Opinion eschewed this question³⁵, but many States that participated in the written proceedings argued in favour of the so-called concept of ‘remedial secession’³⁶. Undeniably, there is a paucity of actual State practice³⁷ which may indeed speak against remedial secession³⁸, but this should not preclude it from a principled existence

³⁰ GA Res. 2625 (XXV), para. 5(7) (emphasis added).

³¹ M.N. SHAW, *Peoples, Territorialism and Boundaries*, in *European Journal of International Law*, 1997, 478 ff., 483.

³² CASSESE, *op. cit.*, 118.

³³ *Secession of Quebec*, cit., para. 138; *Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, cit., para. 6; *Gunme and Others v. Cameroon*, cit., para. 200. See also F.L. KIRGIS, *The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era*, in *American Journal of International Law*, 1994, 304 ff., 309.

³⁴ J. DUGARD, D. RAIČ, *The Role of Recognition in the Law and Practice of Secession*, in M.G. KOHEN (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, 94 ff., 109; S.F. VAN DEN DRIEST, *Remedial Secession: A Right to External Self-Determination as a Remedy to Serious Injustices*, Antwerp, 2013, 113.

³⁵ But see ICJ, Advisory Opinion of 22 July 2010, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 173-176; Separate Opinion of Judge Yusuf, paras. 11-16; Dissenting Opinion of Judge Koroma, paras. 21-23.

³⁶ See Written Statements of Albania, Estonia, Finland, Germany, Ireland, Netherlands, Poland, Romania, Russia, Slovenia, and Switzerland. See *contra* Written Statements of Argentina, Cyprus, Serbia, and Spain.

³⁷ The only example is Bangladesh (1971), which was admitted to the UN (1974) – Pakistan's implied recognition was *fait accompli*. Although currently recognised by 114 States, Kosovo remains a contested example due to its non-admission to the UN.

³⁸ J. VIDMAR, *The Annexation of Crimea and the Boundaries of the Will of the People*, in *German Law Journal*, 2015, 365 ff., 370.

since it is not entirely clear whether the lack of relevant State practice pertains to the rareness of justified circumstances or to the absence of recognition of the concept by international community. This being so, exceptional circumstances could, at least in principle, bring about *a qualified right* to external self-determination.

3. «On the surface it seem[s] reasonable: let the people decide. It [is] in fact ridiculous because the people cannot decide until somebody decides who are the people»³⁹.

3.1. The question of who is the holder of an individual human right in a particular case is redundant (and indeed inappropriate) because its subject is always a human being, notwithstanding his or her characteristics. Conversely, an actual subject of a collective human right is not always so apparent in practice. Legal instruments do specify which group of people *as a group* is given a right, but they do not prescribe its essential characteristics that would assist in indicating what kind of a collectivity is actually entitled to that right. Assessment as to whether a certain group of people qualifies as ‘peoples’ thus reveals whether a self-determination unit exists in the first place – if a particular group of people does not possess the required characteristics, there is actually no right-holder and any discussion regarding the application of the right of self-determination becomes futile. Hence, the existence of ‘peoples’ is a prerequisite for delving into the substantive issues of the right of self-determination⁴⁰, as demonstrated by the *Gunme* case, in which identity of the Southern Cameroonians was the cardinal preliminary issue⁴¹.

In light of the uniqueness of each self-determination case, any abstract legal ‘definition’⁴² of ‘peoples’ seems inadequate⁴³. However, the very absence of it permits «the doctrine’s animating purposes, as reflected in the international community’s practices in the decoloniza-

³⁹ I. JENNINGS, *The Approach to Self-Government*, Cambridge, 1956, 56.

⁴⁰ L.C. BUCHHEIT, *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*, London, 1978, 9.

⁴¹ *Gunme and Others v. Cameroon*, cit., paras. 169-179.

⁴² The term ‘definition’ will not be used since it implies rigidity. It is defined as «a statement of the exact meaning of a word», in *Oxford Dictionary*, 2021, www.oxforddictionaries.com.

⁴³ N. BERMAN, *Sovereignty in Abeyance: Self-Determination and International Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1988-1989, 51 ff., 93.

tion era and beyond, to drive the outcome in any given case»⁴⁴. The drafters of the African Charter on Human and Peoples' Rights, for example, made a deliberate choice not to define 'peoples'⁴⁵. The term 'peoples' should rather be seen as a flexible 'notion'⁴⁶ capable of accommodating complexities surrounding each self-determination claim. Although determining the existence of 'peoples' in all factual situations, inevitably involves an extensive examination of facts of each individual case⁴⁷, this should not be deemed as an entirely factual question. It is an inherent part of the law of self-determination as it forms the legal basis for the entitlement to self-determination. Appraisal of the existence of 'peoples' therefore presupposes a normative approach, according to which a decision shall be taken on a case-by-case basis pursuant to the legal criteria encapsulated in the legal standard, and not on the grounds of bare factual perceptions. The existence of a people is indeed a matter of fact, but the existence of 'peoples' is a matter of fact *and* law⁴⁸.

Additionally, in interpreting the term 'peoples', recourse shall be had also to some non-legal disciplines, such as sociology and history⁴⁹, and particularly ethnology since the meaning of the term centres on ethnicity⁵⁰. But these non-legal (factual) considerations do not strip the notion of its legal nature, as they are not by themselves sufficient to constitute a legal basis for the entitlement to self-determination. The notion of 'peoples' is wider as it includes also other objective (and subjective) elements of more legal kind. Those non-legal aspects are thus merely useful *indicia* whether a group of people meets the

⁴⁴ B. R. ROTH, *The Relevance of Democratic Principles to the Self-Determination Norm*, in P. HILPOLD (ed.), *Autonomy and Self-Determination: Between Legal Assertions and Utopian Aspirations*, Cheltenham-Northampton, 2018, 56 ff., 76.

⁴⁵ See W. VAN GENUGTEN, *Protection of Indigenous Peoples on the African Continent: Concepts, Position Seeking, and the Interaction of Legal Systems*, in *American Journal of International Law*, 2010, 29 ff., 38-43.

⁴⁶ The term 'notion' will be used instead of 'definition' because it is more adaptable. It is defined as «a conception of or belief about something», in *Oxford Dictionary*, 2021, www.oxforddictionaries.com.

⁴⁷ See J. SUMMERS, *The Internal and External Aspects of Self-Determination Reconsidered*, in D. FRENCH (ed.), *Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Cambridge, 2013, 229 ff., 235.

⁴⁸ This in no way means that 'peoples' are accorded any superiority in relation to other groups of people. The differentiation is used exclusively for the purposes of the right of self-determination.

⁴⁹ B. VUKAS, *States, Peoples and Minorities*, in *Recueil des cours*, Vol. 231, 1991, 263 ff., 317-318.

⁵⁰ I. BROWNLIE, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, in J. CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, 1 ff., 5.

threshold of the legal standard of ‘peoples’, which renders the notion of ‘peoples’ a *legal* category.

3.2. «[I]f every ethnic, religious or linguistic group claimed statehood, there would be no limit to fragmentation, and peace, security and economic well-being for all would become ever more difficult to achieve»⁵¹.

The ‘self’ in self-determination cannot be a rigid concept and there is a disagreement over its meaning⁵². Nevertheless, the UNESCO experts have laid the groundwork⁵³, although the notion of ‘peoples’ defies a precise definition⁵⁴. Any list of characteristics is also not meant to require that a group of people has to possess all of those⁵⁵. Instead, it advances the objective-subjective approach, according to which ‘peoples’ shall, apart from certain objective characteristics, possess an indispensable special – subjective – characteristic: the will to be identified as ‘peoples’⁵⁶. Only these two types of characteristics together may qualify a distinct group of people as ‘peoples’.

Before turning to those characteristics, however, it is noteworthy to reiterate that in interpreting the term ‘peoples’ regard shall be had to the understanding of the right of self-determination. It has for a long time been assumed that self-determination is to do with independence⁵⁷ and that a restrictive interpretation of ‘peoples’ would therefore seem to be more appropriate. However, the modern right of self-determination, as a collective human right, is normally exercised internally which calls for a rather broad interpretation of the term⁵⁸, and so shall the analysis be conducted.

⁵¹ *Report of the Secretary-General, An Agenda for Peace*, UN Doc. A/47/277-S/24111 (1992), para. 17.

⁵² J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, 647.

⁵³ See UNESCO, Final Report and Recommendations – International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples, SHS-89/CONF.602/7 (1990).

⁵⁴ T.D. MUSGRAVE, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997, 162.

⁵⁵ R. MCCORQUODALE, *Group Rights*, in D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, 2nd ed., 2014, 333 ff., 337.

⁵⁶ Y. DINSTEIN, *Collective Human Rights of Peoples and Minorities*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, 104; R. MCCORQUODALE, *South Africa and the Right of Self-Determination*, in *South African Journal on Human Rights*, 1994, 4 ff., 11.

⁵⁷ See HIGGINS, *op cit.*, 111.

⁵⁸ MCCORQUODALE, *South Africa*, cit., 338.

3.2.1. The objective characteristics are fundamental and shall be analysed first. They can be subdivided into three categories of elements.

Anthropological elements. The vast majority of States has heterogeneous population composed of groups of people which common identity goes «beyond the merely aggregated identities of the individual members»⁵⁹. In the context of the right of self-determination, the notion of 'peoples' is often used to indicate ethnic groups⁶⁰. The term 'ethnic' is to be understood in its broader meaning⁶¹, and as generally used in the discourse on 'peoples'. Consequently, the crucial question on this point is which anthropological characteristics determine a distinct 'ethnic group'.

Two major international examples are expository of the anthropological elements of an 'ethnic group'. First, in September 1971, after East Pakistan (later Bangladesh) remedially seceded from West Pakistan (later Pakistan), the International Commission of Jurists (the Bangladesh Commission) was set up in order to consider, *inter alia*, whether its population, *i.e.* the Bengalis, formed 'peoples' for the purposes of the right of self-determination. The Bangladesh Commission held that «[i]f we look at the human communities recognised as peoples, we find that their members usually have certain characteristics in common, which act as a bond between them», and listed the most important of these common features: historical, racial or ethnic, cultural or linguistic, geographical or territorial, economic, and quantitative⁶². Taking into account all these features, the Bangladesh Commission concluded that the Bengalis are objectively a distinct group of people⁶³. What was the impact of this study on States that subsequently recognised Bangladesh is not clear, but nevertheless it clarified certain innate anthropological characteristics of an 'ethnic group'.

Secondly, in the *Gunme* case, the African Commission on Human and Peoples' Rights (the African Commission) had to determine, *inter*

⁵⁹ M. GALENKAMP, *Individualism versus Collectivism: The Concept of Collective Rights*, Rotterdam, 1993, 112.

⁶⁰ R.N. KIWANUKA, *The Meaning of 'People' in the African Charter on Human and Peoples' Rights*, in *American Journal of International Law*, 1988, 86; C. TOMUSCHAT, *Secession and Self-Determination*, in M.G. KOHEN (ed.), *op. cit.*, 24.

⁶¹ As «relating to a population subgroup (within a larger or dominant national or cultural group) with a common national or cultural tradition», in *Oxford Dictionary*, 2021, www.oxforddictionaries.com.

⁶² International Commission of Jurists, *The Events in East Pakistan, 1971 – A Legal Study* (1972), 70.

⁶³ *Ibid.*, 71.

alia, whether the Southern Cameroonians can be qualified as ‘peoples’ in order to invoke the right of self-determination under the African Charter on Human and Peoples’ Rights. The African Commission took cognisance of ‘the UNESCO criteria’ and stated that «[c]ollective rights enumerated under (...) the Charter can be exercised by a people, bound together by their historical, traditional, racial, ethnic, cultural, linguistic, religious, ideological, geographical, economic identities and affinities, or other bonds»⁶⁴. On analysis of the facts, the African Commission found that «the people of Southern Cameroon qualify to be referred to as ‘peoples’ because they manifest numerous characteristics and affinities, which include a common history, linguistic tradition, territorial connection and political outlook»⁶⁵.

Furthermore, examples of certain domestic practices of States with the history of more or less intense self-determination struggles can also serve as a valuable insight into the matter. In the *Quebec* case, the Supreme Court of Canada stated that «much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics (such as a common language and culture) that would be considered in determining whether a specific group is a people»⁶⁶. The Ethiopian Constitution in Article 39(5) sets out that «[a] ‘Nation, Nationality or People’ for the purpose of this Constitution, is a group of people who have or share large measure of a common culture or similar customs, mutual intelligibility of language, belief in a common or related identities, a common psychological make-up, and who inhabit an identifiable, predominantly contiguous territory»⁶⁷. The Spanish Constitution in Section 143(1) provides that «[i]n the exercise of the right to self-government (...), bordering provinces with common historic, cultural and economic characteristics, insular territories and provinces with a historic regional status may accede to self-government and form Self-Governing Communities»⁶⁸. The Portuguese Constitution in Article 225(1) stipulates that «[t]he specific political and administrative system applicable in the Azores and Madeira archipelagos shall be based on geographic, economic, social and cultural characteristics and on the islands populations’ historic aspirations to autonomy»⁶⁹. The Philip-

⁶⁴ *Gunme and Others v. Cameroon*, *supra* note 26, para. 171.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 179.

⁶⁶ *Secession of Quebec*, *supra* note 18, para. 125.

⁶⁷ Ethiopian Constitution, 2021, www.wipo.int.

⁶⁸ Spanish Constitution, 2021, www.wipo.int.

⁶⁹ Portuguese Constitution, 2021, www.wipo.int.

pine Constitution in Article X(15) acknowledges the autonomous regions' of Mindanao and the Cordilleras «common and distinctive historical and cultural heritage, economic and social structures, and other relevant characteristics»⁷⁰. It follows that all these cases from around the world corroborate the conclusion that 'ethnic groups' should be regarded as embodying various anthropological characteristics, most notably common history, race, customs, language, and religion. Those characteristics appear strongly entrenched also in the doctrine⁷¹. Therefore, this warrants the conclusion that an 'ethnic group' is indeed an anthropologically distinguishable group.

Territorial element. Once an 'ethnic group' is identified, the next step should be an assessment of its connection to the territory it inhabits in order to establish the required territorial link. Like anthropological elements, the territorial element is indispensable for self-determination⁷². An 'ethnic group' has to present a 'normatively sound claim to territory'⁷³ because the right of self-determination does not apply to groups of people lacking such link, *e.g.* migrants or transferred populations⁷⁴. Admittedly, however, importance of territoriality has been pretty much reduced in virtue of supremacy of internal self-determination⁷⁵, but it is still difficult to imagine how an 'ethnic group' scattered around a State, occupying no particular land, could in fact exercise self-determination even internally. Hence, the study of current State practice demonstrates that self-determination has thus far predominantly been achieved by the native ethnic groups, although this does not mean that the territorial link could not be established in other situations as well, *e.g.* in situations of ancient immigration of people to a particular region of another State.

⁷⁰ Philippine Constitution, 2021, www.wipo.int.

⁷¹ See, for instance, H. HANNUM, *Rethinking Self-Determination*, in *Virginia Journal of International Law*, 1993, 35. See also DINSTEIN, *op. cit.*, 104; BUCHHEIT, *op. cit.*, 10; BROWN-LIE, *op. cit.*, 5; D. RAIČ, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague, 2002, 262.

⁷² A. WHELAN, *The Self-Determination of Peoples in European Legal Practice*, in *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, 5 ff., 10-11; M. MOORE, *The Territorial Dimension of Self-Determination*, in M. MOORE (ed.), *National Self-Determination and Secession*, Oxford, 1998, 134 ff., 135.

⁷³ But not a legal title to it; see L. BRILMAYER, *Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*, in *Yale Journal of International Law*, 1991, 177 ff., 192-197.

⁷⁴ E.J. CÁRDENAS, M.F. CAÑAS, *The Limits of Self-Determination*, in W. DANSPECK-GRUBER (ed.), *The Self-Determination of Peoples: Community, Nation and State in an Inter-dependent World*, London, 2002, 101 ff., 112-113.

⁷⁵ Because it does not result in a complete diminution of State's sovereign rights over the territory in question.

Other elements. There may also be other elements relevant to the identification of 'peoples' since the list of objective characteristics is non-exhaustive. For instance, the economic element may be important⁷⁶ in cases of significant differences in the economic policies and practices between the ethnic group and the rest of the population. However, mere economic grievances against the economic policy of a State should not be seen as a genuinely distinctive economic element of an 'ethnic group'. The geographical element also appears to be notable, namely in cases where the pertinent territories are not contiguous, *e.g.* those of Bangladesh and Pakistan, and the Azores/Madeira and Portugal.

Quantitative aspect. Having explored the essential objective characteristics of 'peoples', it should be stressed that the size of 'peoples' is in principle irrelevant. There is no maximum or minimum limit. But logically, the quantitative requirement is that a group of people shall not be so small that it objectively cannot be considered as 'peoples'. The UNESCO experts hinted that the size is comparable to the population of micro States. However, this does not seem to be the most appropriate approach anymore because the right of self-determination is primarily carried out within a State which population, if heterogeneous, can be further divided into even smaller ethnic groups living therein. In any case, a reasonable determination has to be undertaken on a case-by-case basis.

Moreover, 'peoples' do not need to form a minority population, though this is usually the case. The only requirement may be that they represent a majority on a definable territory they occupy⁷⁷. This can be demonstrated by the cases of, for instance, the Basks (Basque Country, Spain), the Flemish (Flanders, Belgium), the Katangese (Katanga, DR Congo), the Southern Cameroonians (Southern Cameroon, Cameroon), the Bengalis (Bangladesh) and the Aceh people (Aceh, Indonesia). Nevertheless, other smaller yet significant ethnic groups shall not be forgotten since their interests shall be protected by other national and international arrangements as far as possible.

Synthesis. Under the foregoing, the following remarks could be made: first, the objective characteristics of 'peoples' consist of common anthropological (history, race, culture, language, and religion), territorial, and sometimes, other elements (such as economic

⁷⁶ Events in East Pakistan, *cit.*, 70; *Gunme and Others v. Cameroon*, *cit.*, para. 171.

⁷⁷ D. MURSWIEK, *The Issue of a Right to Secession – Reconsidered*, in C. TOMUSCHAT (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1993, 37; DUGARD, *op. cit.*, 91-92.

and geographical); second, 'peoples' can constitute a small group of people, but not small in extremis; and third, the list of objective characteristics is «far from exhaustive [and] suggests that none of the elements concerned is, by itself, either essential or sufficiently conclusive to prove that a particular group constitutes a people»⁷⁸.

Presence of those characteristics in practice, as well as in doctrine, attests that they are indeed a reliable and persuasive guidance in determining the existence of 'peoples', and that therefore they form an inherent part of the legal standard of 'peoples'. However, they have to be analysed in the context of a particular situation as groups of people «are in a constant process of dissolution and redefinition»⁷⁹. Be that as it may, it needs to be reiterated that even if all those elements are fulfilled, this still does not signify that an objectively distinct group of people may qualify as 'peoples'. For the final conclusion on that matter, it is imperative to delve into their special – subjective – characteristic.

3.2.2. «As many as 5,000 distinct communities in the contemporary world might claim that they are national peoples on grounds that they share common ancestry, institutions, beliefs, language, and territory»⁸⁰.

The subjective characteristic – the consciousness of being a distinct group of people – is equally important for the understanding of the meaning of 'peoples'⁸¹. It distinguishes 'peoples' from objectively distinct ethnic groups which do not perceive themselves as such, in which case the right of self-determination may not be justified. The genuine wish to have the group's anthropological characteristics protected emanates from the accordant self-identification. Groups of people lacking such a state of mind thus remain «no more than an academic classification, without political significance»⁸². However, the subjective characteristic of 'peoples' is not easily discerned in practice.

⁷⁸ Events in East Pakistan, cit., 70.

⁷⁹ J. WATERBURY, *Avoiding the Iron Cage of Legislated Communal Identity*, in DAN-SPECKGRUBER (ed.), *op. cit.*, 119 ff., 123.

⁸⁰ T.R. GURR, J.R. SCARRITT, *Minorities Rights at Risk: A Global Survey*, in *Human Rights Quarterly*, 1989, 375 ff.

⁸¹ HANNUM, *op. cit.*, 35; MCCORQUODALE, *South Africa*, cit., 337; RAIČ, *op. cit.*, 262-263; OETER, *op. cit.*, 325;.

⁸² MUSGRAVE, *op. cit.*, 164.

With regard to the Bengalis, the Bangladesh Commission observed that the subjective characteristic of 'a people' is indispensable and that consequently «a people begins to exist only when it becomes conscious of its own identity and asserts its will to exist»⁸³. In view of the 1954 elections, in which the political party struggling for greater autonomy of East Pakistan won 97 per cent of the seats, portraying the motive to awaken the national consciousness and the determination to liberate themselves from the domination of West Pakistan; and the 1970 elections, in which the desire for greater autonomy was further manifested by near unanimity, depicting the wish to be able to conduct their own affairs by themselves, the Bangladesh Commission concluded that «[i]t seems impossible to deny that (...) the population of East Pakistan now considered themselves a people with a natural consciousness of their own»⁸⁴. This case therefore demonstrates that the will of a particular group of people to be identified as distinct may develop over time and that such will has to be expressed.

With regard to the Southern Cameroonians, the African Commission was not that thorough in assessing the subjective characteristic, nevertheless it unravelled certain other important aspects. It first endorsed 'the UNESCO criteria' in their entirety, noticing that «[an objectively distinct group of people] may also identify itself as a people, by virtue of their consciousness that they are a people»⁸⁵. Accordingly, after the African Commission found that the Southern Cameroonians possess the objective characteristics of 'a people', it emphasised that it is of even greater importance that «they identify themselves as a people with a separate and distinct identity [which] is an innate characteristic within a people», and added that «[i]t is up to other external people to recognise such existence, but not to deny it»⁸⁶. Therefore, should the State not recognise it, this «shall not resolve the question of self-identification»⁸⁷ because that State is still under the obligation «to address [self-determination claims] rather than ignore them under the guise of sovereignty and territorial integrity»⁸⁸. Accordingly, it was reaffirmed that 'a people' cannot exist if the objectively distinct group of people does not have a proper belief, that

⁸³ Events in East Pakistan, cit., 70.

⁸⁴ *Ibid.*, 72.

⁸⁵ *Gunme and Others v. Cameroon*, cit., para. 170.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 179.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 180.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 181.

a perception of other groups of people or States has no bearing on the existence of the subjective characteristic because it is inherently self-identifying, and that, at least within the framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights, States have an obligation not to disregard self-determination claims of 'peoples', even if they officially do not recognise them as a self-determination unit.

There can also be cases where minority population of a certain State may satisfy the objective and subjective criteria, yet it may be affiliated with the majority population of the neighbouring State, 'a kin State', in which case one may also think of 'minorities'. However, according to the majority of scholars, there is no legal or moral reason why a group of people with objective and subjective characteristics distinct from those of other groups within a given State would not benefit from the right of self-determination even in such cases. It has to be stressed that the fact that a distinct group of people actually wants to achieve independence has no bearing on its qualification as 'peoples' because the question of how the right of self-determination is to be exercised is a different matter. This, however, should not be construed so as to pave the way for irredentism.

To sum up, a group of people has to be mentally aware of its distinctive objective characteristics in order to be protected as 'peoples'. Only objective and subjective characteristics *together* may entitle 'peoples' to self-determination. Otherwise, a group of people has to seek protection through its individual members exercising individual human rights.

3.3. It is pivotal for the proper understanding of the meaning of 'peoples' to address its relationship with the concept of 'minorities' as they are inextricably interwoven. Formally, international law distinguishes 'peoples' entitled to self-determination and 'minorities' entitled to minority rights⁸⁹, signifying that a 'minority' is not 'a people'⁹⁰. In practice, however, such distinction cannot always be drawn so easily and it may appear artificial and arbitrary. In fact, the notion of a 'minority' is also quite unsettled under international law⁹¹, and

⁸⁹ See ICCPR, Articles 1 and 27.

⁹⁰ P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, 1991, 216; G. WELHENGAMA, *Minorities' Claims: From Autonomy to Secession – International Law and State Practice*, Burlington, 2000, 89.

⁹¹ N. LERNER, The Evolution of Minority Rights in International Law, in C. BRÖLMANN, R. LEFEBER, M. ZIECK (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, 1993, 77 ff., 79.

any comprehensive description of a 'minority' would thus exceed the scope of this Article.

After the First World War, a significant step towards the protection of 'minorities' was made by the specific provisions in the Peace Treaties and by the special minorities treaties, but they defined a 'minority' in pretty vague terms⁹². Accordingly, the Permanent Court of International Justice provided one of the earliest descriptions of a 'minority' by describing it as «a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other»⁹³.

After the Second World War, the endeavours to interpret the term 'minority' continued and currently the most widely endorsed description suggests that a 'minority' is «[a] group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their cultures, traditions, religion or language»⁹⁴.

These descriptions thus indicate that a 'minority' is likewise defined by the objective and subjective characteristics. Based on a numerical inferiority, their distinct objective characteristics usually comprise anthropological elements, such as ethnicity, religion, or language, while the sense of solidarity aimed at preserving objective characteristics constitutes the subjective element⁹⁵. It becomes apparent that the concepts of 'peoples' and 'minorities' do not differ significantly⁹⁶. But as a matter of principle, two main differences may be discerned from the analysis above. Firstly, with respect to the objective characteristics, the threshold to qualify as a 'minority' is generally lower than the threshold to qualify as 'peoples' because: (a) a 'minori-

⁹² A. MANDELSTAM, *La protection des minorités*, in *Recueil des cours*, Vol. 1, 1923, 367 ff., 407.

⁹³ PCIJ, Advisory Opinion of 31 July 1930, *The Greco-Bulgarian 'Communities'*, 21. See also PCIJ, Advisory Opinion of 6 April 1935, *Minority Schools in Albania*, 17.

⁹⁴ F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979), para. 568 (emphasis added).

⁹⁵ MCCORQUODALE, *South Africa*, cit., 349.

⁹⁶ MUSGRAVE, *op. cit.*, 169.

ty' can possess only one common anthropological element, e.g. language⁹⁷, whereas 'peoples' need to display a wider range of common anthropological elements; and (b) a 'minority' is not required to have a strong territorial connection⁹⁸ like 'peoples'. Secondly, with respect to the quantitative aspect, a 'minority' is always numerically inferior to the majority population⁹⁹, whereas 'peoples' do not need to represent the minority population of a State. Additionally, it has been argued that the subjective characteristic of a 'minority' is not the same as that of 'peoples' because it arguably lacks 'the collective individuality',¹⁰⁰.

Notwithstanding those theoretical differences, 'peoples' and 'minorities' are characteristically closely related. The line between them may often be blurred in practice, revealing the difficulties to determine an authentic self-determination unit. Hence, it is realistically possible that a 'minority' can satisfy both the objective and subjective criteria of 'peoples', and thereby becomes entitled not only to minority rights, but also to the right of self-determination since those are not mutually exclusive¹⁰¹. After all, the notions of 'peoples' and 'minorities' «involve essentially the same idea»¹⁰². Considering that it is natural that groups of people are in a constant change, the transformation of a 'minority' into 'peoples' obviously *can* happen over time.

Whether 'minorities' may, *as such*, benefit from the right of self-determination remains questionable¹⁰³. The Human Rights Committee came close by stating that the right of self-determination is relevant in the interpretation of other human rights, especially minority rights¹⁰⁴.

⁹⁷ See, for example, ICCPR, Article 27, which protects «ethnic, religious *or* linguistic minorities» (emphasis added).

⁹⁸ HRC, *General Comment No. 23: Rights of Minorities*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 of 8 April 1994, para. 5.2; R. WOLFRUM, *The Emergence of 'New Minorities' as a Result of Migration*, in BRÖLMANN, LEFEBER, ZIECK (eds.), *op. cit.*, 153 ff., 163.

⁹⁹ Though it can form a majority in a given province; see HRC, *Ballantyne et al. v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, Views of 31 March 1993, CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 of 5 May 1993, para. 11.2.

¹⁰⁰ RAIČ, *op. cit.*, 269.

¹⁰¹ G. GILBERT, *Autonomy and Minority Groups: A Right in International Law?*, in *Cornell International Law Journal*, 2001-2002, 307 ff., 337.

¹⁰² BROWNIE, *op. cit.*, 5.

¹⁰³ J. CASTELLINO, *International Law and Self-Determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity*, The Hague, 2000, 66.

¹⁰⁴ HRC, *Mahuika and Others v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, Views of 27 October 2000, CCPR/C/70/D/547/1993 of 16 November 2000, para. 9.2; HRC, *Diergaardt and Others v. Namibia*, Communication No. 760/1997, Views of 25 July 2000, CCPR/C/69/D/760/1996, para. 10.3; HRC, *Gillot et al. v. France*, Communication No.

This led some scholars to suggest that this implies that a ‘minority’ as such may also be seen as ‘peoples’¹⁰⁵. The content of minority rights and the right of self-determination are indeed convergent, but if ‘minorities’ may truly be equated with ‘peoples’ is yet to be seen as there is a paucity of judicial or quasi-judicial practice. In any event, the notions of ‘peoples’ and ‘minorities’ have much in common which makes drawing distinction in practice very difficult, so they should always be examined in a reconciliatory manner in order to avoid unreasonable outcomes.

4.1. Nagorno-Karabakh¹⁰⁶ is a landlocked mountainous region of around 4,400 square kilometres in the Caucasus, at a centre point where empires have met and clashed in expansionist endeavours throughout history, including those of the Ottoman, Russia, Roman, British, Arab, Persian, Byzantine, and Mongolian¹⁰⁷. The territorial sovereignty over Nagorno-Karabakh is nowadays fiercely contested between Armenians and Azerbaijanis. Moreover, the neighbouring and other States (e.g. Russia, the UK, the US, Iran, and Turkey) have varying degrees of strategic and natural resources/energy interests in the region, which are all too evident in the recent escalation of the conflict in 2020, with Turkey very vocally militarily supporting Azerbaijan and Russia acting as a mediator due to its close relationship with Armenia where it has a military base and collective security commitments, but at the same time maintains close relationship with Azerbaijan¹⁰⁸.

932/2000, Views of 15 July 2002, CCPR/C/75/D/932/2000 of 21 July 2002, para. 13.4; HRC, *Hom v. Philippines*, Communication No. 1169/2003, Decision of 30 July 2003, CCPR/C/78/D/1169/2003 of 8 August 2003, para. 4.2; HRC, *Wilson v. Australia*, Communication No. 1239/2004, Decision of 1 April 2004, CCPR/C/80/D/1239/2004 of 22 April 2004, para. 4.3; *Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, Views of 27 March 2009, CCPR/C/95/D/1457/2006 of 24 April 2009, para. 6.3; HRC, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, Communication No. 1134/2002, Views of 17 March 2005, CCPR/C/83/D/1134/2002 of 10 May 2005, para. 4.4; HRC, *H.E.A.K. v. Denmark*, Communication No. 2343/2014, Views of 23 July 2015, CCPR/C/114/D/2343/2014 of 24 September 2015, para. 7.3.

¹⁰⁵ See J. SUMMERS, *Peoples and International Law: How Nationalism and Self-Determination Shape a Contemporary Law of Nations*, Leiden, 2007, 174.

¹⁰⁶ Karabakh is the Russian rendering of an Azeri word meaning ‘black garden’, while Nagorno is a Russian root meaning ‘mountainous’. The ethnic Armenians prefer to call the region Artsakh, an ancient Armenian name for the area.

¹⁰⁷ See W. C. BRICE, R. G. SUNY, *History of Transcaucasia*, in *Encyclopaedia Britannica*, 2021, www.britannica.com.

¹⁰⁸ See R. BURKE, *International Law in the Buffer, Nagorno-Karabakh and Intractable Territorial Disputes*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2020, 251.

Today, the region is *de jure* part of Azerbaijan, although large parts were until the recent armed conflict in 2020 *de facto* held by the internationally unrecognised Republic of Artsakh (*i.e.* Nagorno-Karabakh), supported by Armenia¹⁰⁹.

The population of Nagorno-Karabakh before the '2020 armed conflict' was about 150,000 thousand, whereof a predominant majority represented Armenians. In comparison to the rest of the Azerbaijani population, Armenians in Nagorno-Karabakh constituted one of the largest minority population. They possessed different anthropological characteristics from those of the Azerbaijanis, which is demonstrated by the fact that they do not share the same historical traditions and that they have a different culture, language (Armenian – Azerbaijani, both with their own alphabets), and religion (Armenian Apostolic Church – Azerbaijani Islam). Moreover, censuses always revealed that they also perceived themselves as a distinct group of people – as ethnic Armenians.

Substantial settlements of Armenians in Nagorno-Karabakh went back to early 19th century and were the result of massive population movements¹¹⁰. They eventually became the dominant group of people in the region, but at the beginning of the 20th century, the presence of Azerbaijanis in Nagorno-Karabakh was still significant, which created early antipathies and tensions between Armenians and Azerbaijanis¹¹¹. In the aftermath of the First World War, the whole Caucasus region came under the Soviet rule, and in 1923, it was decided that the newly established 'Nagorno-Karabakh Autonomous Oblast' becomes part of what is now Azerbaijan, and not Armenia as it was envisaged at first¹¹². Travel between Armenia and the oblast was via a narrow corridor (Lachin)¹¹³. At the time, there was a majority Armenian population and an Azeri minority in the Nagorno-Karabakh region, and according to some accounts, around 90 per cent of the Nagorno-Karabakh population were ethnically Armenian when the Soviets drew the boundaries of the republics of Soviet Azerbaijan and Arme-

¹⁰⁹ See www.bbc.com/news/world-europe-18270325, 2021.

¹¹⁰ See H. KRÜGER, *The Nagorno-Karabakh Conflict: A Legal Analysis*, Heidelberg, 2010, 8-11.

¹¹¹ H. KRÜGER, *Nagorno-Karabakh*, in WALTER, VON UNGERN-STERNBERG, ABUSHOV (eds.), *op. cit.*, 215.

¹¹² T. DE WAAL, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan through Peace and War*, New York, 2013, 144.

¹¹³ See further R. HOVANNISIAN, *Nationalist Ferment in Armenia*, in *Freedom at Issue*, 1988, 7 ff., 33.

nia¹¹⁴. Despite a relatively peaceful era that followed, the latent tensions persisted, and though Armenians in Nagorno-Karabakh were given autonomy, this did not prevent them from making the claims for unification to what is now Armenia¹¹⁵.

With the break-up of the Soviet Union in late 1991, Azerbaijan declared its independence in August 1991 and Armenia in September 1991. In November 1991, Azerbaijan repealed the autonomous status of Nagorno-Karabakh without the consent of the people or then oblast authorities¹¹⁶. On 10 December 1991, a (unauthorised) referendum – boycotted by the Azeri minority – was held in Nagorno-Karabakh, wherein 99.9% of those participating voted in favour of secession¹¹⁷ from Azerbaijan¹¹⁸. In January 1992, Nagorno-Karabakh reaffirmed its declaration of independence¹¹⁹. The ‘Republic of Artsakh’ or the ‘Nagorno-Karabakh Republic’ has not gained any international recognition, not even from Armenia. The secessionist claims have since then triggered several armed conflicts between the armed groups of Armenians in Nagorno-Karabakh and Azerbaijani armed forces, in relation to which the UN Security Council became actively seized of the matter¹²⁰, and in 2008, the UN General Assembly adopted a resolution¹²¹ demanding immediate withdrawal of Armenian occupying forces, although the co-chairs of the OSCE Minsk Group, Russia, France, and USA voted against it¹²².

The 1994 Bishkek Protocol¹²³, brokered by Russia, ended the fighting and resulted in significant Armenian territorial gains: in addition to controlling most of Nagorno-Karabakh, the Republic of

¹¹⁴ See A. YAMSTOV, *Ethnic Conflicts in the Transcaucasus: The Case of Nagorno-Karabakh*, in *Theory and Society*, 1991, 631 ff., 644-645.

¹¹⁵ KRÜGER, *Nagorno-Karabakh*, cit., 215.

¹¹⁶ See J. SMITH, *Red Nations: The Nationalities Experience in and after the USSR*, Cambridge, 2013, 338.

¹¹⁷ ECHR, Judgment of 16 June 2015, *Chiragov and Others v. Armenia*, para. 17.

¹¹⁸ According to a Soviet 1979 census, the oblast's population was a majority 75 per cent Armenian population at the time, the remaining population was largely Azeri. See S. CORNELL, *Autonomy and Conflict: Ethnoterritoriality and Separatism in the South Caucasus*, Uppsala, 2002, 104.

¹¹⁹ KRÜGER, *Nagorno-Karabakh*, cit., 27.

¹²⁰ See UNSC Resolution 822 (1993) of 30 April 1993; UNSC Resolution 853 (1993) of 29 July 1993; UNSC Resolution 874 (1993) of 14 October 1993; UNSC Resolution 884 (1993) of 12 November 1993.

¹²¹ UNGA Resolution 62/243 of 14 March 2008.

¹²² UNGA, 86th Plenary Meeting of 14 March 2008, UN Doc. A/62/PV.86.

¹²³ Bishkek Protocol of 5 May 1994, 2021, www.peaceagreements.org; Ceasefire Agreement of 11 May 1994, 2021, *ibid*.

Artsakh also occupied the surrounding Azerbaijani populated districts. The terms of the Bishkek agreement produced a frozen conflict¹²⁴, and long-standing international mediation attempts to create a peace process were initiated by the OSCE Minsk Group in 1994.

For three decades multiple violations of the ceasefire occurred, the most serious, *i.e.* before 2020, being the four-day 2016 Nagorno-Karabakh conflict. On 29 July 2020, Azerbaijan conducted a series of military exercises that lasted till 10 August 2020, followed by further exercises in early September that lasted till November 2020¹²⁵.

The responses from international organisations were calling for the end of hostilities, none of them, however, particularly concerned themselves with the aspirations of majority population at the time in and around the territory of Nagorno-Karabakh, *i.e.* ethnic Armenians. On 2 October 2020, the OSCE Minsk Group, responsible for mediating the peace process in the Nagorno-Karabakh conflict since 1992, condemned the fighting and called for an immediate ceasefire, and «substantive negotiations in good faith and without preconditions»¹²⁶. President of the European Council of the EU called for a bilateral cessation of hostilities, as did the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), the Secretary-General of the UN, followed by the UN Security Council and NATO. While the Secretary General of the Organization of American States demanded that Azerbaijan cease hostilities, the Turkic Council demanded an unconditional withdrawal of Armenia from the occupied territories of Azerbaijan, while the Organization of Islamic Cooperation condemned Armenian 'provocations' and urged for a political solution to the conflict, affirming respect for Azerbaijan's sovereignty, territorial integrity, and internationally recognized borders.

On 9 November 2020, a ceasefire agreement was signed by Azerbaijan, Armenia, and Russia, with the agreement of the 'President of Artsakh', ending all hostilities in the zone of the Nagorno-Karabakh¹²⁷. Under the terms of the agreement, Armenian forces were to withdraw from Armenian-occupied territories surrounding Nagor-

¹²⁴ S. GRANT, *A Hundred-Year 'Frozen Conflict' Has Restarted — and It's a Pattern We've Seen Before*, in *ABC News (Australia)*, 17 January 2021.

¹²⁵ See www.theguardian.com/world/2020/oct/08/half-of-nagorno-karabakh-population-displaced-by-armenia-and-azerbaijan-clashes, 2021.

¹²⁶ OSCE Minsk Group, *Statement 2 October 2020 by the Co-Chairs of the OSCE Minsk Group*.

¹²⁷ See <https://apnews.com/article/russia-armenia-azerbaijan-33da1f6a3e66e6c09efd4fa1cad9e927>, 2021.

no-Karabakh, while a peacekeeping force, provided by Russia, would be deployed for a minimum of five years along the line of contact and the Lachin corridor linking Armenia and the Nagorno-Karabakh region¹²⁸.

4.2. The self-determination unit under scrutiny in this Article is ethnic Armenians in Nagorno-Karabakh, and not ‘the Nagorno-Karabakhians’, since no one identifies as such. Hence, the question is whether ethnic Armenians in Nagorno-Karabakh may qualify as ‘peoples’ entitled to claim a right to self-determination.

With regard to objective characteristics, Armenians in Nagorno-Karabakh form an ‘ethnic group’ anthropologically distinguishable from other groups of people in Azerbaijan since they have their own historical traditions, cultural customs, language, and religion. Furthermore, as they have been one of the most dominant ethnic groups in Nagorno-Karabakh for a couple of centuries, it can be said that they do have the necessary territorial connection, notwithstanding that the exact borders of Nagorno-Karabakh remain unsettled. The fact that the territory is not exactly defined should not influence the establishment of the territorial element of ‘peoples’ as long as the territory is at least identifiable. Additionally, ethnic Armenians traditionally present in Nagorno-Karabakh have constituted one of the largest minorities in Azerbaijan, whose size exhibits the quantity adequate for ‘peoples’, which means that they in principle satisfy the required objective characteristics.

With regard to the subjective characteristic, it should be taken into account that ethnic Armenians in Nagorno-Karabakh have always seen themselves as ethnic Armenians, which can be inferred from every census taken so far. In virtue of their distinctiveness, they have maintained the claims to independence throughout the past century. For instance, at the end of 1980s, they elected their own parallel government that later declared the independence of Nagorno-Karabakh. This decision was widely accepted in referendum, and it seems impossible to deny that Armenians in Nagorno-Karabakh do not possess a common will to be identified as objectively distinct ethnic group as they have clearly expressed the required self-consciousness.

Although, ethnic Armenians in Nagorno-Karabakh may have cumulatively satisfied all the required characteristics of ‘peoples’ enti-

¹²⁸ See www.bbc.com/news/world-europe-54885906, 2021.

tled to self-determination over a hundred-year long period till the end of 2020, their claims for independence clashed with Azerbaijan's territorial integrity and political concerns of international community, particularly over the peace in the region and possible broader implications for other cases of separatist claims. Taking into account developments at the end of 2020 and the conclusion of the abovementioned 2020 ceasefire agreement, the aspirations of ethnic Armenians of Nagorno-Karabakh for self-determination seem to be, for a foreseeable future, set aside in the interest of achieving peace in the region. Considering that many of ethnic Armenians left the area, leaving nothing behind¹²⁹, it is possible to forecast that the necessary characteristics of 'peoples' of ethnic Armenians for their self-determination and secessionist claims in Nagorno-Karabakh, even if they had been identifiable before the latest developments, might be, due to the aforementioned events and changing circumstances, more difficult to ascertain in the years to come.

5. «The phrase [self-determination] is simply loaded with dynamite»¹³⁰.

A reincarnation of the right of self-determination in the post-colonial era called for a reassessment¹³¹, however, cautious approach was used since self-determination «embodies an inherent tension between majority rule and minority separatism»¹³², which could be seen as «a source of reform as well as conflict, of freedom and repression alike»¹³³. Against this background, this Article attempted to enlighten one particular question, namely what kind of a group of people may constitute 'peoples' entitled to self-determination in the post-colonial context, and was ultimately founded on two main ideas. First, the modern right of self-determination should be promoted in order to encourage alternatives to secession through *inclusion of people* in the

¹²⁹ See www.france24.com/en/europe/20201114-nagorno-karabach-villagers-burn-down-their-houses-before-azerbaijan-handover, 2021.

¹³⁰ R. LANSING, *The Peace Negotiations: A Personal Narrative*, Boston, 1921, 97.

¹³¹ See R.C.A. WHITE, *Self-Determination: Time for a Re-Assessment?* in *Netherlands International Law Review*, 1981, 147 ff.; G.J. SIMPSON, *The Diffusion of Sovereignty: Self-Determination in the Post-Colonial Age*, in *Stanford Journal of International Law*, 1996, 255 ff.

¹³² G. BINDER, *The Case for Self-Determination*, in *Stanford Journal of International Law*, 1992-1993, 223 ff., 225.

¹³³ P.H. BRIETZKE, *Self-Determination, or Jurisprudential Confusion: Exacerbating Political Conflict*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1995-1996, 69 ff., 71.

public affairs of a State they inhabit¹³⁴, since the «classical (...) doctrine of self-determination has generated conflict and instability, rather than the peace and stability that was promised»¹³⁵. Second, the meaning of ‘peoples’ should consequently be understood as a broad notion which *prevents exclusion of people* that has so often given rise to (ir-redentist) claims leading to bitter ethnic conflicts. Even so, the notion in the context of post-colonial self-determination claims remains elusive, inextricably linked also to political priorities and power shifts in international community, as the case of Nagorno-Karabakh aptly demonstrates.

The case study of Nagorno-Karabakh illuminates also one of the main challenges of the meaning of ‘peoples’ in the context of the modern right of self-determination. Historic territorial changes and redrawing of boundaries brought about the secessionist claims of the groups of people that were separated from their motherland and now seek a (re)unification with their kin State. In doing so, they often invoke the right of self-determination as a legal basis for their claims, which makes States and international organisations reluctant to recognize the right of self-determination to such groups. Usually, they *a priori* qualify them as national minorities not entitled to the right of self-determination simply to deny them the possibility of its external application. But the right of self-determination has evolved and became primarily internal. As such, it applies to new self-determination units: ethnic groups qualifying as ‘peoples’. Therefore, in order to be able to exercise the right of self-determination, a particular group of people first has to qualify as ‘peoples’, which means that the question of how the right of self-determination is to be carried out becomes relevant only after ‘peoples’ are found to exist. This being so, the secessionist claims shall not automatically preclude a group of people from qualifying as ‘peoples’, and thus from *internal* self-determination. In any event, all aspects of the right of self-determination have to be assessed with due care, taking into account specificities of each individual case.

¹³⁴ By various internal arrangements; see A. BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford, 2007, 331.

¹³⁵ M. WELLER, *Escaping the Self-Determination Trap*, Leiden, 2008, 157.

ABSTRACT

The Elusive Notion of 'Peoples' in the Context of Post-Colonial Self-Determination Claims: The Case of Nagorno-Karabakh

Self-determination in the post-colonial era is understood as a basic human right, recognised by the United Nations (UN) system, regional organizations and judicial practice. This Article tackles the underlying uncertainties when it comes to legal identification of a holder, *i.e.*, 'peoples', of the right of self-determination in the post-colonial context. It is suggested to interpret the term 'peoples' broadly to include groups of people possessing certain common objective and subjective characteristics distinct from other groups of people within a given State. While in principle distinguishing 'minorities' from 'peoples', the article advances the proposition that a group of people once considered a 'minority' can over time satisfy the relevant criteria of 'peoples' and qualify as such. Nevertheless, any legal determination is inextricably dependent also on factual circumstances on the ground in a given time and is intrinsically intertwined with the international community's political stance on the matter. To illustrate how those theoretical findings may be applied in practice, the article examines the self-determination claims of ethnic Armenians in Nagorno-Karabakh.

THE MAIN FACTORS AFFECTING THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION WITHIN OTHER INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND ENTITIES IN THE LIGHT OF CURRENT PRACTICE

LUIGIMARIA RICCARDI

SUMMARY: 1. Preliminary remarks – 2. Focusing on the peculiarities of the relationship between the EU and other international organizations and entities – 3. The legal basis of the EU engagement in international organizations and entities: Challenges under International law – 4. The relevant modalities of the EU engagement – 4.1. The main questions about *who* may represent the EU externally – 4.2. The mechanisms of coordination: a desirable tool to be strengthened? – 5. Concluding remarks.

1. Over the years, and especially after the entry into force of the Treaty of Lisbon¹, the external action of the European Union (EU) has been subjected to a continuous evolution. In particular, the engagement that the EU has with international organizations (IOs)² and other relevant entities has further developed. The term *engagement* does not only address the participation as a member or an observer, but also the kinds of cooperation in the lack of a formal or defined *status*.

¹ Treaty of Lisbon, signed in Lisbon on 13/12/2007, which entered into force on 1/12/2009.

² On the EU engagement with other IOs, see K. E. JØRGENSEN, K. LAATIKAINEN (eds.), *Routledge Handbook on the European Union and International Institutions: Performance, Policy, Power*, New York, 2013; A. ORSINI (ed.), *The European Union with(in) International Organizations: Commitment, Consistency and Effects across Time*, Ashgate, 2014; R. A. WESSEL, J. ODERMATT, *The European Union's Engagement with Other International Institutions: Emerging Questions of EU and International Law*, in R. A. WESSEL, J. ODERMATT (eds.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Cheltenham, Northampton, 2019, 2.

The EU is engaged in IOs both at universal and regional level. It refers, for example, to the United Nations (UN), the IOs that make up its system³ and other international institutions in economic and financial matters⁴. The enhanced international action of the EU has allowed the Union to build a relationship with IOs and entities such as, for example, the North Atlantic Treaty Organization (NATO) - in the matters related to the common security and defence policy (CSDP) - the Council of Europe (CoE) - for human rights policies - and the Arctic Council (AC), aimed at enhancing the cooperation on Arctic issues. In this context, it would be interesting to analyze that the participation of the EU as such could be (or not) recognized only in IOs, but also in more informal entities, which play an increasingly important role in the international community as the Group of States (e.g., G7, G8 and G20)⁵.

One might argue that in case the EU does not have a formal *status*, its ability to influence the decisions of international entities should be considered absent or even nullified. On the contrary, in such circumstances, thanks mainly to the coordination processes established

³ It refers to, for example, the Food and Agricultural Organization (FAO), International Labour Organization (ILO); World Health Organization (WHO). However, the EU participation in the UN system is not uniform. On this matter, see *infra*, para. 3.

⁴ It refers to, for example, the World Trade Organization (WTO), the International Monetary Fund (IMF), Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), the World Intellectual Property Organisation (WIPO) and G20. On the relationship between the EU and economic and financial IOs, see M. MESSINA, *La nuova governance economica e finanziaria dell'Unione: aspetti giuridici e possibili scenari per la sua integrazione nell'ordinamento giuridico UE*, in *Federalismi.it*, 2013, 1; E. CASTELLARIN, *The European Union's Participation in International Economic Institutions: A Mutually Beneficial Reassertion of the Centre*, in M. ANDENAS, E. BJORGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge, 2015, 320; ID., *La participation de l'Union Européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, 2017; R. A. WESSEL, J. ODERMATT (eds.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, cit., 256.

⁵ I. INGRAVALLO, *Considerazioni sullo stato attuale delle organizzazioni internazionali e del loro diritto (ma cos'è questa crisi...)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 21, who defines the Group of States as «weak» international organizations, since they lack one or more of the elements which characterized the strong model of IOs. See, also, R. VIRZO, *Vertici internazionali*, in *Enc. dir.*, *Annali*, 2012, V, 1431 ss.; J. WOUTERS, S. VAN KERCKHOVEN, J. ODERMATT, *The EU at the G20 and the G20's Impact on the EU*, in B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS (eds.), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford, 2013, 259-71; J. PAUWELYN, R. A. WESSEL, J. WOUTERS, *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, in *European Journal of International Law*, 2014, 733; 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; F. AMTENBRINK, R. REPASI, *Shortcomings and Solutions in Informal and International Governance*, in R. A. WESSEL, J. ODERMATT (eds.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, cit., 338.

between the EU institutions and its Member States (MSs), the former may actually be active. However, the different relationships between the EU and IOs and other entities may pose several challenges in International and EU law.

The aim of this research is to outline the main factors affecting the role of the EU within other IOs and entities. To this end, the study specifically considers: how the division of competences influences the engagement of the Union; the *status* possessed (or not) by the EU; the question about who represents the EU in the IOs and other entities; whether and to what extent the coordination mechanisms between the EU and MSs can affect the division of competences and, therefore, the effective participation of the Union.

All these factors are examined in the light of practice. Since it is not possible to examine the EU relations with all IOs and entities here, it is appropriate to clarify the two main criteria adopted in this paper to select those to be investigated. On the one hand, the paper looks at IOs and entities which stand out for their relevance in key sectors, such as international peace and security, the economic and financial sector, the protection of human rights and environment. On the other hand, the paper considers the IOs and entities which are distinguished by an abundance of interrelations with the EU, consequently appearing more suitable to provide relevant ideas for the purposes we have set. Based on these criteria, it should not surprise that the IOs and entities taken into consideration may present heterogeneous characters: indeed, they may be universal or regional IOs; IOs or entities in which the EU is granted the *status* of a full member or a less significant or even non-existent *status*.

Accordingly, after the analysis of the peculiarities of the EU as international organization, which allow it to interact with other IOs and entities - and even through its own MSs - in ways that are legally and politically distinguishable from the MSs, the paper moves to the legal basis under International and EU law that allows the Union to be engaged in other international entities. In conclusion, the research moves to its core, analysing the profiles which govern the practical relationship between the EU and IOs and entities.

2. It is necessary to briefly address the nature of the EU as an autonomous international actor, focusing on the peculiarities of the EU in its relationship with other international organizations and entities⁶. The

⁶ On the growing role of the EU as an international actor, see E. CANIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, London, New York, 2002; M. CREMONA, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, in *Common*

EU capacity to conduct its own international action is not contested. The EU has a stand-alone identity composed of values, interests, and policies which it seeks to define and promote internationally as its own. The Union can have legal relations with third States, other IOs and entities. Hence, it is an international actor with a distinct legal existence from the EU MSs or other IOs.

Nevertheless, one may struggle with its legal nature. The easy way out may often be to state that the Union is a special international actor which cannot be defined by using any pre-existing terminology. As pointed out, the EU may be defined as an *entity* which interacts with third countries, IOs and entities (and with their own parties), in ways which are legally and politically distinguishable from its MSs⁷. Although the EU is clearly not a State⁸, it is possible to highlight that, in its external action, it has carried out activities that were traditionally reserved to States. For example, there is the “right of legation”, as the legal capacity to create diplomatic relations, both by sending its own representatives to third States and IOs, defined as “active”, and by receiving them, also defined as “passive” (on conventional or informal basis). This does not mean that the EU is not an IO, but it confirms its particularly sophisticated and evolved character⁹. It is possible to refer to the concept of the *strategic autonomy* of the EU, to underline the peculiarities of its international relations and its effective capacity to act on its own¹⁰. The concept under scrutiny is important. In fact, if it is true that it was initially only considered in the Common Foreign and Security Policy (CFSP) context, it has then been extended, thus coming to mean the EU *sovereignty*, in

Market Law Review, 2004, 553 ss.; B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS (eds.), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford, 2013; R. A. WESSEL, *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order under the Influence of International Organizations*, The Hague, 2013; C. KADDOUS, *The European Union in International Organizations and Global Governance: Recent Developments*, Oxford, 2015; M.H. SMITH, *The EU as International Actor*, London, 2015; J. CZUCZAI, F. NAERT (eds.), *The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice*, Leiden, 2017.

⁷ M. CREMONA, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, cit., 553.

⁸ Which has been confirmed by the Court of Justice in opinion 2/13 of 18/12/2014, para. 49.

⁹ On the peculiarities of the EU as an international organization, see J. BENGOTXEA, *The EU as (More Than) an International Organization*, in J. KLABBERS, Å. WALLEND AHL (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, 2011, 448; H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *International Institutional Law: Unity in Diversity*, 6th ed., Leiden, 2018, 33; C. ECKES, R. A. WESSEL, *The European Union from an International Perspective Sovereignty, Statehood, and Special Treatment*, in T. TRIDIMAS and R. SCHÜTZE (eds.), *The Oxford Principles of European Union Law - Volume 1: The European Union Legal Order*, Oxford, 2018, 74.

¹⁰ Council of EU, *A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, 2016, available online.

terms of the EU independence and autonomy in its international relations with third countries and, in fact, IOs.¹¹

The constitution of an IO represents a manifestation of the will of the State parties to limit, on the one hand, and to share, on the other, their sovereignty, attributing given competences and powers to the same organization¹². Being an IO means to be subjected to the rules of International law when it wishes to act on an international stage. Normally, as far as IOs are concerned, International law provides general rules for the State. However, over time, the growing presence of IOs and other entities on the international scene – considering also the particularly sophisticated and evolved character of the EU – has raised the need to adapt the general rules.

In the context of some IOs and entities, the clauses on Regional Economic Integration Organizations (REIOs) in some multilateral agreements or IOs' statutes are a good example¹³. The presence of these clauses in an IO's statute gives the EU the possibility to be engaged with them. Nevertheless, they do not regulate the engagement of the EU from a practical point of view, thus creating a *gap* between the formal recognition of the possibility to accede and the actual Union's participation in IOs and other entities.

3. To properly analyse the engagement of the EU in IOs and entities, it is important to focus on the EU law and on the International law governing such involvement.

In the first place, the question of the legal basis and competences arises from the point of view of the EU law. As is well known, the EU international legal personality is now expressed pursuant to art. 47 Treaty of European Union (TEU)¹⁴. This Article must be read in conjunction with the provisions on the capacity and procedure for concluding international agreements pursuant to art. 37 TEU and art. 218 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The institutional Treaties contain provisions that expressly guarantee the EU the power to become a member of an IO. In this regard, art. 216 TFEU enables the Union to conclude international agreements both with third States and

¹¹ N. TOCCI, *Framing the EU Global Strategy a Stronger Europe in a Fragile World*, London, 2017.

¹² I. INGRAVALLO, *Considerazioni sullo stato attuale delle organizzazioni*, cit., 15.

¹³ See *Infra*, para. 3.

¹⁴ On the international legal personality of the EU, see N. M. BLOKKER, *The Structural Impact of General International Law on EU Law: International Legal Personality of the European Communities and the European Union: Inspirations from Public International Law*, in *Yearbook of European Law*, 2016, 471 ss..

with IOs. In addition, it is important to underline the role assumed by art. 217 TFEU which provides for the possibility for the EU to conclude association agreements with third States or other entities, such as IOs, involving reciprocal rights and obligations, procedures, and special actions. Thus, art. 216, par. 1, TFEU provides for international agreements to be concluded with one or more third countries or IOs and art. 217 TFEU allows for association agreements to be concluded with both States and IOs¹⁵. Therefore, *constitutive agreements* by which IOs are created, or accession agreements to acquire membership of an IO, are not excluded. This seems to be mentioned in art. 218, par. 6, lett. a), TFEU as an agreement establishing a specific institutional framework by organising cooperation procedures¹⁶. The European Court of Justice confirmed this possibility¹⁷.

Articles 220 and 221 TFEU constitute the legal basis within the EU legal order for developing relations with international organizations. Beyond the general commitment to multilateralism in articles 3, par. 5 and 21 TEU, the EU Treaties also contain several references to specific policy areas or organizations¹⁸. Besides, following art. 220 TFEU, *appropriate forms of cooperation* are established with several entities.

The EU Treaties even require the Union to join certain international treaties, such as the European Convention on Human Rights¹⁹. In development cooperation, art. 211 TFEU empowers the EU and its MSs to cooperate with other IOs within their respective spheres of competence. This *cooperation* may also lead to the establishment of institutionalized relationships, which can be derived from the provisions creating a competence for the Union to conclude international agreements.

Basing the evaluation of the EU engagement only on the formal aspect of the existing legal basis and the division of competences may

¹⁵ The procedures to conclude international agreements are to be found in Articles 218 and 219, para. 3, TFEU.

¹⁶ The letter of the norm seems to be left open, to allow for an exchange of letters or statements containing the application to join and the acceptance if the result is a Treaty under general international law. See G. DE BAERE, *EU Status in Other International Organizations*, in T. TRIDIMAS, R. SCHÜTZE (eds), *Oxford Principles of European Union Law*, cit., 1234 ss., 1243.

¹⁷ Court of Justice, opinion 1/76 of 26/04/1977, para. 5.

¹⁸ In the TFEU, it refers to articles 134, para. 2; 138; 139, para. 2; 143, para. 2 lett. a); 156; 164, para. 3; 166, para. 3; 167, para. 3; 168, para. 3; 180, lett. b); 190, para. 4; 208, para. 2; 212, para. 1; 214, para. 7 and articles. 23 and 31, para. 1 of Protocol 4 on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank and art. 14 of Protocol 5 on the Statute of the European Investment Bank.

¹⁹ See art. 6 TEU.

produce misunderstandings as to what extent the EU participates in IOs or entities as an autonomous international actor. By way of example, it is possible to consider the relationship between the EU and WIPO. Although the EU takes part in the work of WIPO as an observer, it is possible to highlight that its role is characterized by various constraints related to the regulation on intellectual property. In fact, the discipline of intellectual property is still characterized by the principle of territoriality²⁰. The survival of national intellectual property rights also calls for the corresponding competence of the MSs at an international level. Therefore, in this case, there is no competence transfer to the EU that would legitimize it to sign conventions. Besides, the matter in question, whether it is considered at the international level or at the EU level, presents considerable critical issues, mainly due, on the one hand, to the complexity of the issues defined as intellectual property²¹ and the high number of international conventions, and on the other hand, to the EU regulations, directives, and decisions. This represents the main critical issue in terms of the creation of a unitary discipline on intellectual property under the auspices of WIPO, also inevitably influencing the EU engagement in the organization in question.

Another example is the relationship between the EU and the IMF. Art. 119 TFEU indicates the objectives that the EU must achieve to implement the Economic and Monetary Union (EMU). The distinction between the economic and monetary policies clearly emerges from the text of this provision. While the first is based on the close coordination of national policies, the second is defined as one. It is therefore understood that economic policy remains a competence of the MSs. Conversely, the single currency management is an exclusive competence of the Union, as established pursuant to art. 3, par. 1, let. c) TFEU. Consequently, from a legal point of view, EMU represents an asymmetrical regulatory body, which sees, on the one hand, all MSs contributing to the coordination of economic policies, and on the other, a strong level of European integration in the monetary sector, in which not all MSs currently participate without derogation by adopting the euro as the single currency.

²⁰ The regulations drawn up by the EU and the corresponding rights have not replaced the national rules and related rights, thus creating a duplicity of rights on the same subject (e.g., in the case of commercial and design trademarks, but not with reference to plant variety protection certificates).

²¹ The Court of Justice has intervened several times to try and define the borders of intellectual property; see, *inter alia*, judgment of 20/01/1981, C-55,57/80, EU:C:1981:10, para. 27; judgment of 10/11/1992, C-3/91, EU:C:1992:420, pars. 3-4; judgement of 14/12/2000, C-300-392/98, EU:C:2000:688, para. 62.

However, in the specific case of IMF, even though the monetary policy is an exclusive competence of the EU for the euro area, and although, from an international point of view, the IMF represents a monetary organization, the EU does not have - as a whole - any formal *status* in the IMF, except for the particular *status* of the European Central Bank (ECB). In fact, the ECB currently possesses an observer *status*, having the power to intervene in all and only the matters falling under the EU law of its competences.

Since the ERTA case of 1971²², the European Court of Justice has played a fundamental role in developing and specifying the conditions the EU external action is subjected to. In particular, the European Court of Justice also acknowledged the Treaty-making capacity of the Union in cases where this was not explicitly provided for by the Treaty. This means that international agreements, including the ones whereby the EU becomes a member of another IO or international conventions, may also be based on the external dimension of an internal competence²³. With the Lisbon Treaty, the ERTA doctrine²⁴ and the jurisprudence of the European Court of Justice²⁵ was codified in art. 3 par. 2, TEU and the art. 216 TFEU²⁶. In addition to being obtainable from express provisions of the founding Treaties, the competences of the EU can also be ultimately inferred from the Union need to achieve its objectives, not only through instruments aiming at such realization in the space of the geographical application of EU law, as defined by the Treaties, but also through the conclusion of agreements between the Union and third States or other IOs. In this context, for example, it is possible to mention the practice based on the art. 352 TFEU, which in the past – before the European Single Act – was used in the field of external relations, to allow the

²² Court of Justice, judgment of 31/03/1971, C-22/70, EU:C:1971:32, pars. 16-32.

²³ Court of Justice, opinion 1/76, cit., para. 5; opinion 2/91 of 19/03/1993; judgment of 5/11/2002, C-467-76/98, EU:C:2002:625, pars. 26-29; The European Court of Justice envisaged the existence of an exclusive competence of the Union to stipulate agreements also in relation to aspects not yet regulated by internal rules in its opinion 1/03 of 7/02/2006, para. 13.

²⁴ The European Court of Justice made a distinction between the *capacity* and the *authority* of the EU to conclude international agreements. The former stems from its international legal personality, whereas the latter is determined by relevant primary and secondary EU law. It means placing emphasis on developments that can lead to the acquisition of an international legal personality by the IOs, no longer alongside that of the MSs, but in their replacement.

²⁵ P. RUKA, *The International Legal Responsibility of the European Union in the Context of the World Trade Organization in Areas of Non-Conferred Competences*, Tirana, 2017, 95-142.

²⁶ See *infra*, para. 3.

Community to participate in international conventions on the environment.

Despite this evolution, questions arise when it comes to mixed agreements with other IOs or entities. For example, under EU law, as affirmed by the European Court of Justice, the WTO Agreement²⁷ can be classified as a mixed agreement, since both the EU and its MSs are signatory parties. In this context, it is possible to refer to the EU participation in the Dispute Settlement Proceedings of the WTO for matters of non-conferred competences. The joint membership of the EU and its MSs seems fallacious. It suffices to think of international responsibility matters. In fact, the joint engagement could cause the EU to become internationally responsible for violations of the WTO regulations on the part of the MSs. Such issue is rooted in the blurred nature of the division of competences in the EU policy. Notwithstanding these criticalities, the practice of concluding agreements in mixed form, also in the case of IOs, does not seem to show signs of abating. Practical reasons are, namely: 1) to avoid tensions and delays arising from interminable technical discussions on whether a draft agreement can be traced back to an exclusive competence of the EU; but also 2) to involve the States as much as possible in the implementation of the agreement that is going to be signed, as the activity of the national authorities is essential for a full and complete execution of ambitious international agreements²⁸. However, it is also possible to discuss of this, as it seems that the practice of mixed agreements is deteriorating especially by the Commission and after the conclusion of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) agreements²⁹.

In the second place, the question of competences also arises from the point of view of the IOs which the EU is interested in cooperating with. In the practice, it is possible to detect special rules that allow the EU – or other regional organizations – to be engaged with IOs and entities. The clauses on REIO³⁰ or Regional Integration Organization (RIO)³¹ in some

²⁷ Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO Agreement), which was signed in Marrakesh (Morocco) on 15/04/1994.

²⁸ R. A. WESSEL, *Cross-pillar Mixity: Combining Competences in the Conclusion of EU International Agreements*, in C. HILLION, P. KOUTRAKOS (eds.), *Mixed Agreements in EU Law Revisited*, Oxford, Portland, 2010, 30-54.

²⁹ CETA, entered into force, albeit provisionally, on 21/09/2017; TTIP is currently under negotiations. It is important to note the distinction between “mandatory” mixed agreements and “optional” mixed agreements, to remember that not all agreements are mixed for only “practical” reasons.

³⁰ A REIO is commonly defined in UN protocols and conventions as *an organization constituted by sovereign states of a given region to which its Member States have transferred*

IOs' statute is a good example³². The most problematic issue from an International law perspective is perhaps the complex division of competences between the EU and its MSs. The starting point may be given in the law of treaties, pursuant to which an international organization may not invoke the rules of the organization as a justification for its failure to perform a Treaty, according to art. 27, par. 2, Vienna Convention 1986³³. Art. 46, par. 2 of the Convention adds that an IO may not invoke the fact that its consent to being bound by a Treaty has been expressed in violation of the rules of the organization regarding its competence to conclude treaties as invalidating its consent, unless that violation was manifest and concerned a rule of fundamental importance. Moreover, the par. 3 of the same art. 46 specifies that a violation is manifest if it is objectively evident to any State or any IO taking part in the matter, in accordance with the normal practice of States and, where appropriate, of IOs and in good faith. This seems to have been accepted by the European Court of Justice as well³⁴.

Given the manifold international relations and the dynamic and extensive competences of the Union, the question comes up as to what extent the division of competences should be objectively evident to other international actors. It has been argued that once this division is made known, the rules are no longer purely internal, but may become a part of

competence in respect of matters governed by [...] convention or its protocols and [which] has been duly authorized, in accordance with its internal procedures, to sign, ratify, accept, approve or accede to it [the instruments concerned].

³¹ In the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, entered into force on 3/05/2008, the REIO clause seems to have evolved to a RIO clause, which does justice to the large scope of activities of the EU beyond economic integration.

³² It is possible to refer to the accession of the EU to the FAO through a modification of the FAO's statute in 1991, which also allowed the entry to the EU as a full member. See FAO Conférence, 26ème session, 26/11/1991 C 91/PV/19 and Rapport de la Conférence, 26ème session, C 91/REP, 128-129. It was possible thanks to the fact that the Conference in question had adopted resolution 7/91 on 18/11/1991, containing the amendments to the Constitutive Act and the General Regulations of the FAO aimed at allowing the admission of regional economic integration organizations to FAO. See. R. FRID, *The European Economic Community: A Member of a Specialized Agency of the United Nations*, in *European Journal of International Law*, 1993, 4, 239. Another important example of a REIO clause can also be found in some international Convention as the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, with an Optional Protocol, adopted by the UN General Assembly on 13/12/2006 and entered into force on 3/05/2008 or the United Nations Convention on Climate Change (UNFCCC) adopted in New York on 4/06/1992 and entered into force on 21/03/1994.

³³ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, done at Vienna on 21/03/1986. Not yet in force.

³⁴ Court of Justice, judgement of 9/08/1994, C-327/91, EU:C:1993:941; judgement of 30/05/2006, C-317-18/04, EU:C:2006:346.

international agreements, or at least become a source for interpretation³⁵. This would be true in cases where a declaration of competence has been issued by the EU³⁶. It remains difficult, however, to argue that other IOs and their State parties are bound by a division of competences that is based on the EU law only and has not somehow become part of the arrangements with other parties³⁷.

4. The Union may be a full member³⁸ of other IOs and entities (for which it may distinguish between being a founding member and a non-founding member)³⁹, or an observer of other IOs and entities⁴⁰, or even have no *status*, but participate anyway. The recognition of the *status* depends both on the EU law, on the one hand, and on International law, on the other hand – precisely on the rules governing the statute of the IO to which access is requested as the presence of RIO clause. With a full membership, for example, it will be necessary to distinguish whether this *status* is carried out exclusively or concurrently with its MSs.

For example, considering the common commercial policy⁴¹, the EU should participate exclusively in the WTO. However, the joint participation of the Union and MSs generates such concerns. As described above⁴², the evolution of the EU competences and the theory of implicit powers leaves the EU the possibility of also being involved in actions which it would otherwise be denied. Moreover, in the case of a joint participation, the founding Treaties do not clarify the balances that must be subject to this division of competence. For this reason, the IOs

³⁵ Advisory Committee on Issues of Public International Law, *European Union External Action and International Law*, CAVV Advisory Report 24, 2014.

³⁶ J. HELISKOSKI, *EU Declarations of Competence and International Responsibility*, in M. EVANS and P. KOUTRAKOS (eds.), *International Responsibility: EU and International Perspectives*, Oxford, 2013, 189; A. DELGADO CASTELEIRO, *The International Responsibility of the European Union: From Competence to Normative Control*, Cambridge, 2016, 110.

³⁷ See the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Also, the Statute of the International Renewable Energy Agency provides that in the case of any REIO, the organization and its State parties are to decide on their respective responsibilities for the performance of their obligations under the Statute, explicitly adding that the organization and its MSs *shall not be entitled to exercise rights, including voting rights, under the Statute concurrently*.

³⁸ P. PUSTORINO, *Lo status di membro delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, cit., 141; R.A. WESSEL, J. LARIK (eds.), *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Oxford, 2020.

³⁹ These issues not only concern the WTO, but also the other IOs in which the Union and the MSs participate effectively, such as, for example, the FAO or some regional fisheries IOs.

⁴⁰ Participation with an observer *status* is the most frequent form of EU participation in IOs.

⁴¹ It is the exclusive competence of the EU as referred by art. 3 lett. e).

⁴² See *infra*, para. 3.

have a legitimate interest in establishing conditions for the EU and its Member. Third parties seek, *inter alia*, to pursue the objective of ensuring that the EU and the MSs exercise certain rights and are the recipients of certain obligations, so as to identify the exact interlocutor and the content and limits of their respective responsibilities. In the specific case of the EU, given the multiple international relations and the dynamic and extensive competences of the Union, the question arises in terms of whether and to what extent the division of competences should or could be objectively evident for other international actors. We have highlighted that when this division has been made known through the filing of a declaration of competence, the rules are no longer purely internal, but can be part of international agreements or at least constitute a source of autonomous interpretation of the same. This would be particularly true in cases where a declaration of competence has been filed by the EU for the participation in a certain IO. It remains difficult to argue that other IOs and their parties may remain bound by a division of competences which is based only on the EU law and which has not become part of international agreements with other parties⁴³. These issues do not only concern the WTO, but also other IOs in which the EU and MSs participate as full members, such as, for example, the FAO or the Hague Conference of Private International Law. In these organizations, the EU is required to file its own declaration of competence before each meeting – and also to notify any changes after the first filing – in order to make the other IO's members understand this internal division of powers between the Union and its MSs⁴⁴.

Besides, over time and in consideration of the evolution of the EU competences, it is necessary to update a declaration of the already deposited competences in the IO considered.

However, the international practice shows a different picture. For example, as outlined by the Commission in 2013⁴⁵, several operational barriers have limited the EU participation in FAO maritime affairs. In this way, an alternate or joint participation becomes almost difficult to organize. Therefore, in this specific context, it can be argued that the recognition of an exclusive competence does not let the EU the certainty

⁴³ See art. 2 Annex IX to UNCLOS.

⁴⁴ On the FAO declaration of competence, see Council Decision of 25/11/1991, updated by letter dated 4/10/1994 sent by the President Council to the Director General of the FAO (8406). See A. DELGADO CASTELEIRO, *EU Declarations of Competence to Multilateral Agreements: A Useful Reference Base?* in *European Foreign Affairs Review*, 2012, Vol. 17, 491.

⁴⁵ Communication of the Commission to the Council, of 29/05/2013, COM (2013) 333 def.

to act as the sole actor. On the contrary, it seems to generate a serious risk of external and internal cooperation, thus making its participation unstable and uncertain, also and principally in the case of a full membership.

Particularly relevant is the observer *status*. Such position can take on different characteristics depending on the IO and the EU competence taken into consideration. However, the Union may also assume a particularly complex observer *status*. It is possible to mention the peculiar, but limited and attenuated relation that the EU has, for example, with the UN⁴⁶, mainly within the United Nations General Assembly⁴⁷. In fact, the resolution of UN General Assembly 65/276 of 3 May 2011 granted a series of prerogatives that allow the observer-Union to participate in an enhanced way in the Assembly's work. In fact, the resolution highlights the right of the Union to participate in the general debate, exercising the right of reply on the positions taken, also making, *inter alia*, circulate its documents among the individual delegates present therein and exercising, under certain conditions, the right of oral presentation of proposals and amendments. In this sense, the role played by the EU in drafting and adopting the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM) in December 2018 is a good example of such enhancing. Considering the EU growing role as a major actor in global migration governance, it is possible to consider its participation into preparatory and intergovernmental talks of the GCM. In this context, the EU played a great influence on the negotiations as well as on their outcome, attracting the reaction of the international community to the EU external action in this matter. Despite the presence of procedural constraints and the lack of full consensus among its MSs, the EU exercised a tangible influence from the consultation phase until the adoption of the soft-law instrument in December 2018. It can be observed that, through the negotiation of rules on human rights and refugee protection, as well as on root causes such as the climate change, natural disasters and man-made crises, pathways for legal migration and

⁴⁶ It is important to remember that the EU as such is not a member of the UN because, according to art. 4 UN Charter, the membership is limited to the States.

⁴⁷ General Assembly, A/RES/65/276, of 3/05/2011, and 65th General Assembly, Plenary, 88th Meeting, A/65/PV.88 of 3/05/2011, both available online. Significant concerns raised by the States both related to the nature and the quantity of new prerogatives assigned to the EU and of a purely political-diplomatic nature. For example, small States have come to say that this resolution could influence the structure of the UN itself, constituting a *serious risk* for their representation in the General Assembly. For a comment, see F.A. GUIMÃRES, *Speak Up! Getting the EU a Voice at the UN*, in J.A. KOOPS, G. MACAJ (eds.), *The European Union as a Diplomatic Actor*, Basingstoke, 2015, 91-99.

inclusion, the return of irregular migrants and borders management, the EU has been successful in advancing its own priorities, as its suggestions were widely endorsed in the final text of the GCM.

In other IOs, the observer *status* possessed by the EU is quite traditional. However, this has not prevented the Union from effectively intervening and acting beyond its formal *status* and concluding formal arrangements. In fact, the EU is recognized as a reliable constructive partner and a deal maker for the WHO. A recent example was the May 2020 World Health Assembly where, despite not being a member, the EU was the driving force behind the Resolution on Covid-19 response⁴⁸.

A totally different approach can be observed in the relationship between the EU and the UN Security Council (UNSC)⁴⁹. In fact, pursuant to art. 32 UN Charter, it is envisaged that non-MSs of the body or of the UN that are parties to a dispute being examined by the SC may be invited to participate in its meetings. Based on a literal interpretation of the provision in question, and in conjunction with art. 4 UN Charter – which limits the participation in the UN to States only – it does not seem possible to believe that art. 32 UN Charter also refers to IO as the EU. This conclusion can also be extended if we consider art. 31 UN Charter, which addresses UN States party that are not members of the SC. Therefore, art. 32 of the UN Charter cannot constitute the legal basis for the participation of the EU in the SC. Observers are not admitted to the Council. Such participation is guaranteed by art. 39 of the Provisional Rules of Procedures of the Security Council⁵⁰.

In this case, a key role is played by permanent (France) and non-permanent MSs of the Union, as stated in art. 34, par. 2, TEU⁵¹. In this regard, it is possible to mention the Iraq crisis of 2002-2003⁵² and Libya

⁴⁸ WHO Resolution of 19/05/2020, *Covid-19 response*, WHA73.1. The resolution in question was adopted during the 73rd session of the World Health Assembly, held between 18 and 19/05/2020, was held for the first time by teleconference.

⁴⁹ A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, 2002, 34 ss.; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 11^o ed., Padova, 2017, 103 ss.

⁵⁰ Art. 39 of the Provisional Rules of Procedures of the SC allows it to invite to its works [...] persons, whom it considers competent for the purpose, to supply it with information or to give other assistance in examining matters within its competence. In the specific case, this provision may refer, through the general reference to *persons*, also to officials of non-State bodies, and therefore also of IOs, or subjects who can express their position as the High Representative of EU.

⁵¹ See art. 34, para. 2, TEU.

⁵² On Iraq crisis, C. PANELLA, *La guerra contro l'Iraq e la crisi delle Nazioni Unite*, in M. SAIJA (ed.), *Sources of Conflicts and Prospects for Peace in the Mediterranean Basin within the North-South Relations*, Torino, 2006, 167.

in 2011⁵³, in which all MSs involved in the SC – as both permanent and non-permanent members of the SC – have demonstrated (not without difficulty) coordination and cooperation among them. Nevertheless, it is important to point out that the obligations of coordination established pursuant to art. 34, par. 2, TEU are also mitigated by Declarations n. 13 and n. 14 annexed to the Treaty of Lisbon, which state that the rules on the CFSP do not affect the competences of the EU MSs in the formulation and conduct of their foreign policy and national representation in third countries and in IOs, including the SC. Furthermore, art. 34, par. 2, TEU added that, when the Union has defined a position on a subject on the United Nations SC agenda, those MSs which sit on the SC shall request that the High Representative (HR) be invited to present the Union's position⁵⁴. The inevitable question is what happens if the EU has not defined a position on a subject - which represents a far from rare case in the practice. Perhaps a helpful asset can be identified in the possibility of acting on the rule of unanimity vote in the Council and the European Council, pursuant to art. 31 TEU. This confirms that, even today, the participation of the EU through its MSs, especially the permanent ones like France, may be hindered by the fear of losing their advantages and prerogatives deriving from being members of the SC itself⁵⁵. This makes the formal recognition of a European seat⁵⁶ at SC an unrealistic and senseless way in the next future.

A third situation of EU engagement in IOs and entities – though totally different from the member and observer *status* – is the case in which the EU cannot exercise any formal right of participation, except in a completely reduced way. This can be observed in the relations that the EU, for example, has with the Arctic Council (AC) today. This case is particularly relevant also because the AC is not an IO, but rather a political forum⁵⁷. In fact, thanks to the action of the EU on Arctic issues⁵⁸

⁵³ On Libya crisis, see <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/libya/>.

⁵⁴ As evidenced in the doctrine, it is not at all obvious that this will happen, both due to the urgency of the Security Council meetings and the difficulties in completing the negotiations in the European Council and the Council on CFSP matters. See I. INGRAVALLO, *Quali prospettive per la partecipazione dell'UE al Consiglio di sicurezza dell'ONU dopo la Brexit?* in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, Bari, 2021, 225 ss., 233.

⁵⁵ After the recession of the UK from the EU, it is possible to ask whether and to what extent the relationship between the EU and the SC may develop in the next future. See also the EU-UK Withdrawal Agreement, in force since 1/02/2020.

⁵⁶ N. RONZITTI, *Il seggio europeo alle Nazioni Unite*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008, Vol. 91, 1, 87; I. INGRAVALLO, *Un seggio permanente per l'Unione*, in *Sud in Europa*, 2009, available online.

⁵⁷ On the Arctic Council as a forum instead of an International Organization, see, for example, T. KOIVUROVA, *The Arctic Council: A Testing Ground for New International*

and because the EU is an *ad hoc* observer in all its ministerial meetings⁵⁹, at the Kiruna Ministerial Meeting in 2013, the Arctic Council accepted the EU application for a formal observer *status* but deferred a final decision. Until the moment Ministers of the Arctic States have reached a final decision, the EU may observe Council proceedings. It is possible to note that the AC applauded the entry of the IMO as an observer since 2019. Perhaps, it is possible to argue that this disparity may have been caused by political tensions: Russia does not want the EU to be part of the AC, maybe, due to the sanctions imposed by the EU⁶⁰ and Canada because of the ban on the seal products trade, wanted by the EU⁶¹. Further tensions stem from Trump's US foreign policy. Also, the former president of the USA asked Denmark to sell Greenland, but the offer in question was declined⁶².

Within some regional IOs, as the CoE, the EU is neither a member, nor does it enjoy an observer *status*. Both the statute of the CoE⁶³ and the founding Treaties of the EU do not allow its full membership within the CoE. On the contrary, only mutual assistance and cooperation are possible. To weigh the effectiveness of the Union's participation in the CoE, the negotiation process on the accession of the EU to the European Convention on Human Rights (ECHR)⁶⁴ is a good example. On 10 July

Environmental Governance, in *The Brown Journal of World Affairs*, 2012, 131-133; M. (GOSIA) ŚMIESZEK, T. KOIVUROVA, *The Arctic Council: Between Continuity and Change*, in P. WHITNEY LACKENBAUER, H. NICOL, W. GREAVES (eds.), *One Arctic*, 2017, 1-27 who talk about the Arctic Council as *a negotiating space for legally-binding agreements*; S. SCARPA, *La politica artica dell'Unione europea e lo status di osservatore de facto nel Consiglio artico*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 223 ss., 224, who talks about the Arctic Council as an *intergovernmental forum*.

⁵⁸ The EU arctic policy is under revision. See also J. SCOTT, L. RAJAMANI, *EU Climate Change Unilateralism*, in *European Journal of International Law*, 2012, 469; R.R. CHURCILL, *The European Union as an Actor in the Law of the Sea, with Particular Reference to the Arctic*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2018, 290; S. MARINAI, *EU, Climate Change and Arctic Security Matters*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 179 ss..

⁵⁹ S. SCARPA, *La politica artica dell'Unione europea e lo status di osservatore de facto nel Consiglio artico*, cit., 224.

⁶⁰ On this matter, see <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/sanctions/ukraine-crisis/>.

⁶¹ See https://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal_welfare/seals/seal_hunting.htm.

⁶² See at <https://www.bbc.com/news/newsbeat-49422832>.

⁶³ In the statute there are no specific provisions concerning the cooperation with the EU or other IOs. This is perhaps because the statute of the CoE is the product of its time, like in the case of the IMO and other IOs.

⁶⁴ On the negotiation process of EU accession to ECHR, J.P. JACQUÉ, *The Accession of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, 48 ss.; V. PETRALIA, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo*

2019, the Committee of Ministers representing the 47 MSs of the CoE adopted a decision accepting the EU request to become an observer at the Group of States (GoS) against Corruption (GRECO). This development may represent a fresh start for the cooperation in question. Another example is the participation of the EU in the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. The Union did not participate in the negotiations but signed the convention. However, for the conclusion, an opinion is pending before the European Court of Justice (for now there are only the conclusions of the Advocate General, which deals with a problem of legal basis)⁶⁵.

4.1. The EU external representation is a *unicum* in the international dimension. The bodies or the institutions of the EU, which may represent the Union as such within IOs, are strictly related to the Union's ability to participate effectively (or not) therein. Different and complex connotations are potentially attached to this issue. The EU can be represented by different institutions, depending on several elements, such as the competence exercised, the *status* held by the EU, the international entity considered and by the definition of the EU positions⁶⁶.

If the EU has a member *status* and the issue being addressed falls within its exclusive competence, the Union acts through the European Commission, supported by the delegation of EU⁶⁷, which may be assisted by a committee representative of the MSs (e.g. the Committee 207 for commercial policy in the WTO or FAO).

It will be necessary to understand whether the matter under discussion falls within the general external action of the EU or touches aspects more properly related to the Common Foreign and Security Policy (CFSP). In the general external action, the external representation will be entrusted to the European Commission, flanked more tenaciously

il Trattato di Lisbona, Torino, 2011, 287; P. IVALDI, C. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, Vol. XLVIII, 3.

⁶⁵ See opinion of Advocate General Hogan of 11/03/2021.

⁶⁶ Despite art. 219, para. 9, TEU regulates the power of the Council to take a decision, establishing the positions to express in an international body; this provision has raised the question of the extent to which this procedure applies to the definition of EU positions on matters not raising legal effects. See also Court of Justice, Grand Chamber, judgement of 7/10/2014, C-399/12, EU:C:2014:2258.

⁶⁷ There are 140 Union delegations, 8 are accredited exclusively to other IOs, including regional organizations, UN bodies, programs, and funds.

by the representatives of the MSs included in the delegations of the European External Action Service (EEAS)⁶⁸.

In the CFSP, it is the Presidency of the European Council that will represent the EU based on a coordinated position within a committee composed of the MSs and the Commission. However, this only happens at the highest levels of institutional representation pursuant to art. 15, par. 6, TEU. In CFSP, at the ministerial level, the representation will be entrusted to the High Representative for foreign affairs and security policy, as happens for the representation of the EU in the SC meetings.

However, even in the latter case, also considering the importance of the *double hat* of the EU High Representative, one may wonder how a single person can manage multiple activities of representation, if they are carried out at an institutional and an international organization level. In fact, in the Treaty of Lisbon, the new role of the HR certainly has all the potential to exert important positive effects on some aspects related to the phenomenon of fragmentation. Under the CFSP, the HR has the necessary powers to ensure unity, effectiveness and continuity to the Union's external representation and the coordination of the MSs, while the coherence of external action would be achieved through his double hat as described, for example, in the case of participation in meetings of the UN Security Council. However, one may wonder how a single person can manage multiple representation activities if they are carried out simultaneously at the EU and at the SC.

Besides, even if the Lisbon Treaty does not mention the representative power of the Presidency of the Council of the EU, this is still sporadically involved, especially when the EU does not have a formal *status* in the IO or when the competences exercised fall within the EU MSs spectrum of action.

In the practice, the blocking of the delivery of the EU statements in the UN during the second half of 2011 is an emblematic example of the difficulties faced by the EU delegations to IOs. During that time, several dozen EU statements and demarches were blocked over deep disagreement as to who delivers the statement: *the European Union* or *the European Union and its Member States*⁶⁹. Since art. 47 TEU explicitly gives international personality to the EU, the UK argued that

⁶⁸ Council Decision 2010/427/EU cit, 30. See L. PALADINI, *Il Servizio Europeo per l'Azione Esterna. Aspetti Giuridici e Prospettive di Sviluppo*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2017, 17 ss..

⁶⁹ One might wonder what consequences the exit of the UK from the EU may have in the future on the relations of the EU external representation in IOs. R.A. WESSEL, *Consequences of Brexit for International Agreements Concluded by the EU and its Member States*, in *Common Market Law Review*, 2018, 101 ss.

the term *EU* can no longer be used to designate *EU and its Member States* when delivering statements on behalf of the EU in multilateral fora.

In October 2011, a document was adopted by the Council of the EU, to give clarifications on how to interpret EU external representation⁷⁰. It is possible to argue that the model of external representation introduced by the Lisbon Treaty could imply an extension of EU competences, thus preventing its MSs from exercising their own competences. As acknowledged by the HR of the EU in the 2011 Report⁷¹, since 2011, this internal battle has had a negative impact on the external action of the Union. After ten years, in the 2021, this conflict seems to remain unchanged.

Therefore, it seems to be desirable to avoid an uncertain or an over-representation of the EU within other IOs or entities. However, this might compromise a united, effective, and strong representation of the EU in appropriate international entities.

Between the EU and the WHO, the position of the Union and its MSs can be expressed either by the six-monthly Presidency of the Council of the EU or by a MS. In addition, considering the framework of cooperation between the EU and CoE, the staff of the B3 office in Directorate General (DG) RELEX proves to be highly competent in the process of representation (and coordination) with the representatives of the CoE⁷². However, the latter is accompanied in an unclear way by the DG on Human Rights or the DG on Social Cohesion. This can lead to confusion within the CoE as to *who* it is necessary to discuss with, also considering the matter being negotiated.

At the same time, the Union's ability to make use of several representatives can allow it to effectively interact when its competences are not entirely clear or border on purely State areas. In fact, this is the case of the recent negotiations conducted in the context of Global Compact for Migration (GCM)⁷³ in 2018 and on the law of the sea regarding the adoption of a Convention on marine biological resources

⁷⁰ Council of the European Union, 16901/11, of 24/10/2011, available online.

⁷¹ European External Action Service, of 22/12/2011, point 17, available online.

⁷² C. ASHTON, *SPEECH/11/31. Remarks at the Official Opening of the EU Delegation to the Council of Europe*, of 19/01/2011. See also K. BRUMMER, *Der Europarat. Eine Einführung*, Weisbaden, 2008, 125 ss.; J. PETAUX, *Democracy and Human Rights for Europe. The Council of Europe's Contribution*, Strasbourg, 2009, 14; M. KOLB, *The European Union and the Council of Europe*, Basingstoke, 2013, 45.

⁷³ On the GCM's negotiations process, see *supra* paragraph 4.

beyond national jurisdiction during 2018 and 2019⁷⁴. It is possible to refer to what has been observed about the *status* of the EU in the UN AG since 2011. The major representation of the EU has allowed the former to acquire a new enhanced observer *status*.

4.2. It is now important to consider the centrality of the mechanisms of coordination between the EU and its MSs for such engagement. Together, the EU and its 27 MSs may have a powerful influence in the IOs and other entities, where the Union possesses or not a formal *status*. This coordination is an obligation deriving from the duty of loyal cooperation under art. 4, par. 3 TEU or Council decisions adopted under art. 218 par. 9 TFEU and, for CFSP matters, from art. 34 TEU. The Treaty also provides that EU MSs should act in a spirit of loyalty and mutual solidarity, and refrain from any action that is likely to impair the effectiveness of the Union as a cohesive force in international relations according to art. 24 par. 3 TEU.

Practically, specific working groups or working parties participate in the determination of the political objectives of the EU⁷⁵. By way of example, it is possible to refer to the COHOM, which is responsible for human rights aspects in the EU international relations and supports the Council's decision-making process in this sector. Once finalized and prepared within the *draft priorities papers*, these objectives become the compass and sextant for the EU institutions in its action, representation, and external coordination in the UN. However, internal coordination sometimes proves to be a delicate exercise. For example, in the field of human rights protection, divergences between MSs can be particularly evident. The work of the Commission on the Status of Women - which operates as a functional body of the United Nations Economic and Social Council - appears to be particularly relevant. In fact, the participating States have proved to have a different approach from each other's on issues related to sexual and reproductive health and rights, which are difficult to harmonize⁷⁶.

⁷⁴ On the international law and EU law issues around the matter in question, see M.C. RIBEIRO, F.L. BASTOS, T. HENRIKSEN (eds.), *Global Challenges and the Law of the Sea*, Berlin, 2020.

⁷⁵ J. WOUTERS, M. HERMEZ, *The EU's Contribution to The Strict Observance and the Development of International Law at the UNGA sixth committee*, Working Paper 177 – 10/2016, Leuven, 1 ss..

⁷⁶ On the objectives of the Commission on the Status of Women, see Resolution of the Economic and Social Council of 21/06/1946, in the *Journal of the Economic and Social Council*, anno 29, Documents E90 and E84, 525-529, 525 para. 6, available online. On coordination in Brussels and its problems, see I. GALARIOTIS, M. GIANNIOU, I. IAKOVIDIS, *Factors and Parameters of the EU Performance in International Organizations: A*

There are cases in which the EU coordination mechanisms are quite complex and not completely homogeneous. It is the case of the GoS, mainly the G7, G8 and G20. This is due to various factors such as, for example, the matter under discussion or the external representation of the EU during the meetings. In particular, the coordination process for the G7 takes the form of a group decision-making. The written *position papers* are disseminated among all EU MSs, allowing euro area countries to be substantially involved in the related meetings. Internal EU coordination for the G7 tends to focus on ministerial meetings and takes place in two different groups: on the one hand, general issues and topics affecting all EU MSs are discussed in the Economic and Financial Committee (EFC) on the basis of the preparations of the European Commission, on the other hand, purely monetary issues are prepared by the EFC in its configuration of the euro area, the so-called Eurogroup, in which only the MSs of the euro area, the European Commission and the ECB are present⁷⁷. The preparation of the working group intervention is then transmitted to the Eurogroup at the level of finance ministers. Subsequently, the ECOFIN Council, which includes all MSs finance ministers, includes all the documentation flows of the working group in a single *term of reference*. However, the G7 is only discussed on the side lines of an ECOFIN meeting. After the G7 meeting, there is a debriefing of the European Commission in the EFC. The EU coordination for the G8 takes place on three different levels: the European Council, COREPER and the meetings of the Council of the EU. Firstly, the topics covered by the G8 summit can be discussed at a previous meeting of the European Council⁷⁸. Secondly, the EU Sherpa⁷⁹ for the G8 informs EU MSs in COREPER. These briefings represent the EU main coordination tool in the context of the G8. Some meetings can take place in COREPER both before and after the G8 summits, while others can be held only after the summit. This may also depend on the amount of work that the G8 is preparing to discuss. In any case, the briefings are purely informative and focus on the summit, rather than the Sherpa meetings.

Theoretical Framework, in *European University Institute (EUI) Working Papers*, MWP 2017/03, 12.

⁷⁷ S. NASRA, P. DEBAERE, *The European Union in the G20: What Role for Small States?* in *Cambridge Review of International Affairs*, 2016, 1 ss..

⁷⁸ This is what happened before the Deauville Summit in 2011 and the Camp David Summit in 2012.

⁷⁹ The term “Sherpa” derives from the name (or, rather, the nationality) of the Himalayan Mountain guides and indicates the high official who is the personal representative of the leader. See P.I. HAJNAL, *The G8 System and the G20. Evolution, Role and Documentation*, in *Global Finance Series*, 2007, 39.

Thirdly, the G8 can also feature on the agenda of Council meetings, depending on the G8 ministerial meetings and the subject matter. The organization of ministerial meetings is a prerogative of the G8 presidency. By now, the G8 seems to be considered an obsolete forum lacking in innovation. However, it is possible to emphasize the G8's ability to still be an efficient international forum in making decisions, thus setting a successful model. Furthermore, we can argue that the G8 can be a forum gathering the world powers, whose internal democratic process and the protection of human rights are at an advanced stage, if compared to those states that are excluded from it.

In this sense, the establishment of the Global Fund to fight HIV, tuberculosis, and malaria in 2001, as well as the open concern for environmental problems, the decision to eliminate a part of the debt of the poorest countries in 2005, and the climate change commitments that were made between 2015 and 2018 are interpreted as successful examples, also of the success of the EU coordination mechanism. The engagement of the EU with G20⁸⁰ is particularly relevant. Even the EU has been admitted to the G20 as a full member; the co-ordination process is essential to ensure a balanced participation by the EU and its MSs⁸¹. This is even more justified if issues fall within areas of both exclusive EU competence and shared competence with its MSs. The EU coordination has evolved in parallel with the expansion of the G20 structure and work agenda⁸². The main innovation in the third phase is related to the enlargement of the G20 agenda under the Sherpa scheme of work. Since the Pittsburgh summit, the G20 agenda has gradually expanded. It crystallized under the French G20 presidency in 2011 with a series of new G20 ministerial meetings on development, agriculture, work, and employment. The subsequent Mexican presidency of the G20 also organized ministerial conferences on trade and foreign affairs. However, it is important to note that the EU response in terms of preparation and coordination considerably differs between the various policy areas under consideration⁸³.

Besides, the presence of the EU Parliament in the coordination mechanisms of the EU in the GoS may not be detected. During 2012, the

⁸⁰ P. DEBAERE, D. LESAGE, J. ORBIE, *Effective 'Minilateralism': The European Union's Pragmatic Embrace of the G20*, in E. DRIESKENS, L. VAN SCHAIK (eds.), *The EU and Effective Multilateralism: External and Internal Reform in the First Decade*, London, 2014.

⁸¹ P. DEBAERE, *EU Coordination in International Institutions: Policy and Process in Gx Forums*, Basingstoke, 2015, 15.

⁸² It is possible to identify three phases. See P. DEBAERE, D. LESAGE, J. ORBIE, *Effective 'Minilateralism'*, cit., 176.

⁸³ P. DEBAERE, *EU Coordination in International Institutions*, cit., 16-18.

Parliament Secretariat conducted an intensive brainstorming exercise to prepare the European Parliament for a much more complex environment. In the final report *Preparing for complexity*⁸⁴, a separate section was devoted to the G8 and the G20, in which the Parliament outlined a clear vision of its role towards these processes. It was said that the preparation of the summits should not be considered outside the European Parliament's field of action. For example, it was said that the Parliament could express its opinion based on a report from the President of the European Council, when it endorses or prepares the EU position for the G20 meetings. Among other things, this would also allow the Parliament to check how the Commission implements the commitments made at the G20 summits. Furthermore, a greater involvement of the European Parliament could lead to an evolution of the GoS themselves - thus improving the democratic legitimacy of the processes - and, for the G20, to a greater involvement in the phase of preparation for summits, at presidential, political, and expert levels. In this regard, the President of the European Parliament could have a dedicated Sherpa to prepare the meetings. Surprisingly, however, the report considers that there is no urgent (and not so important) need for a single European seat (in the G20) or for a full negotiating mandate proposed by and transmitted to the European Commission.

It is possible to consider also what is happening at the UN (at New York). The composition of the negotiating team includes diplomats from different dimensions⁸⁵, connected to each other. The EU delegations to UN are responsible for the day-to-day coordination of the common position taken by the EU, including the final drafting of the EU declarations and finalizing EU positions on resolutions and other measures taken on the ground. They are generally established through EU coordination meetings in UN that build on the work of previous preparatory meetings held in the Council⁸⁶. In any case, the Council Secretariat has created *liaison offices* to assist the representatives of the MSs in the IOs.

⁸⁴ K. WELLE, *Preparing for Complexity. The European Parliament in 2025 – The Answers*, 2013.

⁸⁵ It refers to a) The staff of the EU delegation to the UN. This mainly refers to diplomats from the MSs seconded to the EEAS; b) Diplomats appointed for the permanent missions of the 27 EU MSs, with expertise in the matter; c) Experts from the European capitals of all the MSs of the Union, who actively participate in the consultations to fill divergent opinions between the positions proposed by the EU and national priorities.

⁸⁶ E. PAASIVIRTA, D. PORTER, *EU Coordination at the UN General Assembly and ECOSOC: A View from Brussels, A view from New York*, in J. WOUTERS, F. HOFFMEISTER, T. RUYS (eds.), *The United Nations and the European Union: an Ever Stronger Partnership*, The Hague, 2006.

However, it is important to ask what kind of situation is detected when a formal *status* is not recognised to the Union. The presence of a valid coordination mechanism has also guaranteed the EU the ability to express itself even in the absence of its own competence or in the case of a formal *status* of member within some IOs. In fact, in the case of the WHO, the EU coordination process is organized and managed through precise communication channels, a common web portal used for the sharing of relevant information relating to discussions between the institutions of the Union and its MSs⁸⁷. Where the EU action does not appear formally admitted or represented, internal discussion and information sharing between MSs are essential. The Libyan case of 2011 may illustrate the actual involvement of EU MSs in the decision-making process of the SC for the approval of Resolution 1970, of 26/02/2011⁸⁸, which *inter alia* imposed a full arms embargo on Libya, and the freezing of the capital of the main representatives linked to the Libyan government. However, as the presence of EU MSs on the SC is set to decrease to only two in 2022 (until earliest 2025), ensuring the effective cooperation of the EU on matters related to the UN Security Council is a priority. This should build on the ongoing strengthening of cooperation between EU MSs who are members of the Security Council, whether permanent or non-permanent, and provide a channel to promote the EU's positions in that organ.

The importance of EU coordination mechanisms is also recently highlighted by the European Commission and the HR. This joint action is dedicated to strengthening the role of the European Union internationally through rule-based multilateralism, as the action of the EU in other IOs and entities. With their joint communication presented on 17 February 2021⁸⁹, it is preliminary declared that the EU is aiming for diversified and inclusive interventions to address the global challenges that jeopardize the whole humanity and requiring better multilateral governance. The document underlines how the COVID-19 pandemic, a threat of a global nature, has led to a greater awareness of the need to respond jointly to

⁸⁷ S. GUIGNER, *The EU and the health dimension of globalization: Playing the World Health Organization Card*, in J. ORBIE, L. TORTELL (eds.), *The European Union and the Social Dimension of Globalization: How the EU Influences the World*, Abingdon, 2009, 131; S. PRINCEN, *Advocacy coalitions and the internationalization of public health policies in Journal of Public Policy*, 2007, 1 ss., 13; L. VAN SCHAIK, *The EU's Performance in the World Health Organization: Internal Cramps after the Lisbon cure*, in *Journal of European Integration*, 2011, Vol. 33, 699.

⁸⁸ Security Council, S/RES/1970 (2011) of 26/02/2011, available online.

⁸⁹ See joint communication of the Commission and the High Representative, of 17/02/2021, JOIN(2021) 3 final.

global crises. According to the document, to maximise that collective influence of the EU, the Union should further strengthen its coherence, unity, and solidarity in multilateral fora. The EU and its MSs must coordinate their positions, actions and messaging, and act as one, in line with the Treaties⁹⁰. To achieve this aim, the EU and its MSs must improve information sharing, consultation, and coordination, including in the governing bodies and boards of multilateral bodies where the Union is not represented. As described for the IMF (in which a statutory reform inherent to membership and the consequent change in the Union's participation seems to be overly complex and scarcely feasible)⁹¹ the EU should and could work to unify and uniform all its coordination mechanisms⁹².

5. The present study has showed that the rules which allow the EU to be engaged in IOs are various and complex. However, the research has highlighted that letting a formal criterion (as the membership *status*) indicate the effectiveness of EU engagement in IOs and other entities may appear fallacious.

From an International law perspective, the complex division of competences between the EU and its MSs appears problematic. A critical point is given by the law of treaties framework, pursuant to which an IO may not invoke the rules of the organization as a justification for its failure to perform a Treaty (art. 27 par. 2, Vienna Convention 1986). Given the manifold international relations and the dynamic and extensive competences of the Union, the question arises as to what extent the division of competences should be objectively evident to other international actors. It has been argued that once this division is made known, the EU rules are not purely internal, but may become a part of international agreements, or at least form a source for interpretation. This would be true in cases where a *declaration of competence* has been issued by the EU. However, this situation does not mitigate the serious

⁹⁰ *Ibidem*, 10.

⁹¹ Besides, it is important to remind that, in the IMF, new modes of participation (exclusive or mixed) would first require a regulatory effort within the EU legal order to clarify the boundaries between economic and monetary policy, on the one hand, and between the external competences of the Commission, the Council of EU and ECB, on the other. See *supra* para. 4.

⁹² See *supra* para. 4. An interesting and bold proposal put forward the hypothesis to ban EU MSs represented on the Executive Committee not to vote except on the basis and after having reached a common position (within the internal commission of IMF). However, this procedure does not seem to find any solid legal bases on which to be implemented in the IMF. See A. GIOVANNINI, M. GROS, G. IVAN, M. KACZYŃSKI, D. VALIANTE, *External Representation of the Euro Area*, European Parliament, Bruxelles, 2012, 36.

conflicts that the Union may suffer with the other members of IOs in which the Union participates during its works. In the practice, the study showed that even in the case of a declaration of competence, the EU and the MSs have critical difficulties to coordinate their positions, mainly in those matters which are not defined as in the UN General Assembly. Other parties are keen to avoid an overrepresentation of the EU and may display a certain fatigue in relation to competence division between the EU and its members. A single, effective, and strong representation replacing the MSs in the appropriate international fora might solve several legal problems, but would obviously face the MSs political opposition, as they are not ready to give up their seat at the table, irrespective of any competence transfer. International law seems to create special rules for special entities. The REIO/RIOs clauses in some multilateral agreements are a good example. With the increasing external activities of the EU, the question arises when the EU is not allowed at the table of IOs whose policy areas fall under the EU exclusive competences. Having to rely on MSs to handle issues they are no longer competent to deal with, complex situations and perhaps even loyalty problems occur. This is the reason why for a long time the EU sought to be engaged in a wide range of bodies. Even when arguments about the EU participation are presented as legal disagreements over the interpretation of, for example, the EU Treaties or the constituent Treaty of an international institution, there are often underlying political or other reasons behind such disagreements. While the EU has global ambitions and seeks to be active in a broad range of international bodies, it is often curtailed by opposition of the EU MSs or other parties of international bodies, who may obstacle the role played by the EU. With a view to the Court's case law, however, it has rightfully been argued that the MSs must actively promote the membership of the Union in IOs in those areas in which the EU has (or has gradually gained) an exclusive competence⁹³.

This evolving participation process is bound to different types of *status* of the EU in the IOs (e.g. member or observer) and the external representant which expresses the European position⁹⁴. In the first case, the full membership is mainly found in areas where the EU has broad competences. However, the capacity of the EU action seems selective. It may be because the third State parties of the IOs in question tend not to fully recognize the Union as an autonomous actor in the negotiation processes. The observer *status* – which represents the most cases of EU engagement – seems to be better suited to the structure of the EU, despite

⁹³ See *supra*, para. 3.

⁹⁴ See *supra*, para. 4.

guaranteeing formally minor powers and rights to the holder. It responds more effectively to critical issues due to the EU internal legal order, as described for the division of competences. However, this may also be due to a political element: the third MSs of the IO concerned may be aware of having a greater margin of manoeuvre than the EU. In case the EU has formal competences, but the IOs statutes do not allow for a EU membership – such as in the labour matters – a complex form of EU involvement can be identified. Furthermore, the role of the Union in maintaining international peace and security reflects the same reasoning. This is the case of the EU participation in the UN Security Council (UNSC). In fact, the EU participation is active through the coordination paths guaranteed by the international rules and EU law. Although the acquisition of a European seat as a member is senseless, both for legal and political reasons, it is possible to ask if and to what extent the possible recognition of an observer *status* of the 27 MSs may improve the engagement of the EU in the UNSC. In this last case, enormous difficulties could certainly be foreseen in casting an EU vote. Art. 34 TEU can express all its functionality in guaranteeing, albeit not absolutely, a greater coherence to the EU action through the coordinated action of its 27 MSs and the EU High Representative. However, this presupposes a step backwards on the sovereignty of its MSs (both as a permanent member and not) in favour of a supranational contribution, which can be concretely implemented through an initial intervention on the rule of unanimity vote pursuant to art. 31 TEU in the Council of the EU and European Council. Small steps can make a big difference⁹⁵.

The representation of the Union in IOs remains more challenging in multilateral delegations, due to the greater complexity of the legal and competence issues that may arise in the international entities in question. In fact, a unified diplomatic presence in these *fora* has proved highly problematic for the EU, despite the specific legal obligation of a (unitary) representation of the EU by its delegations established pursuant to art. 221, par. 1, TFEU. The lack of a EU unitary representation is proven also by the fact that the Presidency of the Council of the EU is still sporadically involved, especially when the EU does not have a *status* in the IO or the competences exercised fall within the national *spectrum* of action, such as in the meetings of World Health Assembly of WHO or in the works of the IMF⁹⁶. However, these cases do not represent a formally accepted and fully recognized practice by the parties of the organization. The fact that the EU is represented externally by different institutions and

⁹⁵ See *supra*, paragraphs 4 and 4.1.

⁹⁶ I. INGRAVALLO, *Quali prospettive per la partecipazione dell'UE*, cit., 232-233.

organs is not automatically a negative data and can reserve the Union greater authority and rigor. The absence of a clear logic may generate obstacles between individual EU institutions and between the EU and its MSs in the expression of a European position.

The coordination mechanisms between the Union and its MSs is an essential element for its participation. They enable the EU to speak with a single voice, when both the EU and its MSs participate in the international body, but also when the Union is or can only be guaranteed a formally inferior position to the member one – as in the case of the observer *status* or when a formal position is not recognized at all. The coordination mechanisms are also characterized by negative factors. Among these, the time plays a fundamental role, as it can make it difficult for the EU to quickly take an agreed position with its MSs. Nevertheless, considering that the acquisition of a stronger formal position for the EU is still hampered in some cases by historical or not fully clarified political reasons, the research considers more appropriate to implement these coordination mechanisms, trying over time to reduce the execution times and filling the weaknesses still present in them. The coordination tool of the EU in the GoS - and mainly in the G20 - appears relevant. They have a structure that cannot be assimilated to a traditional IO. However, their main characteristic lies in their informality and flexibility. This may be the reason why the GoS allows for an active role of the EU. The research shows that the participation of the Union in the GoS is not without issues, which can be detected in the confused and uneven degree of coordination and involvement of the Union, also due to the lack of involvement of EU MSs that are not part of GoS. However, the analysis of the EU participation in the GoS confirms that the degree of strength and effectiveness that the EU possesses as an actor on the international scene depends, to a large extent, on the legal constraints imposed by the internal institutional set-up of the international forums it takes part in, but also on the Union's ability to evolve in collaboration with its MSs, even in the absence of formal participation⁹⁷. This appears important considering the unlikely possibility of granting the EU a formal *status* within the IO or entity under consideration, as in UNSC⁹⁸.

Finally, it can be said that the EU does not always impose itself as an autonomous⁹⁹ international actor, but rather becomes an *accidental*

⁹⁷ See *supra*, para. 4.2.

⁹⁸ On the text adopted by the Council of the EU on the priority of the EU in the UN (UE doc. 10895/19) of 15/07/2019, only a generic reference to the question is made. The doc. Is available online. See also the considerations of I. INGRAVALLO, *Quali prospettive per la partecipazione dell'UE*, cit., 232.

⁹⁹ On the concept of strategic autonomy of the EU, see *supra*, para. 2.

player, as in the case of FAO or WIPO. Considering the characteristics of each IO and the EU capacity of evolution, requiring the EU to have only one type of *status* or only one kind of representative body does not seem to be a consistent solution. On the contrary, to assess the effectiveness of the Union's action within the other IOs, it is essential to understand how the Union uses all tools at its disposal. In this context, the results of the research suggest that among the main factors influencing the role of the EU within other IOs and entities, the coordination mechanisms may represent a tool to be enhanced (formally and practically) for an effective recognition of the EU engagement in international entities. This gives hope that the EU may enhance and develop its own international identity soon.

ABSTRACT

*The Main Factors Affecting the Role of the European Union Within
Other International Organizations and Entities
in the Light of Current Practice*

The engagement of the EU within international organizations (IOs) and other relevant entities has further developed. The aim of this research is to outline the main factors under international law and EU law affecting the role of the Union, as an international actor, within other IOs and entities. All these factors are examined in the light of current practice.

CEDU, RIPUDIO E ORDINE PUBBLICO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE

ALESSANDRA SARDU

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Analisi dei due recenti e opposti orientamenti della Cassazione. – 2.1. Sulle caratteristiche del ripudio. – 2.2. Sul concetto di ordine pubblico. – 2.3. Sull'esegesi del limite dell'ordine pubblico. – 2.4. La rilevanza indiretta dell'art. 6 della CEDU nei giudizi di delibazione di atti stranieri. – 3. Considerazioni conclusive.

1. La Cassazione è tornata recentemente a interessarsi del tema della compatibilità con l'ordine pubblico degli effetti di atti stranieri di ripudio con due pronunce di segno opposto emanate dalla stessa Sezione, a distanza di pochi giorni l'una dall'altra. Sebbene il tema non sia nuovo per i giudici italiani¹, la portata di tale contrasto giurisprudenziale è così evidente che non appare superfluo soffermarsi in questa sede a comprendere le motivazioni che l'hanno determinato.

¹ Per una ricostruzione dettagliata della giurisprudenza italiana sul tema si vedano C. MARTINO, *In tema di differenza tra divorzio e ripudio per la delibazione di sentenza straniera di divorzio*, in *Foro padano*, 1949, 348 ss.; P.A. PILLITU, *Ripudio marocchino e legge italiana sul divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, 99 ss.; C. CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Rivista del notariato*, 1987, 233 ss.; C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, 906 ss.; N. ONGARO, *Ordine pubblico matrimoniale: i problemi familiari degli immigrati islamici*, in *Rassegna di diritto civile*, 1991, 587 ss.; C. RIMINI, *Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbinico italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, 55 ss.; F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, 73 ss.; P. LILLO, *Brevi note sul regime dei matrimoni "ebraico" e "islamico" in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, 508 ss.; N. BORSERINI, *Il limite dell'ordine pubblico nella delibazione delle pronunce rabbiniche di divorzio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, 736; A.M. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 969 ss.

Si tratta delle pronunce n. 16804/2020² e n. 17170/2020³, che se da un lato hanno l'effetto di disorientare notevolmente la comunità degli interpreti, dall'altro offrono degli spunti importanti per riflettere sull'evoluzione dell'approccio dei giudici nazionali al concetto di ordine pubblico e più in generale sull'interazione tra il sistema di tutela dei diritti umani e quello del diritto internazionale privato.

Nella pronuncia 16804/2020, la Cass. ha rigettato l'impugnazione di una sentenza della Corte d'Appello di Roma che aveva negato il riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza emanata da un Tribunale sciaraitico di Nablus, con la quale si disponeva il divorzio nelle forme del *talaq* tra due cittadini aventi nazionalità sia giordana che italiana. La Corte d'Appello aveva ravvisato contrarietà della suddetta sentenza sia all'art. 64, lett. g), della l. 218/1995, per violazione dell'ordine pubblico, che all'art. 64, lett. b), della medesima legge, per lesione del diritto di difesa. In merito al primo profilo, la Corte d'Appello aveva ritenuto che il giudice straniero non avesse effettuato alcun accertamento sul venir meno in concreto della comunione di vita dei coniugi⁴. In merito al secondo profilo, la Corte aveva ritenuto che essendo il *talaq* basato esclusivamente sulla manifestazione di volontà del marito senza che questi fosse tenuto ad addurre alcuna motivazione, si era in concreto prodotta una violazione del diritto di difesa in quanto la moglie non aveva avuto alcuna possibilità di opporsi al divorzio, né di instaurare un contraddittorio reale. Inoltre, a differenza del marito, la moglie non aveva la facoltà di esercitare un ripudio senza motivazione nei confronti dello stesso. La sentenza della Corte d'Appello ordinava pertanto all'ufficiale di stato civile di procedere alla cancellazione della trascrizione a margine dell'atto di matrimonio. La Cass. respingeva il ricorso avverso l'impugnata sentenza della Corte d'Appello, per le motivazioni che analizzeremo dettagliatamente nel paragrafo seguente.

Nell'ordinanza 17170/2020, la Cass. ha invece accolto l'impugnazione di una pronuncia della Corte d'Appello di Bari che aveva negato il riconoscimento per violazione dell'ordine pubblico a una sentenza di divorzio del tipo *rojee* tra due cittadini iraniani pronunciata dalla Corte Suprema di Teheran. La Corte d'Appello nell'impugnata sentenza aveva ritenuto che la pronuncia iraniana trascritta contrastasse con i principi fondamentali dell'ordinamento ita-

² Cass. civ., sez. I, sentenza del 7 agosto 2020, n. 16804, reperibile *online*.

³ Cass. civ., sez. I, sentenza del 14 agosto 2020, n. 17170, reperibile *online*.

⁴ Cass., sentenza n. 16804, cit., 3.

liano in quanto la stessa avrebbe attuato una fattispecie di divorzio che, per il suo carattere unilaterale e arbitrario, è assimilabile ad un ripudio. Più precisamente, la Corte d'Appello aveva ritenuto che la sentenza iraniana trascritta contrastasse con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 1133 c.c. iraniano accorda al marito la possibilità di divorziare senza che la moglie possa paralizzarne la volontà, producendo in concreto una violazione dei principi di parità coniugale e tra i sessi. La Cass. accoglie il ricorso avverso l'impugnata sentenza della Corte d'Appello, per le motivazioni che esporremo compiutamente in seguito.

Dal raffronto tra le due sentenze sopra menzionate, emerge che il contrasto tra gli orientamenti della Cass. è stato determinato dalla diversa interpretazione data all'art. 64, lett. g), l. 218/1995, che prevede che la decisione straniera cui si intende dare riconoscimento non debba contenere disposizioni che producono «effetti contrari all'ordine pubblico». È noto che nel nostro ordinamento giuridico, la materia del riconoscimento degli atti stranieri è disciplinata dall'art. 64 ss. l. 218/1995. Nello specifico, l'art. 64 stabilisce il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere o di provvedimenti a esse equivalenti⁵. Tuttavia, in base al combinato disposto degli articoli 64 e 67 di tale legge, tale automaticità è subordinata al verificarsi delle condizioni elencate all'art. 64, tra cui per l'appunto vi è il necessario rispetto dell'ordine pubblico come previsto alla lett. g).

Più precisamente, la divergenza d'interpretazione nei due casi sopra menzionati non è stata determinata dal fatto che la Cass. ha preso in considerazione due differenti nozioni di ordine pubblico, né tantomeno dall'aver ritenuto che il *talaq* palestinese e il divorzio di tipo *ro-jee* non siano assimilabili a fattispecie di ripudio, o che abbiano per le

⁵ Per un'analisi approfondita del tema si veda A. SINAGRA, *Riconoscimento ed esecuzione in Italia degli atti giurisdizionali stranieri in materia di diritto di famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 659 ss.; P. PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, 381 ss.; R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimenti e trascrizione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, 5 ss.; S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato e comunitario*, Milano, 2007; S. BARIATTI, A.G. DANOVÌ (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Padova, 2008; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, V ed., 2010, 343 ss.; C. CAMPIGLIO, *Ordine pubblico*, in *Diritto on line*, 2013; F. SALTERNO, *Riconoscimento delle sentenze straniere in materia civile e commerciale*, in *Diritto on line*, 2014; L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, 2019.

loro caratteristiche un diverso impatto sui valori tutelati dall'ordinamento giuridico del foro attraverso l'ordine pubblico. L'elemento determinante nel cambiamento di prospettiva che caratterizza l'ordinanza 17170/2020 non soltanto rispetto alla 16804/2020, ma anche alle altre precedenti in cui è sempre stato negato il riconoscimento a sentenze straniere contemplanti forme di ripudio⁶, è la diversa esegesi del limite dell'ordine pubblico concretamente operante nei giudizi di delibazione.

Pertanto, per comprendere la *ratio* di questi orientamenti opposti è necessario analizzare i passaggi logico-argomentativi che la Cass. ha posto alla base delle pronunce 16804/2020 e 17170/2020, e la diversa prospettiva assunta rispetto all'opportunità di analizzare o meno elementi rilevanti delle fattispecie che qui vengono considerate, quali le caratteristiche dell'istituto del ripudio alla luce del diritto applicabile e la ricostruzione delle norme che integrano l'ordine pubblico sostanziale e processuale nella sua dimensione internazionale. Quest'analisi è utile anche per comprendere se i due orientamenti debbano essere considerati effettivamente opposti e inconciliabili, come le soluzioni cui conducono, oppure se gli stessi si pongono soltanto in una contraddizione apparente.

La questione dell'esegesi del limite di ordine pubblico che è alla base dei due orientamenti della Cass. non ha soltanto una rilevanza interna, giacché il giudice della delibazione è tenuto a conformarsi agli obblighi internazionali dell'Italia in materia di diritti umani. La Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito "Corte EDU") ha infatti stabilito, come vedremo in seguito, che le corti degli Stati contraenti hanno un vero e proprio obbligo di verificare la conformità della procedura seguita all'estero ai principi di ordine pubblico processuale del foro nel caso in cui la sentenza di cui si chiede il riconoscimento provenga dalle corti di un Paese che non ha ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito "CEDU"). Il presente contributo si concluderà dunque esplorando quest'ulteriore profilo e più in generale fornendo qualche spunto critico sul tema della complessa interazione tra diritti umani e diritto internazionale privato.

⁶ Si vedano tra le altre Corte App. Roma, sentenza del 29 ottobre 1948, in *Annali di diritto internazionale*, 1949, 259 ss.; Corte App. Milano, sentenza del 14 dicembre 1965, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, 381 ss.; Trib. Milano, sentenza del 21 settembre 1967, *ivi*, 1968, 403 ss.; Cass., sentenza del 5 dicembre 1969, n. 3881, *ivi*, 1970, 868 ss.; Corte App. Roma, sentenza del 9 luglio 1973, in *Diritto di famiglia*, 1974, 653 ss., nota di C. SCHWARZENBERG; Corte App. Milano, sentenza del 17 dicembre 1991; Trib. Milano, sentenza del 24 marzo 1994; Corte App. Torino, sentenza del 9 marzo 2006.

2. La Cass. nelle pronunce 16804/2020 e 17170/2020 affronta il tema della compatibilità degli effetti delle sentenze straniere di ripudio con l'ordine pubblico dello Stato richiesto, adottando una lettura differente dell'operare di questo limite nei giudizi di delibazione, da cui derivano delle precise scelte metodologiche che influiscono circa l'opportunità o meno di analizzare delicati aspetti della vicenda *de qua*, quali la ricostruzione delle caratteristiche dell'istituto del ripudio alla luce della legge applicabile e dei contenuti della nozione di ordine pubblico nella sua dimensione interna e internazionale.

In effetti, mentre nella sentenza 16804/2020 la Cass., dopo aver compiuto un'articolata disamina di tutti i profili principali della vicenda, ricostruisce puntualmente la nozione di ordine pubblico ed effettua un'indagine approfondita sulla legge straniera applicabile e sulle caratteristiche sostanziali e processuali del *talaq* palestinese, giungendo come vedremo più avanti alla conclusione della sua contrarietà rispetto ai principi dell'ordine pubblico internazionale sostanziale e processuale, nell'ordinanza 17170/2020 il giudice prescinde totalmente dal fare sia un'analisi del diritto applicabile e dei presupposti dell'istituto del divorzio di tipo *rojee*, che una qualsivoglia ricostruzione delle norme di ordine pubblico eventualmente rilevanti, limitandosi ad affermare che vada rigettata qualsiasi valutazione inerente al contenuto dell'atto, quasi a voler paventare il rischio di un pericoloso imperialismo giuridico dei valori dello Stato richiesto. La differenza tra i due approcci è sostanziale in quanto se il giudice in quest'ultimo caso si fosse soffermato sui contenuti dell'atto, avrebbe con tutta probabilità rilevato, come d'altronde è accaduto in casi precedenti decisi dalle corti nazionali ed inerenti al medesimo istituto del divorzio di tipo *rojee*⁷, che la forma di divorzio disciplinata dall'art. 1133 c.c. iraniano pone dei problemi sul piano del rispetto del principio dell'uguaglianza tra uomo e donna, così come su quello dell'equo processo, che sono unanimemente considerati come principi di ordine pubblico internazionale⁸. Ma l'ordinanza 17170/2020 getta più di un dubbio sul fatto che la Cass. in questa pronuncia consideri essere questo l'approccio corretto in tema di valutazione della compatibilità degli effetti della sentenza

⁷ I casi che vertono sul divorzio di tipo *rojee* disciplinato dall'art. 1133 del codice civile iraniano sono Corte App. Milano 17 dicembre 1991; Trib. Milano 24 marzo 1994; Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881. Essi saranno analizzati *infra*.

⁸ Per un'analisi approfondita del tema si veda tra gli altri C. CAMPIGLIO, *Ordine pubblico*, cit.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 246 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.

straniera con l'ordine pubblico. E ciò in considerazione del fatto che essa non soltanto giunge a conclusioni opposte rispetto ai precedenti delle corti nazionali, ma sembra soprattutto suggerire un'esegesi differente del limite di ordine pubblico, improntata alla ricerca di una forte neutralità delle norme del diritto internazionale privato.

Nei prossimi sottoparagrafi analizzeremo le argomentazioni adottate nelle due pronunce della Cass., tenendo in conto i principali elementi di divergenza riscontrabili nelle stesse, quali la ricostruzione delle caratteristiche del ripudio alla luce della legge applicabile e dei contenuti del concetto di ordine pubblico, per poi soffermarci sull'esegesi del limite di ordine pubblico. Sarà infine considerato il profilo della tutela indiretta dell'art. 6 CEDU che, come vedremo meglio in seguito, potrebbe essere rilevante per le corti dei Paesi contraenti nei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere.

2.1 Quanto al primo profilo, la disamina puntuale delle caratteristiche del *talaq* o ripudio islamico alla luce della legge straniera applicabile viene effettuata unicamente nella sentenza 16804/2020. Dall'analisi condotta dalla Cass., supportata anche da una informativa ministeriale sulla legge processuale applicabile al divorzio e da una Relazione del Massimario sullo stato della dottrina e della giurisprudenza, si rileva che sebbene l'istituto del ripudio sia stato sottoposto in diversi ordinamenti islamici a tentativi di modernizzazione⁹, resta comunque fermo il carattere unilaterale della decisione del marito di porre fine al matrimonio. Difatti attraverso il *talaq*, il marito scioglie il matrimonio con un atto unilaterale di volontà, non recettizio, che può quindi essere perfezionato anche senza che la moglie ne sia a conoscenza¹⁰. Avendo in particolare riguardo all'istituto del *talaq* come regolato dalla legge applicabile nel caso di specie, ossia le leggi giordane n. 31 del 1959 e n. 61 del 1976, la Cass. osserva che in quest'ordinamento i giudici islamici possono applicare l'istituto «in senso conservatore, nella sua accezione tradizionale originaria di *talaq* pronunciato senza il consenso della moglie e senza alcun temperamento di garanzia volto a ridimensionare lo squilibrio sostanziale e processuale tra le parti»¹¹. La Cass. puntualizza altresì che nel *talaq* palestinese la decisione non ha natura di mero divorzio privato, in quanto il Tribunale sciaraitico, pur essendo un tribunale religioso, è a pieno

⁹ Cass., sentenza n. 16804, cit., 6.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Ivi, 18.

titolo inglobato nella compagine statuale e pertanto esercita delle vere e proprie funzioni giurisdizionali nelle materie ad esso devolute.

Al contrario, nell'ordinanza 17170/2020 non vi è alcun riferimento alle caratteristiche del divorzio iraniano di tipo *rojee* alla luce della legge a esso applicabile. La Cass. si limita a censurare brevemente alcune considerazioni espresse dalla Corte d'Appello nella sentenza impugnata che aveva definito il divorzio di tipo *rojee* come un atto unilaterale e arbitrario, ascrivibile alla fattispecie del ripudio, e in quanto tale riprovato¹². La Corte d'Appello di Bari aveva in effetti affermato che nel divorzio del genere *rojee* sussumibile nella disposizione dell'art. 1133 del codice civile iraniano «il marito ha la possibilità di divorziare senza che la moglie possa paralizzare la volontà del consorte», in espressa violazione dei principi di parità coniugale e tra i sessi, e che dunque la normativa iraniana «sancisce una fattispecie di divorzio che per il suo carattere unilaterale e arbitrario, non si discosta dall'istituto del ripudio». La Cass. invece non si sofferma ad analizzare le caratteristiche del divorzio iraniano, e ciò è dovuto, come vedremo meglio in seguito, ad una precisa scelta metodologica: ad avviso della Corte, l'analisi delle caratteristiche dell'istituto implicherebbe un sindacato sul contenuto dell'atto straniero, cosa che esulerebbe dall'oggetto del giudizio di delibazione. Con quest'ordinanza la Cass. si discosta da tre casi precedenti in cui le corti nazionali si sono trovate a dover decidere sul riconoscimento di sentenze straniere che accordavano l'istituto del divorzio di tipo *rojee* come codificato dall'art. 1133 c.c. iraniano. Più precisamente, in un primo caso la Cass. si è interessata della questione in una pronuncia del 1969, dove ha ravvisato contrarietà della sentenza iraniana all'ordine pubblico in quanto il divorzio di tipo *rojee* «eleva il marito ad arbitro del vincolo coniugale»¹³. In un secondo caso del 1991, la Corte d'Appello di Milano ha negato il riconoscimento di una sentenza di divorzio pronunciata in Iran, in quanto l'art. 1133 c.c. iraniano configurerebbe una fattispecie di divorzio unilaterale, radicato esclusivamente sul potere discrezionale ed arbitrario del marito, e realizzerebbe una disparità di trattamento della donna rispetto al marito, cui deve essere aggiunto «il carattere dell'istituto, umiliante per la donna ripudiata (...) comunemente riconosciuto anche nelle società nelle quali l'istituto è ammesso, trovando generalmente un correttivo nel costume sociale ostile e nella reazione

¹² Ivi, 7.

¹³ Cass. civ., sentenza del 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1970, 868.

dei parenti della ripudiata»¹⁴. In un terzo caso, il Tribunale di Milano si è pronunciato sul divorzio di tipo *rojee* nel 1994 negando la compatibilità con l'ordine pubblico dell'art. 1133 c.c. iraniano in quanto volto a configurare una fattispecie di divorzio unilaterale e contrario alla parità tra i coniugi¹⁵. Nel caso oggetto dell'ordinanza 17170/2020, il quadro legislativo alla luce del quale analizzare le caratteristiche dell'istituto del divorzio di tipo *rojee* è esattamente lo stesso delle tre pronunce appena menzionate: a venire in rilievo è l'art. 1133 c.c. iraniano, che per l'appunto disciplina la fattispecie di divorzio in questione. Tuttavia, la Cass. non è giunta alle medesime conclusioni della casistica appena citata in quanto non ha analizzato le caratteristiche dell'istituto alla luce della normativa iraniana. Quest'osservazione mette in luce che l'interpretazione del limite dell'ordine pubblico fatta propria dalle corti nel giudizio di delibazione può avere delle implicazioni sostanziali sulla verifica della compatibilità di atti stranieri di ripudio con l'ordine pubblico dello Stato richiesto e che pertanto non si tratta di una scelta neutra, ma al contrario risponde a precise visioni della funzione del diritto internazionale privato, come avremo modo di chiarire in seguito.

2.2 Quanto al secondo profilo, ossia la definizione di ordine pubblico da prendere in considerazione ai fini della valutazione della compatibilità degli effetti della sentenza straniera ai sensi dell'art. 64, lett. g), l. 218/1995, in entrambe le pronunce la Cass. converge sulla necessità di dover fare riferimento ad una nozione di ordine pubblico internazionale e non nazionale. Tuttavia, nella sentenza 16804/2020 viene fatta un'articolata ricostruzione della nozione di ordine pubblico, mentre nell'ordinanza 17170/2020 c'è soltanto un riferimento generico all'opportunità di dover considerare la sua dimensione internazionale piuttosto che quella interna. Più precisamente, la Cass. nella sentenza 16804/2020, richiamando alcune precedenti pronunce¹⁶, fa riferimento a una nozione di ordine pubblico composta da «principi giuridici fondamentali tratti dai principi sovranazionali, dalla Costitu-

¹⁴ Corte App. Milano, sentenza del 17 dicembre 1991.

¹⁵ Trib. Milano, sentenza del 24 marzo 1994.

¹⁶ La Cass. richiama le sentenze Cass. 17349/2002 e Cass., S.U., 12913/2019, osservando che «riguardo al rispetto del principio dell'ordine pubblico, se esso va identificato, non tanto con il cd. ordine pubblico interno – e, cioè, con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile –, bensì con quello di ordine pubblico internazionale costituito dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo» (cfr. Cass., sentenza n. 16804, cit., 21).

zione ma, non in ultimo, anche dalle leggi ordinarie e dalle norme codicistiche che regolano gli istituti in Italia»¹⁷. E nell'accertare poi quali norme integrino compiutamente l'ordine pubblico così configurato, la Cass. afferma che «non vi è dubbio che nel concetto di ordine pubblico rientrino il principio di uguaglianza ed il divieto di discriminazione tra i sessi, nonché il diritto di difesa ed il principio per il quale il matrimonio può sciogliersi solamente al ricorrere del presupposto dell'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare»¹⁸. La Corte fornisce poi una solida base normativa a queste affermazioni, derivando puntualmente i principi suddetti dalle norme internazionali e costituzionali. Essa effettua un duplice controllo dell'ordine pubblico, sia nella sua accezione sostanziale che processuale. Più precisamente, fa rientrare il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione nella nozione di ordine pubblico sostanziale, e il diritto di difesa e il principio per il quale il matrimonio può sciogliersi solamente al ricorrere del presupposto dell'accertamento del disfacimento della comunione familiare nella nozione di ordine pubblico processuale. Quanto al primo profilo, la Cass. ricostruisce l'ordine pubblico sostanziale richiamando dapprima gli articoli 2, 3 e 29 Cost., e spostandosi poi sul livello sovranazionale facendo riferimento alla CEDU, e più precisamente all'art. 14 sul divieto di discriminazione e all'art. 5 del Protocollo n. 7 sull'uguaglianza degli sposi, nonché all'art. 16 della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, che impone agli Stati contraenti di eliminare ogni forma di discriminazione contro le donne. Dal quadro delle fonti multilivello così delineate, emerge una concezione uniforme del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione tra i sessi, rispetto ai quali l'istituto del ripudio come configurato dalla legge giordana risulta discriminatorio per la donna «essendo solo il marito abilitato a liberarsi del vincolo matrimoniale con la formula del *talaq*, senza sostanzialmente addurre una motivazione, ed essendo quindi ricollegato l'effetto risolutivo del matrimonio ad una decisione unilaterale e potestativa del solo marito». Alla luce di queste considerazioni, la Cass. ritiene che risulti violato il principio di non discriminazione per ragioni di sesso¹⁹. Quanto all'ordine pubblico processuale, la Cass. richiama l'art. 111 Cost. e l'art. 6 CEDU, che prescrivono l'esigenza di un processo equo ed in condizioni di parità sostanziale e processuale tra

¹⁷ Cass., sentenza n. 16804, cit., 6.

¹⁸ Ivi, 21.

¹⁹ Ivi, 22.

le parti. Ad avviso della Cass., il *talaq* è incompatibile sia con il diritto di difesa che con la garanzia di effettività del contraddittorio in quanto «nel caso in esame, per quanto risulta dagli atti, la moglie ha ricevuto la notifica del provvedimento di registrazione del ripudio del marito revocabile (nel termine di legge), non avendo potuto prendervi parte, e non risulta neppure avere ricevuto notifica dell'avvio della seconda fase del procedimento, volto all'accertamento dell'irrevocabilità del ripudio, che si è svolto in assenza della stessa»²⁰. A ciò la Cass. aggiunge che il Tribunale shariatico non avrebbe effettuato alcun accertamento circa l'effettiva cessazione del rapporto affettivo e di convivenza dei coniugi. Queste circostanze integrerebbero dunque una violazione del principio posto a base dell'ordine pubblico processuale in merito al presupposto dello scioglimento del vincolo matrimoniale²¹. La Cass. conclude affermando che «una decisione di ripudio emanata all'estero da un'autorità religiosa (nella specie tribunale sciaraitico...) seppur equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale, non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano a causa della violazione dei principi giuridici applicabili nel foro, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna; discriminazione di genere) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza di parità difensiva e mancanza di un procedimento effettivo svolto nel contraddittorio reale)»²².

Nell'ordinanza 17170/2020, nonostante la Cass. affermi la necessità di adottare una nozione di ordine pubblico internazionale, non viene invece effettuata alcuna ricostruzione dei contenuti della stessa. La Cass. inizia la propria disamina con alcune osservazioni preliminari, tutte volte principalmente a dimostrare l'asserita debolezza argomentativa dell'impugnata sentenza. Essa osserva a tal proposito che la Corte d'Appello avrebbe fatto propria una nozione di ordine pubblico nazionale, facendo unicamente riferimento ai principi dell'ordinamento giuridico italiano, e non cogliendo dunque «gli effetti dell'evoluzione in atto, che hanno indotto la giurisprudenza di questa Corte, sotto la spinta della progressiva apertura dell'ordinamento interno al diritto sovranazionale, a modificare sensibilmente il proprio pensiero nel segno di un crescente riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale e alla tutela dei diritti fonamen-

²⁰ Ivi.

²¹ Ivi.

²² Ivi.

tali»²³. Ci si aspetterebbe che quest'osservazione conduca poi a un'analisi del contenuto delle norme dell'ordine pubblico internazionale, il cui richiamo sarebbe difettato nella pronuncia della Corte d'Appello. Ma così non è, in quanto non è l'accezione del concetto di ordine pubblico ad essere determinante nel ragionamento della Cass. come articolato in questa sentenza. D'altronde, a ben guardare, la ricostruzione dei principi che compongono l'ordine pubblico internazionale rilevanti nel caso in esame, sarebbe risultata quasi pleonastica, in quanto vi è una sostanziale coincidenza tra l'ordine pubblico interno e quello internazionale sul principio di uguaglianza, che pur era stato richiamato dalla Corte d'Appello. In altri termini, quest'ultima non sarebbe potuta giungere a una conclusione dissimile da quella a cui è pervenuta nemmeno se avesse fatto riferimento ai principi dell'ordine pubblico internazionale anziché a quello nazionale.

2.3 L'elemento che invece costituisce l'effettivo discrimine tra le due pronunce della Cass. è la diversa esegesi del limite dell'ordine pubblico concretamente operante nel giudizio di delibazione.

Nella pronuncia 16804/2020, l'operazione ermeneutica che è stata compiuta dalla Cass. è stata scandita da fasi ordinate e poste tra loro in sequenza logica: ci si è dapprima soffermati sulla ricostruzione del concetto di ordine pubblico alla luce delle fonti nazionali e internazionali applicabili nel foro, adottando una nozione ampia dell'ordine pubblico internazionale²⁴, per poi raffrontare gli elementi concreti del *talaq*, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, con i principi così ricavati. La Cass. ha poi analizzato le modalità concrete di svolgimento della procedura del *talaq* come definite dalla legge applicabile e ha connotato fortemente il concetto di ordine pubblico non attraverso riferimenti astratti, ma mettendo bene in evidenza il contenuto giuridico dello stesso, come definito nelle norme positive interne e sovranazionali applicabili nell'ordinamento giuridico del foro. Al contrario, nell'ordinanza 17170/2020 il ragionamento della Cass. non viene articolato con la stessa puntualità. Più precisamente, essa ritiene che il vero *vulnus* della decisione della Corte d'Appello impugnata sia determinato dal mancato recepimento nel ragionamento decisivo di alcuni punti fermi che emergerebbero dallo stato dell'arte in materia di

²³ Cass., sentenza n. 17170, cit., 4.

²⁴ Questa pronuncia della Cass. si conforma dunque a precedenti orientamenti, tra cui Cass., S.U., sentenza n. 12193 del 2019; Cass., sentenza n. 1539 del 1983; Cass., sentenza n. 5074 del 1983.

delibazione²⁵. La Cass. chiarisce poi in che cosa consistono questi punti fermi in materia di delibazione osservando che «quando il giudizio di delibazione si incentri sul requisito dell'ordine pubblico, la valutazione che si richiede al giudice deve mantenersi fedelmente aderente al dettato normativo dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. 218/1995, secondo cui il riconoscimento della sentenza straniera non può avere luogo se le sue disposizioni producono "effetti contrari all'ordine pubblico" e, di conseguenza, occorre che il giudice, senza estendere la propria cognizione *aliunde*, valuti "gli effetti" della decisione nel nostro ordinamento e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana, non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto»²⁶. Nel ragionamento della Cass., il fatto che il giudice debba avere riguardo esclusivamente agli "effetti" che le disposizioni del provvedimento straniero possono produrre nell'ordinamento interno, sembrerebbe implicare che debba essere esclusa «ogni possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano». Da questa considerazione la Cass. deriva che «non è compito del giudice della delibazione, quando della sentenza straniera compulsi il tasso di compatibilità con il limite dell'ordine pubblico, soppesare se, in disparte dal modo in cui ne sia avvenuta la formazione, le determinazioni che vi sono contenute si prestino o meno a contestazioni di tipo meritale»²⁷. Al contrario la Corte d'Appello nella sentenza impugnata avrebbe effettuato «una lettura di merito della vicenda, tanto da sottolineare che, per come è regolata dalle norme iraniane, la fattispecie divorzile oggetto di disamina "per il suo carattere unilaterale e arbitrario, non si discosta dall'istituto del ripudio", come tale generalmente riprovato», e che così facendo essa avrebbe mostrato «di dar corpo ad un giudizio che non ha propriamente ad oggetto gli effetti dell'atto, ma ne sindacava più apertamente il contenuto»²⁸. In sostanza la Cass. contesta alla Corte d'Appello di non aver esercitato il giudizio di delibazione all'interno delle coordinate in cui esso dovrebbe essere svolto, improntando lo stesso a un riesame del merito del provvedi-

²⁵ Cass., sentenza n. 17170, cit., 5, dove si osserva che «dove il ragionamento decisorio mostra più nitidamente la corda e si espone ad una critica più severa è nel recepimento, e sin'anco nella manifesta obliterazione, di alcuni punti fermi che emergono dallo stato dell'arte in materia di delibazione».

²⁶ Ivi, 6-7.

²⁷ Ivi, 7.

²⁸ *Ibidem*.

mento estero piuttosto che limitarsi a verificare le condizioni richieste per il riconoscimento delle sentenze straniere in Italia. In quest'ordinanza la Cass. afferma che il riconoscimento dovrebbe essere esclusivamente sugli effetti dell'atto nell'ordinamento interno, e in quest'ottica non dovrebbe costituire ostacolo il fatto che la sentenza straniera «applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a più norme interne benché imperative o inderogabili», in quanto diversamente si finirebbe col ritenere che «le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato»²⁹.

Con queste ultime considerazioni, la Cass. tocca delle questioni per così dire ontologiche del diritto internazionale privato, relative alla funzione di quest'ultimo e alla *raison d'être* delle norme di conflitto, che in astratto appaiono condivisibili. Certamente la funzione del diritto internazionale privato è quella di «contemperare le contrapposte identità normo-culturali dello straniero e del foro»³⁰, e il sistematico ricorso all'ordine pubblico comporta il rischio concreto di trasformare il “conflitto di legge” in “conflitto di civiltà”³¹. Ma non appare chiara la ragione per cui queste riflessioni vengano svolte in questa sede, e soprattutto in che modo esse possano riallacciarsi al problema della violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa che era stato ravvisato dalla Corte d'Appello. In altri termini, se da un lato la Cass. ha affermato che il giudice della delibazione deve astenersi dall'esaminare il merito del provvedimento estero, dall'altro non ha chiarito che cosa debba intendersi in concreto con “lettura del merito”. A tal proposito, si dovrebbe ritenere che l'analisi delle caratteristiche del ripudio e della legge applicabile integri una “lettura nel merito”? E in caso affermativo, se tale analisi non dev'essere compiuta, quali sono allora gli elementi che devono essere raffrontati con i principi

²⁹ Cass., sentenza n. 17170, cit., 8.

³⁰ C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 1051.

³¹ *Ivi*, 1053. Sul tema si vedano altresì P. LAGARDE, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 71-I, 2005, 11 ss.; M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005; A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, 643 ss.; G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, 429 ss.

dell'ordine pubblico dello Stato richiesto? La Cass. censura la Corte d'Appello per aver coltivato «un'esegesi del limite concretamente operante nel giudizio di delibazione che non era praticabile», avendo la stessa affermato che il divorzio iraniano realizza un modello giuridico inconciliabile con le regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali «per il fatto, in particolare, di riconoscere una condizione di privilegio del marito rispetto alla moglie, posto che il primo può divorziare dalla seconda senza che questa ne possa paralizzare la volontà»³². Questo passaggio della sentenza non appare molto chiaro in quanto non si comprende bene se la Cass. voglia esclusivamente censurare il richiamo della Corte d'Appello all'ordine pubblico nazionale³³, oppure se non ritenga che i principi di uguaglianza e non discriminazione siano principi di ordine pubblico. In quest'ultimo caso, la Cass. si discosterebbe notevolmente dalla quasi totalità dei giudizi vertenti su forme di divorzio assimilabili al ripudio, in cui le corti italiane hanno rifiutato il riconoscimento della sentenza di ripudio intervenuta all'estero per contrarietà all'ordine pubblico³⁴, adducendo una lesione del principio di uguaglianza tra i coniugi³⁵, o la mancanza di un vaglio di un organo giudiziario straniero³⁶.

In dottrina si è cercato di condurre a unità i due orientamenti opposti della Cass. appena descritti. In particolare, è stata avanzata la tesi per cui le due pronunce non sarebbero in contrasto, in quanto nell'ordinanza 17170/2020 la Cass. avrebbe adottato la teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico³⁷. Secondo questa teoria, accolta soprattutto nella dottrina straniera³⁸, l'ordine pubblico previsto

³² C. CAMPIGLIO, *Identità culturale*, cit., 1053.

³³ Se così fosse, allora potrebbe spiegarsi anche il riferimento alla sentenza Cass. civ., sez. IV, sentenza del 4 maggio 2007, n. 10215 laddove afferma che l'ordine pubblico non deve identificarsi esclusivamente con quello intero, poiché, altrimenti «le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato» (Cass., sentenza n. 17170, cit., 8).

³⁴ C. CAMPIGLIO, *Identità culturale*, cit., 1050.

³⁵ Corte App. Roma, sentenza del 29 ottobre 1948, in *Foro padano*, 1949, 348 ss.; Cass., sentenza n. 3881 cit., 868 ss.

³⁶ Corte App. Milano, sentenza del 14 dicembre 1965, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, 381 ss.; Trib. Milano, sentenza del 21 settembre 1967, ivi, 1968, 403 ss.; Corte App. Roma, sentenza del 9 luglio 1973, in *Diritto di famiglia*, 1974, 653 ss.

³⁷ S. TONOLO, *Ripudi islamici, divorzi privati e ordine pubblico: quale efficacia?*, in *Questione giustizia*, 2020, n. 2, 5.

³⁸ Per una visione d'insieme si veda P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1960, 73 ss.; A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in

dalle norme del foro con riguardo al riconoscimento delle sentenze straniere dovrebbe applicarsi con meno rigore in quanto la situazione giuridica si è già creata all'estero in un momento passato, determinando dunque l'avvenuta acquisizione di determinati diritti. Non sarebbe quindi opportuno «bloccare il riconoscimento delle conseguenze di alcuni istituti, che si possono in tal senso configurare nell'ambito della teoria dei diritti quesiti, ovvero della teoria che si rivolge a verificare la possibilità di procedere alla protezione e al riconoscimento, nel foro, delle situazioni giuridiche costituite all'estero, anche se in condizioni non conformi alle soluzioni accolte, in materia di legge applicabile, dalle disposizioni di conflitto della *lex fori*»³⁹. Questa soluzione sarebbe conforme a quanto affermato dall'Institut de Droit International nella Risoluzione del 2005 *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*⁴⁰ che, relativamente al riconoscimento dei ripudi, propone di far riferimento all'ordine pubblico di prossimità, limitando l'intervento del limite dell'ordine pubblico ai casi in cui la moglie abbia la cittadinanza dello Stato richiesto o di uno Stato che non riconosce il ripudio, e alle sole ipotesi in cui la stessa non abbia prestato il proprio consenso al ripudio o non abbia beneficiato di una protezione economica adeguata⁴¹.

La teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico sarebbe stata applicata in Italia anche in un caso precedente in cui si è dato riconoscimento a una sentenza straniera che aveva accordato un *talaq* egiziano⁴², e in cui le connessioni con l'ordinamento italiano erano piuttosto tenui, dal momento che esso era intercorso tra due cittadini egiziani sposati e divorziati in Egitto⁴³. Secondo quest'impostazione non vi sarebbe contraddizione tra i due orientamenti espressi dalla Cass. in quanto «la teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico»⁴⁴ verrebbe

Recueil des Cours, 2000, vol. 283, 131 ss.; M.L. NIBOYET, *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, in *Revue de droit comparé*, 2006, 29 ss.

³⁹ S. TONOLO, *op. cit.*, 9.

⁴⁰ Sessione di Cracovia, 20-28 agosto 2005, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 1189 ss.

⁴¹ Per una visione d'insieme sul c.d. ordine pubblico di prossimità si veda H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit International privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, *Cours général*, in *Recueil des Cours*, 2005, vol. 312, 424 ss.

⁴² Corte App. Cagliari, sentenza del 16 maggio 2008, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 647.

⁴³ S. TONOLO, *op. cit.*, 5.

⁴⁴ La teoria del c.d. ordine pubblico attenuato ha trovato accoglimento soprattutto in Francia, sia in giurisprudenza (si veda ad es. Cass., sentenza del 3 novembre 1983, in *Revue critique*, 1984, 325 ss.), sia in dottrina (si vedano tra gli altri P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, cit., 73 ss.; A. BUCHER, *op. cit.*, 131 ss.).

superata dal c.d. “ordine pubblico di prossimità”, secondo il quale il funzionamento del limite non può subire attenuazioni con riguardo ai soggetti che presentano collegamenti esclusivi con l’ordinamento del foro, quale è nel caso la cittadinanza italiana di entrambi i coniugi»⁴⁵.

Questo punto di vista espresso in dottrina ha il merito di riuscire a ricondurre a unità e fornire una giustificazione teorica al mutamento radicale di prospettiva della Cass. nelle due sentenze del 2020 sopra analizzate. Secondo quest’impostazione, la teoria dell’ordine pubblico attenuato sarebbe stata seguita dalla Cass. nell’ordinanza 17170/2020, trattandosi di un ripudio tra due coniugi non aventi collegamenti esclusivi con l’ordinamento dello Stato richiesto. Tuttavia, non c’è alcun riferimento esplicito a questa teoria nell’ordinanza in oggetto. In questa pronuncia, la Cass. non fa dipendere la sua decisione dalla nazionalità dei coniugi o da altri criteri che servano a misurare il grado di estraneità della fattispecie rispetto all’ordinamento del foro così da poter attenuare l’applicazione del limite dell’ordine pubblico. Pertanto, per quanto suggestiva, tale teoria non sembra trovare adeguato fondamento nelle pronunce sopra richiamate.

In realtà, a parere di chi scrive, la Cass. nell’ordinanza 17170/2020 sembra seguire un altro ragionamento, riproponendo un suo orientamento già precedentemente espresso e che in parte riprende la teoria dei diritti quesiti. Quest’orientamento è stato espresso con particolare nitidezza nella sentenza n. 9483/2013⁴⁶, che è utile analizzare brevemente per fare chiarezza sul ragionamento nebuloso ravvisabile nell’ordinanza 17170/2020 nella parte in cui si ravvisa che la Corte d’Appello abbia fatto una “lettura nel merito”. Nel caso di specie veniva proposto ricorso in Cass. avverso una sentenza emessa dalla Corte d’Appello di Roma che riconosceva e dichiarava esecutiva una pronuncia della Corte circondariale della Contea di Cook (USA), che stabiliva la divisione dei beni immobili e mobili posseduti da due ex coniugi in Italia e negli Stati Uniti. La richiesta di riconoscimento della sentenza americana in Italia era stata avanzata dalla moglie a cui, in sede di divisione, era stato assegnato un immobile sito in Italia che era intestato al marito. Questi, nel giudizio innanzi alla Corte d’Appello, faceva valere la contrarietà all’ordine pubblico della domanda di riconoscimento della sentenza straniera in quanto, secondo il regime patrimoniale della separazione dei beni stabilito dalla legge

⁴⁵ S. TONOLO, *op. cit.*, 6.

⁴⁶ Cass. civ., sez. I, sentenza del 18 aprile 2013, n. 9483, [reperibile online](#).

italiana, l'immobile in questione non poteva essere assegnato alla moglie. La Corte d'Appello, tuttavia, accordava il riconoscimento alla sentenza straniera ritenendo che non sussistesse violazione dei principi cardine della Cost., nemmeno sotto il profilo della tutela del diritto di proprietà, dal momento che essa si era limitata a disciplinare le questioni patrimoniali conseguenti alla pronuncia di scioglimento del matrimonio tra le parti applicando la legge americana, che risultava correttamente richiamata ai sensi della l. n. 218 del 1995, articoli 29 e 30. La Corte d'Appello osservava inoltre che la legge americana si fondava sul principio della comunione legale, pertanto non aveva valore il fatto che l'immobile in questione all'epoca in cui era stato acquistato non rientrasse secondo la legge italiana nella comunione legale. La Cass. confermava la decisione della Corte d'Appello impugnata, correggendone tuttavia la motivazione *ex art.* 384 c.p.c. A tal proposito la Cass. affermava che il giudice, in caso di contestazione del riconoscimento automatico, deve svolgere un esame sugli "effetti" della decisione straniera nel nostro ordinamento e non entrare nel merito della correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana. La Corte d'Appello avrebbe invece fondato il giudizio di compatibilità degli effetti della pronuncia straniera rispetto al parametro dell'ordine pubblico interno e internazionale «su un'indagine, non consentita, del merito della decisione della Corte straniera, esaminandone la coerenza giuridica con la normativa americana e con i criteri di valutazione delle prove». La Corte d'Appello avrebbe dunque svolto «un inammissibile sindacato di merito, del tutto estraneo all'oggetto del giudizio, dovendosi evidenziare che la valutazione di compatibilità non deve svolgersi sul rapporto giuridico dedotto ed esaminato dal giudice straniero, ma sugli effetti che la statuzione può determinare nell'ordinamento italiano». In altri termini, la Corte d'Appello avrebbe dovuto verificare «se la produzione di tali effetti... determini una violazione "del complesso dei principi – ivi compreso quelli desumibili dalla Carta Costituzionale – che formano il cardine della struttura economico sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché quelle regole inderogabili, le quali abbiano carattere di fundamentalità e siano immanenti ai più importanti istituti giuridici" tenuto conto del contesto europeo, internazionale e convenzionale nel quale tali principi cardine etico giuridici sono da collocare». La Cass. concludeva osservando che la valutazione dell'eventuale contrasto con il parametro dell'ordine pubblico «si

sarebbe dovuta compiere alla luce dei principi di uguaglianza, parità e non discriminazione tra i coniugi o, con riferimento ai principi che costituiscono il nucleo essenziale ed inviolabile del diritto di proprietà, alla luce del contenuto costituzionale e di derivazione CEDU del diritto stesso»⁴⁷.

In questa pronuncia appare con chiarezza che cosa la Cass. intenda con “lettura nel merito” della controversia. Nello specifico una corte nazionale effettua una lettura nel merito qualora, in sede di delibazione, verifichi “la correttezza” della soluzione adottata dalla corte straniera alla luce del diritto applicabile. Nel caso di specie, la Corte d’Appello di Roma ha effettuato una lettura nel merito in quanto ha verificato che la soluzione adottata dalla Corte di Cook fosse corretta alla luce del diritto USA, sostituendosi nei fatti a quest’ultima. Volendo trasporre questo ragionamento espresso dalla Cass. nella sentenza 9483/2013 al caso disciplinato con l’ordinanza 17170/2020, si sarebbe potuto ritenere che la Corte d’Appello avesse effettuato una lettura nel merito soltanto nel caso in cui essa avesse sindacato la correttezza della soluzione adottata dalla corte iraniana alla luce del diritto iraniano e/o del diritto italiano, ossia se si fosse sostituita alla corte iraniana nell’interpretare il diritto iraniano.

Ora, è di tutta evidenza che nulla di simile è riscontrabile nella sentenza della Corte d’Appello impugnata, sebbene la Cass. nell’ordinanza 17170/2020 abbia respinto il ricorso richiamando impropriamente gli stessi principi che erano stati posti alla base della pronuncia 9483/2013. Nel caso disciplinato con l’ordinanza 17170/2020, la Corte d’Appello non ha in effetti effettuato un vaglio del merito della decisione in quanto non ha sindacato se il giudice iraniano avesse correttamente applicato l’art. 1133 c.c. iraniano, o se il ripudio dovesse essere legittimamente ammesso secondo la legge di divorzio italiana. La Corte d’Appello ha invece ritenuto che gli effetti della sentenza straniera che accordava il *talaq* palestinese non erano conformi ai principi dell’ordine pubblico, quantunque abbia fatto esclusivamente riferimento alla sua dimensione nazionale. Pertanto, alla luce di queste considerazioni, risulta poco comprensibile quanto affermato dalla Cass. nell’ordinanza 17170/2020 in merito all’asserita “lettura nel merito”, non potendosi ravvisare nella sentenza della Corte d’Appello impugnata nessun elemento dirimente che possa sostenere quest’affermazione.

⁴⁷ Cass., sentenza n. 9483, cit., 5.

Ci si potrebbe allora chiedere se la Cass. nell'ordinanza 17170/2020 abbia invece voluto affermare dei principi differenti, pur avendo fatto erroneamente riferimento a una giurisprudenza non idonea a sostanziarli. Più precisamente, nell'ordinanza in questione, la Cass. sembra considerare che l'elemento rilevante nel giudizio di delibazione sia unicamente il risultato concreto che deriva dall'applicazione della legge straniera alla situazione considerata. Questo risultato, nel caso del ripudio, è la dissoluzione del matrimonio, sul quale non ha alcuna incidenza un'eventuale violazione del principio di uguaglianza tra i coniugi. Dunque, secondo quest'approccio, che non prende in considerazione le modalità concrete di svolgimento del procedimento di divorzio, ma unicamente il risultato dello stesso, si potrebbe ritenere in astratto che la dissoluzione del matrimonio in sé non è mai idonea a produrre effetti contrari all'ordine pubblico⁴⁸. Questo metodo privilegia l'esigenza di garantire la continuità delle situazioni giuridiche e degli status, che è parimenti un valore tutelato dall'ordine pubblico. Allo stesso tempo, però, esso tende a ridurre eccessivamente il nucleo essenziale e inderogabile dei diritti fondamentali, e quasi a rendere l'ordine pubblico internazionale un concetto astratto, privo di contenuti di diritto positivo. Tuttavia, ad un'analisi più approfondita, emerge che una simile impostazione non è praticabile in uno Stato che ha precisi obblighi internazionali, il cui mancato rispetto può sollevare profili di responsabilità internazionale come vedremo nel paragrafo che segue.

2.4 La questione fin qui analizzata necessita di un ulteriore approfondimento sotto il profilo della rilevanza dell'art. 6 CEDU nei giudizi di delibazione di atti stranieri svolti in Stati contraenti. Difatti, l'agire delle corti nazionali in questi giudizi non è del tutto discrezionale e insindacabile, ma al contrario può essere sottoposto al vaglio della Corte EDU nel caso in cui esso avvenga in violazione dell'art. 6 CEDU.

Più precisamente, il profilo che viene in rilievo non è quello della violazione diretta dell'art. 6 CEDU, ossia del mancato rispetto del *due process* da parte delle corti nazionali nello svolgimento del giudizio di delibazione, ma quello della violazione indiretta di tale disposizione, determinata dal fatto che le corti nazionali abbiano errato o addirittura omissso di verificare che il procedimento condotto nello Stato d'origine dell'atto da riconoscere si sia svolto nel rispetto delle garan-

⁴⁸ M.L. NIBOYET, *op. cit.*, 29 ss.

zie processuali imposte dalla CEDU. È opportuno esaminare brevemente questo profilo.

La Corte EDU, nella nota sentenza *Pellegrini c. Italia*⁴⁹, ha affermato la sussistenza in capo alle corti degli Stati parti della CEDU di un vero e proprio obbligo di “verificare debitamente” nel giudizio di delibazione la conformità della procedura seguita all'estero all'art. 6 CEDU nel caso in cui la sentenza di cui si chiede il riconoscimento provenga dalle corti di un Paese che non ha ratificato la CEDU⁵⁰. Con la previsione di quest'obbligo, la Corte EDU non ha inteso configurare un'ipotesi di applicazione extraterritoriale della CEDU, volta cioè ad imporre anche agli Stati terzi il rispetto di quest'ultima⁵¹. Difatti l'oggetto del sindacato della Corte EDU non si è sostanziato in un accertamento sulla conformità all'art. 6 CEDU del procedimento che si è svolto innanzi alle corti degli Stati non contraenti⁵², quanto piuttosto in una verifica sul procedimento di delibazione condotto dalle corti italiane, al fine di accertare che le stesse prima di autorizzare l'esecuzione di una sentenza straniera «duly satisfied themselves that the relevant proceedings fulfilled the guarantees of Article 6»⁵³. È opportuno dunque distinguere chiaramente i due processi decisionali che vengono in rilievo, l'uno di merito, che è stato svolto nello Stato terzo,

⁴⁹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 20 luglio 2001, ricorso n. 30882/96, *Pellegrini c. Italia*. Per un'analisi approfondita si veda C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 955 ss.; J.P. COSTA, *Le tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, 470 ss.; L. SINOPOLI, *Droit au procès équitable et exequatur: Strasbourg sonne les cloches à Rome*, in *Gazette du Palais*, 2002, 1157 ss.; F. POCAR, *Notes on the Pellegrini Judgment of the European Court of Human Rights*, in *Liber Memorialis Petar Šarčević*, München, 2006, 575 ss.

⁵⁰ Cfr. par. 40, della sentenza *Pellegrini*, cit. Più precisamente, nel caso *Pellegrini* la ricorrente aveva proposto ricorso contro lo Stato italiano in quanto la Cass. aveva rigettato l'impugnazione avverso una sentenza della Corte d'Appello di Firenze che dava esecuzione ad una decisione di annullamento di un matrimonio emessa da una giurisdizione ecclesiastica. La ricorrente faceva valere che durante il procedimento condotto innanzi alla corte ecclesiastica vi erano state plurime violazioni dei propri diritti di difesa (par. 34 ss.).

⁵¹ O. LOPES PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 38 ss. Sul tema si veda inoltre C. RYNGAERT, *Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *Utrecht Journal of International Law and European Law*, 2012, 57 ss.

⁵² Sentenza *Pellegrini*, cit., par. 40: «The Court's task therefore consists not in examining whether the proceedings before the ecclesiastical courts complied with Article 6 of the Convention».

⁵³ *Ibidem*. Più precisamente, la Corte EDU afferma che «The Court must examine the reasons given by the Florence Court of Appeal and the Court of Cassation for dismissing the applicant's complaints about the proceedings before the ecclesiastical courts» (par. 41).

e l'altro di delibazione, che è stato svolto dalle corti dello Stato contraente⁵⁴.

Ci si è interrogati in dottrina su quale possa essere il fondamento giuridico dell'obbligo affermato dalla Corte EDU nella sentenza *Pellegrini* e dunque dell'applicazione indiretta della CEDU⁵⁵. A tal proposito si è fatto prevalentemente ricorso alla figura del "concorso causale", che nella giurisprudenza CEDU ha consentito alla Corte EDU di affermare la responsabilità di uno Stato contraente qualora quest'ultimo, pur ponendo in essere atti di per sé non incompatibili con la CEDU, abbia concorso causalmente a realizzare una condotta di Stati terzi che sia contraria alla Convenzione⁵⁶. Più precisamente, con riferimento alla fattispecie che qui ci interessa, è stato asserito che ai sensi dell'art. 1 CEDU, l'atto di delibazione di una sentenza straniera che di per sé sarebbe compatibile con la Convenzione, risulta idoneo ad attrarre nella giurisdizione dello Stato contraente delibante il procedimento svolto dagli organi dello Stato terzo in cui è stata emanata la sentenza da delibare⁵⁷. Pertanto, in base all'art. 1 e in conformità alla giurisprudenza CEDU, lo Stato contraente delibante è tenuto a rispettare la Convenzione qualora «l'imputabilità (di atti processuali, e del processo decisionale nel suo complesso, compiuti da organi di altri Stati) è indiretta e deriva dal fatto che la delibazione, pur in sé stessa compatibile con la Convenzione, concorre causalmente a realizzare (o a rendere più effettiva) una situazione giuridica posta in essere da un altro Stato». Ciò sarebbe possibile in considerazione del fatto che «una volta stabilito che entrambi i procedimenti sono imputabili allo Stato contraente delibante è chiaro che quest'ultimo dovrà in entrambi rispettare o far in modo che risulti quanto più rispettato l'art. 6 ed in particolare "verificare debitamente" se lo Stato in cui la sentenza da deliberare è stata emanata abbia riconosciuto le garanzie processuali ivi previste»⁵⁸.

⁵⁴ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 961 ss.

⁵⁵ O. LOPES PEGNA, *op. cit.*, 39. Sul tema della protezione *par ricochet* si veda G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUSS, *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2001, 423 ss.; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parigi, 2015.

⁵⁶ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 968 ss. Si veda anche O. FERACI, *La tutela "indiretta" dell'art. 6, par. 1, CEDU in tema di processo contumaciale civile con riguardo all'efficacia delle decisioni straniere rese da giudici di Stati membri dell'Unione Europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 188 ss.

⁵⁷ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 965 ss.

⁵⁸ Ivi, 968 ss.

In effetti il criterio del “concorso causale” sembra essere aderente e conforme alla giurisprudenza della Corte EDU relativa a fattispecie di applicazione indiretta della CEDU, sebbene non sia possibile rinvenire nella stessa delle motivazioni particolarmente articolate e dirimenti sul punto. Si veda ad esempio il ragionamento sviluppato dalla Corte EDU nel noto caso *Soering c. Regno Unito*⁵⁹, in cui è stato affermato che uno Stato contraente risponde della violazione dell’art. 3 CEDU qualora venga data esecuzione ad una decisione di estradizione verso un Paese di destinazione terzo in cui il soggetto estradato avrebbe potuto subire un trattamento inumano e degradante. La Corte parla a tal proposito di «une obligation implicite de ne pas extraditer»⁶⁰ e sottolinea che «dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c’est celle de l’Etat contractant qui extradé, à raison d’un acte qui a pour résultat direct d’exposer quelqu’un à des mauvais traitements prohibés»⁶¹. Da quest’ultimo passaggio si può evincere che la Corte individua un preciso nesso di causalità tra l’atto di estradizione e l’evento, ossia l’(eventuale) esposizione al trattamento degradante, quantunque quest’ultimo venga concretamente posto in essere dallo Stato di destinazione. Senza il provvedimento di estradizione dello Stato contraente, l’evento non si sarebbe potuto produrre. Come è stato osservato in dottrina, vi è un “concorso causale” in quanto la decisione di estradizione dello Stato contraente avrebbe reso possibile il compimento degli atti in questione da parte dello Stato terzo. Pertanto, da ciò deriverebbe che «uno Stato contraente possa rispondere della violazione della Convenzione non solo per atti incompatibili con la Convenzione compiuti dai suoi organi nel proprio territorio, come avviene di regola, ma anche per atti difformi dalla Convenzione compiuti all’estero da organi altrui nella misura in cui siano stati resi materialmente possibili da atti compiuti da suoi organi pur in se stessi compatibili con la Convenzione»⁶².

L’applicazione indiretta della CEDU deriva dalla concezione peculiare che la Corte EDU ha della Convenzione, che è stata qualificata come un «traité de garantie collective des droits de l’homme et des li-

⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*.

⁶⁰ Ivi, par. 88.

⁶¹ Ivi, par. 91.

⁶² C. FOCARELLI, *op. cit.*, 963.

bertés fondamentales»⁶³. In quest'ottica, l'applicazione indiretta della CEDU sarebbe necessaria in considerazione del fatto che le disposizioni della stessa devono essere comprese e applicate «d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives»⁶⁴. Senza la possibilità di applicare in maniera indiretta la CEDU, queste esigenze sarebbero vanificate.

Parimenti, il criterio del concorso causale viene enunciato nel caso *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*⁶⁵, che presenta delle similitudini con il caso *Pellegrini* in quanto la parte attrice aveva imputato alla Francia una violazione dell'art. 6 CEDU per aver dato riconoscimento ad una sentenza delle corti di Andorra in cui non era stato adeguatamente garantito il giusto processo. La Corte EDU dopo aver chiarito che la CEDU non ha applicazione extraterritoriale, afferma che «il n'incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6». Tuttavia, nonostante queste premesse, la Corte prosegue poi enunciando il criterio del "concorso causale", laddove stabilisce che «les États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant»⁶⁶.

Come è stato osservato in dottrina, a differenza del caso *Pellegrini*, nel caso *Drozd* si pone il requisito del carattere "manifesto" del diniego di giustizia⁶⁷. Tuttavia, la Corte EDU non fornisce alcun chiarimento in merito. È utile a tal proposito analizzare l'*Opinion Concorde* del giudice Matscher, il quale osserva che «dans son applicabilité indirecte, l'article 6 (art. 6) ne déployant qu'un effet atténué, moindre que celui qu'il déploierait s'il était directement applicable», facendo dunque riferimento alla teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico in materia di riconoscimento di atti stranieri⁶⁸.

L'applicazione di questa teoria avrebbe l'effetto di contenere l'espansione eccessiva delle ipotesi in cui si possa configurare la responsabilità internazionale di uno Stato contraente delibante per applicazione indiretta dell'art. 6 CEDU, limitando quest'ultima soltanto ai

⁶³ Sentenza *Soering*, cit., par. 87.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 26 giugno 1992, ricorso n°12747/87, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*.

⁶⁶ Cfr. par. 110, sentenza *Drozd*, cit., in cui la Corte afferma che «la Convention n'obligeant pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux États ou territoires tiers».

⁶⁷ O. LOPES PEGNA, *op. cit.*, 40.

⁶⁸ *Opinion concordante de M. Le Juge Matscher*, sentenza *Drozd*, cit., 30.

casi in cui la violazione compiuta dallo Stato terzo sia flagrante. Ciò consentirebbe, nell'ottica della Corte, di valorizzare «la tendance actuelle au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire»⁶⁹. Tuttavia, questa teoria non è stata ripresa nella sentenza *Pellegrini*, il che sembrerebbe avvalorare l'ipotesi che la Corte EDU non intenda restringere i casi di applicazione indiretta dell'art. 6 CEDU⁷⁰.

Volendo applicare i principi enunciati nel caso *Pellegrini* alle due sentenze della Cass. analizzate in quest'articolo, non può non essere rilevato che mentre la Cass. nella sentenza 16804/2020 ha fornito diverse argomentazioni volte a sostanziare lo standard della “due satisfaction”⁷¹ che le corti della delibazione devono soddisfare prima di autorizzare l'esecuzione di una sentenza straniera, e che costituisce poi indagine di un eventuale giudizio innanzi alla Corte EDU⁷², non si

⁶⁹ Sentenza *Drozd*, cit., par. 110.

⁷⁰ P. KINSCH, *The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions*, in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, 2004, 197 ss. In senso contrario O. LOPES PEGNA, *op.cit.*, 43; A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé: cours general*, in *Recueil des Cours*, 2010, vol. 341, 305; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, 454.

In realtà quest'aspetto è controverso nella giurisprudenza della Corte EDU, in quanto lo standard della violazione manifesta è stato poi richiamato in altre pronunce successive al caso *Pellegrini*: sentenza del 6 dicembre 2005, ricorso n. 14600/05, *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*. Per questa ragione, c'è chi in dottrina ha ritenuto che nella giurisprudenza della Corte EDU esistano due standard diversi sui quali parametrare l'applicazione indiretta dell'art. 6 CEDU nei giudizi di delibazione, ossia i c.d. “optimal standard” e “minimal standard” (A. BUCHER, *op. cit.*, 305). L'*optimal standard* sarebbe quello adottato nella sentenza *Pellegrini*, che esige che le corti dello Stato contraente delibanti verifichino che l'atto straniero sia in «full compliance with all rights guaranteed in the ECHR», mentre il *minimal standard* sarebbe quello enunciato nel caso *Drozd* e in pronunce successive quali *Eskinazi*, che esige il rispetto soltanto delle «essential guarantees of a fair trial with regard to recognition and enforcement of a foreign judgment» (L.R. KUESTA, *The Impact of the ECHR on private international law: An analysis of Strasbourg and selected national case law*, Amsterdam, 2013, 285 ss.). In base a questa distinzione, il *minimal standard* opererebbe soltanto qualora gli effetti dell'atto dello Stato contraente non si siano ancora prodotti nello Stato terzo ma potrebbero verificarsi, e dunque dovendo compiere una valutazione ex ante si dovrebbe fare riferimento soltanto alle ipotesi di “violazione flagrante”. L'*optimal standard* dovrebbe invece trovare applicazione qualora gli effetti dell'atto dello Stato contraente si siano già prodotti in uno Stato terzo. Non essendo possibile un'analisi approfondita del tema in questa sede, si rinvia a L.R. KUESTA, *op. cit.*, 284 ss.

⁷¹ Sentenza *Pellegrini*, cit., par. 40.

⁷² Ivi, par. 41, dove la Corte EDU afferma: «The Court must examine the reasons given by the Florence Court of Appeal and the Court of Cassation for dismissing the applicant's complaints about the proceedings before the ecclesiastical courts».

ravvisa nell'ordinanza 17170/2020 alcun riferimento e/o analisi in merito al profilo dell'ordine pubblico processuale internazionale. Oltre ad un generico richiamo alla necessità di dover considerare una nozione internazionale di ordine pubblico, non c'è nell'ordinanza alcuna motivazione che dovrebbe giustificare la compatibilità o meno della sentenza straniera con i principi dell'ordine pubblico processuale, e più precisamente con l'art. 6 CEDU. Alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, si potrebbe dunque ritenere che la mancanza di una motivazione articolata nell'ordinanza 17170/2020 potrebbe far sorgere la responsabilità internazionale dell'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU.

3. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, emerge che i giudici dello Stato delibante che sia parte della CEDU sono tenuti a preferire nel giudizio di delibazione un'esegesi del limite di ordine pubblico che, oltre a tutelare i valori del foro, sia idonea a garantire il rispetto degli obblighi internazionali ai sensi della CEDU. E tale non appare essere quella adottata dalla Cass. nell'ordinanza 17170/2020, in cui dietro il paventato rischio di “una lettura nel merito” dell'atto straniero che esulerebbe dai fini del giudizio di delibazione, si finisce col svuotare il concetto di ordine pubblico internazionale e sostanziale di quegli obblighi positivi che lo sostanziano.

In quest'ottica è altresì opportuno fare degli sforzi per non concepire la tutela dei diritti umani e il diritto internazionale privato come sistemi improntati a logiche opposte, l'uno caratterizzato da assolutismo e l'altro da relativismo⁷³. In realtà, ben si può invece riconoscere che entrambe le tutele sono caratterizzate da pluralismo e relativismo culturale⁷⁴. D'altronde la fattispecie del riconoscimento delle sentenze estere di ripudio in questa sede analizzata si presta bene a dimostrare che la violazione dei principi di ordine pubblico internazionale deve essere accertata in concreto, non in termini assoluti. Prova di questa relatività è rappresentata dalla considerazione che così come può verificarsi che l'ordine pubblico sia assicurato non consentendo l'ingresso nell'ordinamento del foro di fattispecie straniere potenzialmente in

⁷³ Per una visione d'insieme sul tema si veda M. HIRSCHBOECK, *Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2019, 181 ss.

⁷⁴ P. PIRRONE, G. ROSSOLILLO, *Diritti umani e diritto internazionale privato e processuale: pluralismo, relativismo e flessibilità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 519 ss., 520.

grado di violare diritti umani, com'è nel caso di forme di ripudio unilaterali che violano il principio di uguaglianza tra gli sposi, così può tuttavia accadere che talvolta l'ordine pubblico possa essere tutelato soltanto attraverso il recepimento della sentenza estera, com'è nel caso in cui appare più ragionevole assicurare la continuità delle situazioni giuridiche e degli status ponendo fine alle c.d. "situazioni claudicanti"⁷⁵. Ciò accade ad esempio qualora gli effetti dell'atto straniero sulla violazione del principio d'uguaglianza siano considerevolmente affievoliti in ragione del fatto che il ripudio è stato pronunciato all'estero con il consenso della moglie, o nel caso in cui sia proprio la moglie ripudiata a chiedere il riconoscimento all'estero della sentenza di ripudio al fine di potersi risposare⁷⁶. Si ripropone dunque con forza l'esigenza di analizzare tutti gli elementi di quella che la Corte EDU nel caso *Wagner*, definisce «social reality of the situation»⁷⁷, valutazione che attiene all'analisi delle circostanze concrete della vicenda, e che sottintende un'operazione ermeneutica che pur essendo necessariamente discrezionale, tende comunque a rifuggire da considerazioni astratte e di principio per prendere in considerazione tutti gli elementi fattuali.

Questa delicata operazione di bilanciamento e di soluzione dei c.d. conflitti normo-culturali nel nostro ordinamento è lasciata in massima parte ai giudici⁷⁸, cui è richiesta una particolare sensibilità

⁷⁵ C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 43 ss., 66; A.M. GALOPPINI, *op. cit.*, 969 ss.

⁷⁶ C. CAMPIGLIO, *Identità*, cit., 1048.

⁷⁷ Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, par. 132. In questa sentenza è stato imposto al Lussemburgo di riconoscere un'adozione legittimamente ottenuta in Perù da una cittadina lussemburghese celibe, nonostante le regole nazionali del diritto internazionale privato prevedessero che si dovesse applicare la legge dell'adottante che vieta espressamente l'adozione da parte di soggetti celibi e considera questo principio espressione dell'ordine pubblico. La Corte EDU ha ravvisato nel rifiuto delle corti lussemburghesi di dare riconoscimento alla sentenza straniera un'illegittima interferenza nella vita privata delle ricorrenti, integrando una violazione degli articoli 6, 8 e 14 della CEDU. Più precisamente, la Corte EDU ha ritenuto che la sentenza che rifiuta di riconoscere l'atto straniero non tiene in considerazione la «social reality of the situation». In sostanza, le corti nazionali si sarebbero rifiutate di riconoscere una situazione di fatto («making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption»). La Corte EDU nel puntualizzare che la Convenzione è un «living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions», conclude affermando che «the reasons put forward by the national authorities – namely the strict application in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws, of Article 367 of the Civil Code, which permits adoption only by married couples – are not sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8» (par. 135).

⁷⁸ *Ibidem*.

nell'effettuare il giudizio di delibazione sulla conformità degli effetti della sentenza straniera all'ordine pubblico, evitando da un lato di cedere a visioni troppo assolutistiche dei diritti dell'uomo, e dall'altro di fare proprie concezioni troppo asettiche ed eccessivamente pragmatiche e neutrali del diritto internazionale privato, che tenderebbero a svuotare il concetto di ordine pubblico internazionale di qualsiasi significato. D'altronde ciò non sarebbe consentito in ragione del fatto che l'azione degli Stati, e dunque delle corti nazionali, deve svolgersi in maniera conforme agli obblighi internazionali⁷⁹, la violazione dei quali esporrebbe lo Stato a censure da parte della Corte EDU, che pur lasciando ampio spazio alla c.d. dottrina del margine di apprezzamento⁸⁰, predilige un approccio improntato al principio della proporzionalità e del bilanciamento degli interessi coinvolti nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU. In merito a quest'ultimo profilo, sarà interessante ai fini dell'analisi sin qui condotta verificare se la vicenda decisa dalla Cass. con l'ordinanza 17170/2020 sarà portata innanzi alla Corte EDU per non aver le corti italiane adeguatamente vagliato i profili dell'ordine pubblico processuale e sostanziale.

ABSTRACT

ECHR, Repudiation and Public Order in the Recent Judgments of the Italian Supreme Court

The Italian Supreme Court has recently ruled on the compatibility with public order of foreign acts of repudiation in two contrasting judgments issued a few days apart from each other. Although the issue is not new to the Italian courts, the extent of this jurisprudential contrast is so evident that it does not seem superfluous to understand the reasons that determined it. The judgments in question can also contribute to develop the debate and reflect on the evolution of national judges' approach to the concept of public order and more generally on the interaction between human rights and private international law.

⁷⁹ F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 549 ss., 551.

⁸⁰ Sul punto si vedano Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Cambridge, 2002; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 1 ss.

NOTE E COMMENTI

IMMUNITY OF HEADS OF STATE FROM ARREST AND STATE COOPERATION: THE DEVELOPMENT OF THE ICC ARGUMENTATIVE APPROACH UNDER ARTICLE 87 OF THE ROME STATUTE IN THE *AL-BASHIR* CASE

EDUARDO SAVARESE

SUMMARY: 1. The question of Al-Bashir's immunity and the referral of non-cooperating States before the ICC. 2. The first ICC argumentative tool: immunity is overridden by the UNSC referral in the light of the opportune interpretation of Articles 27(2) and 98(1) of the ICC Statute. 3. The second argumentative tool: Art. 27 of the ICC Statute as codifying customary international law and the Appeals Chamber final word. 4. The final triumph of customary international law? 5. The system of cooperation between the Court and the States in the ICC Statute. 6. Art. 87(7) of the ICC Statute and the discretionary power of the Court to refer a non-complying Party to the ASP or the UNSC. 7. The sharp division of the Appeals Chamber in the case against Jordan. 8. The role of the ASP and the UNSC after a referral by the ICC. 9. Conclusive remarks.

1. In May 2019 the ICC Appeals Chamber, in the case concerning the arrest of the (then) Sudanese President Al-Bashir, reached two main conclusions, namely that: a) Art. 27(2) of the Statute, by codifying customary international law, does not grant immunity to sitting Heads of State even from arrest executed by States and b) nonetheless, the Jordanian failure to arrest Omar Al-Bashir did not deserve a referral to the Assembly of State Parties (ASP) and the United Nations Security Council (UNSC)¹. The decision was adopted pursuant to Art. 87(7) of the ICC Statute, a crucial provision in the legal framework of cooperation under the Rome Statute

¹ ICC, Appeals Chamber, decision of 6 May 2019, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09-397-Corr. For comments, see T. WEATHERALL, *Prosecutor v. Omar Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir Appeal (Int'l Crim. Ct.)*, in *International Legal Materials*, 2019, 1177 ff.; D. AKANDE, *ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals*, in *EJIL:Talk!*, 6 May 2019; A.S. GALAND, *A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir*, *ivi*, 6 June 2019; L.N. SADAT, *Why the ICC's Judgment in the Al-Bashir Case Wasn't So Surprising, Just Security*, *ivi*, 12 July 2019; A. MUDUKUTI, *International Decisions*, in *American Journal of International Law*, 2020, 103 ff.

which empowers the Court both to make a formal finding of failures to respect the obligations to cooperate and to refer the non-complying State to the ASP and the UNSC.

After the adoption of Resolution 1593, whereby the UNSC referred the situation in Darfur to the Prosecutor of the Court, and PCT I issued two arrest warrants against Al-Bashir, we have attended a significant number of ICC decisions according to Art. 87(7) of the Statute. In the last decade, PTCs found that certain States (Chad, Djibouti, DRC, Jordan, Malawi, South Africa and Uganda) did not comply with the Court's request for arrest and surrender of Al-Bashir when he was in their territory while attending international meetings of Heads of State. In all these cases, the involved States Parties invoked the immunity of Al-Bashir as a bar to the execution of the ICC arrest warrants. So far, in all its decisions, culminating in the Appeals Chamber's judgment when Al-Bashir was no longer the Sudanese President, the ICC has rejected State arguments and referred non-complying States to the ASP and the UNSC, except for the cases of South Africa and Jordan.

After the final word expressed by the Appeals Chamber in an authoritative way and the change in the Sudanese Government's approach to the ICC over the last months, it is time to draw some general remarks on the state of development in the cooperation with the Court, when arrest warrants against Heads of State are called to be enforced. As legal literature has evidenced, a great variety of legal questions and political implications have been involved in the execution of the arrest warrants against Al-Bashir². This is evident if we take a look at the widespread submission of observations by

² D. AKANDE, *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 333 ff.; ID., *The Immunity of Heads of States of Non-Parties in the Early Years of the ICC*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2018, 173 ff.; P. GAETA, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 315 ff.; M. VON BLOMMESTIJN, C. RYNGAERT, *Exploring the Obligations for States to Act upon the ICC's Arrest Warrant for Omar Al-Bashir*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, 427 ff.; C. KREB, *The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute*, in M. BERGSMO, L. YAN (eds.), *State Sovereignty and Criminal International Law*, Beijing, 2012, 223 ff.; D. TLADI, *The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 1027 ff.; E. DE WET, *The Implications of President Al-Bashir's Visit to South Africa for International and Domestic Law*, *ivi*, 1049 ff.; M.A. NEWTON, *How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, 371 ff.; R. O'KEEFE, *Response: 'Quid', Not 'Quantum': A Comment on "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms"*, *ivi*, 2016, 1 ff.; G. METTRAUX, J. DUGARD, M. DU PLESSIS, *Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's Visit to South Africa*, in *International Criminal Law Review*, 2018, 577 ff.; T. DE SOUZA DIAS, *The Nature of the Rome Statute and the Place of International Law before the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, 507 ff.

academics in their role of *amici curiae*³ in Art. 87(7) proceedings against Jordan. Among these intricate issues with their far-reaching consequences, two deserve particular attention and will be the object of the present work.

The first question lies in the way the ICC, within the framework of an intense academic debate, approached theoretically the claim of immunity of Al-Bashir as sitting Head of State. The ICC answer was twofold over the years: in the light of the UNSC referral, the status of Sudan – a State not Party to the ICC Statute – is almost completely analogous to that of States Parties; in any case, no rule of immunity of Heads of State exists in customary international law when the criminal charges concern crimes of war and crimes against humanity, and the charged person, even if an incumbent Head of State, is submitted to the jurisdiction of an international criminal court⁴. The argumentative process underlying the judicial decisions under Art. 87(7) of the ICC Statute followed the path of what, in the analysis of ancient poetry, is called *Ringkomposition*, where the beginning and the end coincide⁵. In our case, the *ring* is the recourse to *customary international law* as the prominent legal foundation in the statement by the Appeals Chamber that Al-Bashir enjoys no immunity at all. Our view is that the recourse to customary international law serves the purpose to strengthen predictability of the ICC decisions through the main source of general international law.

The second question concerns the research of a fair balance between the sovereign prerogatives and expectations of States and the effectiveness of the ICC jurisdiction, within the cooperation regime set forth in the Statute and especially the articulated steps featuring an Art. 87(7) application. In the view of many States, the arrest and surrender of Al-Bashir was an internationally wrongful act and, above all, a clear threat to the maintenance of peaceful relations among States and, specifically, among African States. It is to be reminded that a number of African leaders, echoed by some African scholars, suggested that Africans have become the *sacrificial lambs* in the ICC's struggle to gain global legitimacy. In this perspective, African countries sought to lead the UNSC to suspend the ICC's work for a year in relation to the Sudanese situation. They also made a similar request for

³ ICC, Appeals Chamber, decision of 29 March 2018, *Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)*, ICC-02/05-01/09-330. Fifteen professors accepted this invitation: see ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 21.

⁴ There has also been a third avenue, which rests upon the combined effect of the ICC Statute and the Genocide Convention. However, since it concerns exclusively the crime of genocide and, so far, it has been treated as a possibly residual basis in order to deny immunity, the present paper will not deal with it.

⁵ It is to be noted that in the first ICC *Warrant of Arrest of Al-Bashir*, the Court did not address the issue of the customary law nature of Art. 27.

Kenya. Yet, both efforts were unsuccessful⁶. Thus, a proper balance is a difficult outcome and, in order to reach it, the discretionary power of the ICC *to refer non-cooperating States* to the ASP or the UNSC proves to be crucial. In particular, its use might be seen as a powerful tool to mitigate strict predictability in order to favour social and legal acceptability. Our view is that the mechanism delineated by Art. 87(7) is more than a mere judicial finding over breaches of international law or a form of dispute settlement. It can be read as a manifestation of what, according to customary international law and Art. 48 of the ILC Draft Articles on responsibility of States for unlawful acts, amounts to a collective invocation of responsibility, in this case by the Court on behalf of the States Parties to the Statute. By measuring the use of this discretionary power, the Appeals Chamber counterbalanced its strong assertion of a Jordanian breach against customary international law with the decision not to refer that State to the ASP and the UNSC.

Hence, the present work will deal with the theoretical approaches underlying the *argumentative process* which, as to the immunity of Heads of State, the ICC decisions developed over the years. On the other side, we will seek to draw the main features of the cooperation system between the Court and the States with particular regard to Art. 87(7) of the ICC Statute.

2. The first argumentative tool rests on the effect of Resolution 1593 triggering the Court's jurisdiction⁷. When the UNSC orders a State to cooperate fully with the ICC, the content of the obligation is delineated by the Rome Statute, but the source is the resolution within the framework of

⁶ As to the tensions between African States and ICC, see I. INGRAVALLO, *The Relationship Between the African States and the International Criminal Court: Immunity or Impunity?*, in G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa: Open Legal Issues*, Cham, 2018, 169 ff.

⁷ So far, this approach has been supported by national judicial decisions (*Attorney General v. Kenya Section of the International Commission of Jurists*, H.C. Misc Crim Appl No 685 of 2010 (High Court of Kenya, 2011), 52-55); *Minister of Justice and others v. SALC and others* (867/15), (867/15) (2016) ZASCA 17, 15 March 2016 (Supreme Court of Appeal of South Africa), paras 80-82 and 103-104. It has received a considerable academic support: A. CIAMPI, *The Obligation to Cooperate*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Vol. II)*, Oxford, 2002, 1609-1616; R. VAN ALEBEEK, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford, 2008, 280; D. AKANDE, *The Legal Nature of Security Council Referrals*, cit., 333; R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, III ed., 2014, Cambridge, 557-561; J. FOAKES, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford, 2014; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III, Oxford, 2016, 618-622; E. DE WET, *Referrals to the International Criminal Court of the United Nations Chart and the Immunity of Foreign State Officials*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2018, 33 ff.

the UN Charter as a whole⁸. Thus, a UNSC referral under Art. 13(b) enables the Court to act in the referred situation under the rules of the Statute. As the overall development of the ICC case-law shows, the main consequence of this approach is the application of Art. 27(2) of the Statute with respect to Sudan – a State not party to the Rome Statute – which, in turn, resulted in rendering ineffective any immunity on the ground of official capacity that would otherwise exist under international law⁹. In the same vein, such judicial decisions deemed that Art. 98(1) of the Statute was of no relevance to the arrest of Al-Bashir: insofar as no immunity exists, no immunity needs to be waived at all¹⁰. Yet, these arguments are questionable. In particular, two issues have gained importance. First of all, when the ICC jurisdiction is based upon Art. 13(b) of the Statute, the question arises to what extent it may be asserted towards non State Parties. The second and related question concerns the proper interpretation of Articles 27(2) and 98(1) of the Statute.

As to the first question, in the PTCs' reasoning in the cases against South Africa and Jordan the argumentation tool relying on Resolution 1593 became the legal cornerstone in order to reach the majority conclusion that Al-Bashir did not enjoy immunity from arrest of States Parties to the Statute¹¹. The Appeals Chamber yielded to this line of reasoning, since the express language is clear enough to conclude that Sudan is under the obligation to cooperate with the Court¹² and could be interpreted as leading to waiver of immunity by the directly targeted State¹³. However, the status of

⁸ This is a legal consequence implicated by the fact that «the ICC statutory framework is the only one within which the ICC can operate» (E. DE WET, *The Implications of President Al-Bashir's Visit*, cit., 1058). In the same perspective, with regard to legality of subjecting to the ICC nationals of non-Member States, see R. BARTELS, *Legitimacy and ICC Jurisdiction Following Security Council Referrals: Conduct on the Territory of Non-Party States and the Legality Principle*, in N. HAYASHI, C. BAILLIET (eds.), *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*, Cambridge, 2017, 141.

⁹ ICC, Pre-Trial Chamber II, decision of 6 July 2017, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-302, paras 91-92; Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 137-142 and *amicus curiae* Observations of: Prof. Y. Gamarra, paras 14-15, and Prof. A. Ciampi, para. IV.

¹⁰ ICC, Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., para. 93; Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 144-146.

¹¹ Judge Perrin de Brichambaut attached his Minority Opinion in both cases.

¹² ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 140-143. Indeed, the obligation to *cooperate fully* is the same formula that the UNSC previously used to remove immunity, for example when it ordered States to cooperate with the ICTY and ICTR (the Statutes of which removed immunity). *Amicus curiae* Observations of: Prof. D. Robinson, Prof. R. Cryer, Prof. M. de Guzman, Prof. F. Lafontaine, Prof. V. Oosterveld, and Prof. C. Stahn, para. 8; E. DE WET, *The Implications of President Al-Bashir's Visit*, cit., 1058-1059. See also ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 140-141.

¹³ ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 9 April 2014, *Decision on the cooperation of the Democratic Republic of the Congo regarding Omar Al Bashir's arrest and surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09-195, paras 26-29; ICC, Pre-Trial Chamber II, decision of 13 June

Sudan before the ICC Statute and the cooperation regime to be applied persisted to be unclear. One of the main criticism relies on the fact that, if it is true that Resolution 1593 confers jurisdiction to the Court, an entirely different issue is to establish whether immunity can be invoked or not¹⁴: «a referral by the Security Council (...) does not and cannot turn a State non-party to the Statute into a State party (...)»¹⁵. Therefore, it has been necessary to settle the second above-mentioned question, namely the legal scope of Art. 27(2) and Art. 98(1) of the Statute, and of any combined interaction between them¹⁶.

As to the first provision, there is quite wide agreement on the fact that Art. 27(2) expressly removes (not only any substantive immunity related to the official capacity of charged persons¹⁷, but also) any procedural immunity

2015, *Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, paras 6-7; ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 11 July 2016, *Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute*, ICC-02/05-01/09-266, paras 11-12; ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 11 July 2016, *Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute*, ICC-02/05-01/09-267, paras 11-12. See N. BOSCHIERO, *The ICC Judicial Finding on Non-cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 626 ff. Any immunity should be considered as logically incompatible with such an obligation to cooperate (ICC, Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., para. 88). More generally, UNSC resolutions may derogate, even implicitly, from conventional and customary international law, except for *jus cogens* norms and human rights law. ICC, Pre-Trial Chamber II (*DRC*), paras 30-31; E. DE WET, *The Implications of President Al-Bashir's Visit*, cit., 1060; for a different view, see T. DE SOUZA DIAS, *The Nature of the Rome Statute*, cit., 533.

¹⁴ In his Minority Opinion in the *South Africa* case, Judge Perrin De Brichambaut contended that both the questions of the status of Sudan in respect of the ICC Statute and the waiver/overriding of international law immunities would remain unsettled. See Minority Opinion, paras 58 and 83. See also ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., Observations of Prof. R. O'Keefe as *amicus curiae*, paras 8-11.

¹⁵ P. GAETA, P.I. LABUDA, *Trying Sitting Heads of State. The African Union versus the ICC in the Al Bashir and Kenyatta Cases*, in C. CHERNOR JALLOH, I. BANTEKAS (eds.), *The International Criminal Court and Africa*, Oxford, 2017, 138 ff., 155. Such a position seeks to caution against the risk that, when empowered by a UNSC referral, the ICC be boiled down to one of the political measures available to the Security Council: ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), Observations of Prof. P. Gaeta, para. II A, 5.

¹⁶ For a detailed discussion on Articles 27 and 98, see L.N. SADAT, *Heads of State and Other Government Officials Before the International Criminal Court: The Uneasy Revolution Continues*, Washington University in St. Louis, Legal Studies Research Paper No. 19-01-12, January 23, 2019.

¹⁷ Art. 27(1). D. JACOBS, *The Frog that Wanted to Be an Ox. The ICC's Approach to Immunities and Cooperation*, in C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of International Criminal Court*, Oxford, 2015, 281 ff., 283.

before the Court¹⁸. The scope of the provision, however, remains unclear, as the panoply of *amici curiae* observations before the Appeals Chamber undoubtedly shows. According to the most extensive interpretation, Art. 27(2) regards the ICC jurisdiction, the latter being intended as an inclusive conceptual category, within which each and every phase of ICC proceedings falls. Therefore, the ICC jurisdiction also covers the enforcement of its arrest warrants¹⁹. In the opinion of the most restrictive approach, Art. 27(2) is to be confined to the proceedings before the ICC, whereas the effects of arrest warrants depend on domestic proceedings of the requested States²⁰. And, in this regard, Part IX of the Statute, which regulates the cooperation between the Court and the States Parties, should be applied, including Art. 98²¹.

Turning to the latter's interpretation, Art. 98(1) entrusts to the Court the responsibility of avoiding that a request of arrest and surrender would lead to violate States Parties' international obligations towards a «third State»²². For those who gives a broad interpretation of the scope of Art. 27(2), the terms «third State» in Art. 98 would simply mean non Party State²³. According to another line of interpretation, «third State» is every State (whether Party or not) *other than the requested State*²⁴. The Appeals Chamber yielded to the first opinion: if Art. 27(2) is intended to remove each and every immunity both in the vertical and the horizontal relationships, Art. 98(1) is called only

¹⁸ O. TRIFFTERER, C. BURCHARD, *Article 27*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, III ed., München-Oxford-Baden Baden, 2016, 1037 ff., 1040. The Statute's aim is to put an end to impunity for the gravest international crimes: often, only the arrest and surrender of charged persons by States places the Court in the condition to exercise its jurisdiction. ICC: Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., paras 74-76; Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 124.

¹⁹ ICC: Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., paras 79-80; Pre-Trial Chamber II, decision of 11 December 2017, *Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-309, paras 33-34; Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 125 and paras 427-430 (on the general principle of effectiveness).

²⁰ O. TRIFFTERER, C. BURCHARD, *Article 27*, cit., 1041.

²¹ D. JACOBS, *The Frog that Wanted to Be an Ox*, cit., 293, 296.

²² See ICC: Pre-Trial Chamber I (*DRC*), cit., para. 16; Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., paras 99-100; see also para. 152; Pre-Trial Chamber II (*Jordan*), cit., paras 41-43; Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 130-131.

²³ ICC, Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., paras 81-83. It is to be mentioned here the position assumed by Prof. R. O'Keefe in his Observations as *amicus curiae* before the Appeals Chamber. According to him, Art. 98 involves only non-State Parties to the ICC Statute, because the cooperation with the Court should be unconditional for State Parties in the light and under the terms of Art. 89(1). See paras 5-6.

²⁴ R. PEDRETTI, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden-Boston, 2015, 277; C. KREB, K. PROST, *Article 98*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *The Rome Statute*, cit., 2117 ff., 2123. Observations of Prof. C. Kreß with the assistance of Ms E. Pobjie as *amicus curiae* before the Appeals Chamber, para. 17.

to regulate the power of the Court to request cooperation bearing upon non Parties States²⁵.

Conclusively, the ICC case-law treated Sudan as a State Party to the Statute in the light of the UNSC referral and considered that Art. 98 would be of no relevance at all insofar as one accepts the view that this provision exclusively involves non Parties States: the full cooperation duty bearing on Sudan would bar any invocation of international and domestic law immunities²⁶. Even though this line of reasoning has been endorsed by the majority of the ICC decisions, the Appeals Chamber prioritized the foundational value of the second argumentative tool, namely the recourse to customary international law.

3. Indeed, a plain observation derives from the above reasoning: if denial of personal immunity provided for by Art. 27(2) merely codified customary international law, a broad interpretation of the ICC jurisdiction's scope (vertical and horizontal) could completely annul the relevance of defining the status of Sudan as Party, non-Party or quasi-Party to the Statute²⁷. This was the substance of the second argumentation tool adopted by the ICC case-law according to which, in customary international law, whenever *international* courts have jurisdiction over *international* crimes, immunities do not bar the fulfilment of their mandate either²⁸. This position rests on a comprehensive legal reasoning consisting of two arguments: the overcoming of the distinction between adjudicatory and executive jurisdiction²⁹, and the relevance of customary international law.

As to the first argument, some commentators and ICC decisions consider that, if customary international law does not provide for any immunity from criminal proceedings over international crimes before international courts, then the necessary corollary is that immunity could not be invoked in order to resist the execution of an arrest warrant issued by those same international courts³⁰. Such an approach has been contested for

²⁵ ICC, Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., paras 93-94; Minority Opinion, *supra* note 14, para. 44.

²⁶ ICC: Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 149; Pre-Trial Chamber II (*South Africa*), cit., paras 144-145.

²⁷ Such a perspective obviously entails that Art. 98's scope is extremely reduced. The Joint Concurring Opinion in the case against Jordan indicated as an example the case of a request for cooperation for purposes of exercise of Art. 70 jurisdiction: see paras 410-412.

²⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I, cit., paras 32-36. See the critical remarks of W. SCHABAS, *Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court, Pre-Trial Chamber Concludes*, 2011, available online; ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 98-119.

²⁹ Observations of Prof. A. Ciampi as *amicus curiae*, para. III, 5.

³⁰ ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 15 December 2011, *Corrigendum to the decision pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and*

the reason that the ICC States Parties could not delegate to the Court a power that they do not have and, when executing ICC arrest warrants, they do not have the power to ignore personal immunities of States which have not ratified the Statute³¹. Nonetheless, the Appeals Chamber fully endorsed such a view in the Jordanian case³².

Turning to the second argument, *e.g.* the ways in which customary international law is relevant, the latter is invoked to maintain that, insofar as international crimes are prosecuted before international courts, there is *an exception* of an intrinsically *logical nature* to sitting Heads of State's immunity from criminal jurisdiction³³: at least when international courts are founded on a widespread consent of the international community³⁴, they are not bound by an immunity rule applicable in the relationship between state municipal courts. Alternatively, it has been maintained that a *separate and specific* rule does nowadays exist in customary international law according to which, when charged with international crimes, Heads of State (and any

surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-139-Corr, paras 45-46. Observations of Prof. C. Kreß with the assistance of Ms E. Pobjie as *amicus curiae*, para. 17. For a radical opposition to such a view see the Observations of Prof. P. Gaeta as *amicus curiae*, para. III, 10.

³¹ T. DE SOUZA DIAS, *The Nature of the Rome Statute*, cit., 507; ICC, Pre-Trial Chamber VI, decision of 4 January 2017, *Second decision on the defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of counts 6 and 9, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC 01/04/02/06/1707, para. 35. For a critical review, see C. KREß, *Preliminary Observations*, cit., 21. Such a critical remark is founded on the consideration that it would be wrongful to transform the Court into an organ empowered by the international community considered as a whole to exert the *potestas puniendi* over international crimes. And it would be wrong also when the triggering mechanism of the ICC jurisdiction depends on a UNSC referral. See Observations of Prof. P. Gaeta as *amicus curiae*, para. II.A, 6.

³² ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 344-346. See also the considerations elaborated by the Pre-Trial Chamber I, decision of 6 September 2018, *Decision on the Prosecution's request for a ruling on jurisdiction on Article 19(3) of Statute*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, para. 48. On the one hand, the Court traced back cooperation under the Statute to the enforcement of the obligation *erga omnes* to prevent, investigate and punish crimes that shock the conscience of humanity (Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 123). On the other hand, the Joint Concurring Opinion pointed to the «carefully calibrated regime» of Art. 59 of the ICC Statute: Joint Concurring Opinion, paras 443-444. See C. KREß, *Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral Re Al-Bashir Appeal*, in *Occasional Paper Series No. 8*, 2019, 10 ff.

³³ A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, 312; P. GAETA, *Does President Al-Bashir*, cit., 320; M. VON BLOMMESTIJN, C. RYNGAERT, *Exploring the Obligations for States to Act*, cit., 429-432. This is a rationale different from that underpinning the other form of immunity from foreign jurisdiction, i.e. the *ratione materiae* immunity, which directly preserves the equal sovereignty of each and every State in the light of the Latin maxim *par in parem non habet jurisdictionem*. In the case decided by the Appeals Chamber against Jordan, however, the reasoning of the Court overlaps the distinct *rationes* of the two kinds of immunity (para.115). See also ICC, Pre-Trial Chamber I (*Malawi*), cit., para. 34.

³⁴ This caveat is important to assure that international criminal courts are effectively independent and impartial: D. AKANDE, *ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (... At Long Last ...) But Gets the Law Wrong*, in *EJIL:Talk!*, 15 December 2011.

other high-ranking state officials) do not enjoy immunity, if their trials are conducted by an international criminal court³⁵.

The Appeals Chamber noted that there is not State practice or *opinio juris* either that would support the existence of Heads of State immunity *ratione personarum* under customary international law *vis-à-vis* an international court³⁶. The fundamental starting point of this approach is twofold: persons charged with international crimes, even if incumbent Heads of State, could be subjected to the adjudicative power of an international criminal court having jurisdiction and Art. 27(2) of the ICC Statute merely codifies this general principle of international law: the position of the Appeals Chamber rested on the fundamentally different nature of an international court as opposed to that of domestic courts exercising jurisdiction over a foreign Head of State. The (always of a logical nature) consequence is thus that: «(...) the *onus* is on those who claim that there is such immunity in relation to international courts to establish sufficient State practice and *opinio juris*»³⁷.

Notwithstanding the statement of the Appeals Chamber has been quickly criticized by influential legal scholars³⁸, by resorting to customary law as the legal foundation of its power to deny immunity to Al-Bashir, the Court would gain an important outcome in terms of legitimacy³⁹, what is

³⁵ In the view of the much criticized PTC I decision in the case *Malawi* (Pre-Trial Chamber I (*Malawi*), cit., paras 18 and 36), the main source of evidence would lie in international judicial practice since the famous ICJ *obiter dictum* in the *Arrest Warrant* case until the arrest warrants against Charles Taylor and Slobodan Milošević. As to State practice, the acts taken into consideration start with the Nuremberg Principles and review the lack of negative reaction to the similar formulations of UNSC resolutions as well as of international agreements and statutes: ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., paras 104-108; see *infra* Section 4.

³⁶ ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 113. In the *Malawi* decision, the PCT I found that that «customary international law creates an exception to Head of State immunity when international courts seek a Head of State's arrest for the commission of international crimes» (para. 43). See the critical remarks on such a methodology and conclusions of D. JACOBS, *A Sad Homage to Antonio Cassese: The ICC's Confused Pronouncements on State Compliance and Head of State Immunity*, 2011, available online.

³⁷ ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 116.

³⁸ D. AKANDE, *ICC Appeals Chamber*, cit.; A.S. GALAND, *A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment*, cit. These authors had already rejected the customary law approach underlying the cases against Chad and Malawi: W. SCHABAS, *Obama, Medvedev and Hu Jintao*, cit., and D. JACOBS, *A Sad Homage to Antonio Cassese*, cit.

³⁹ Observations of Prof. C. Kreß with the assistance of Ms E. Pobjie as *amicus curiae*, para. 7. On the other hand, Prof. Kreß maintained that, already before the decision of the Appeals Chamber, the practice of both States Parties and non-Parties to the ICC Statute, did not articulate any opposition to the 2011 declarations by the Pre-Trial Chambers over the current content of the immunity rules in customary international law, as removing immunity of even sitting Heads of State charged before international courts (*ibidem*, para. 19). However, it is noteworthy that the African Union decided to approach the UN General Assembly to seek an advisory opinion from the ICJ (Assembly of the African Union, 30th Ordinary Session, *Decision on the International Criminal Court*, AU Assembly Doc. Dec.

furthermore demonstrated by the impressively lengthy Joint Concurring Opinion by Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa. The latter paid close attention to the survey of the formation, content and scope of the alleged customary law provision which does not grant to certain state officials immunity from the jurisdiction of international courts.

Under this perspective, the Joint Concurring Opinion firstly argued that customary international law has never evolved to recognise immunity – even for Heads of State – before *an international court* exercising jurisdiction over crimes under international law. The fundamental rationale of the provisions granting immunity from jurisdiction concerns domestic courts. If this is true, that same could not be extended to the jurisdiction of *international judges*⁴⁰, to the extent that the latter have been called to exercise jurisdiction on behalf of the *international community* «such as is represented by the aggregation of States who have authorised those international judges to exercise» it⁴¹.

On closer look, the Joint Concurring Opinion was not limited to argue *the lack of customary law* ensuring immunity for Heads of State charged to have committed international crimes. It went further to argue that international practice has nowadays led to the consolidation of a *negative provision* under customary international law, which bars any plea of immunity for international crimes to be judged by international courts, without difference between *ratione materiae* immunity and *ratione personarum* immunity⁴². According to the Opinion, while the customary norm denying immunity was emerging in the State will to prosecute and punish the *ex-Kaiser* William II of Germany at the end of World War I⁴³, its consolidation was completed by virtue of the Nuremberg Charter⁴⁴, the Genocide Convention⁴⁵, and the ILC's Draft Code of Offences⁴⁶. The last developments led to the uniformly definitive formulation of the custom rejecting any plea of immunity that was codified both under the ICTY and

672 (XXX), 5(i), January 28-29, 2018, available online). And this happened in a period of intense scrutiny of the ICC, the credibility of which has been increasingly put into question, with the subsequent calls for States to withdraw from the Rome Statute. Therefore, notwithstanding the lack of express objections by non-States Parties to the ICC Statute against the *Customary Law avenue*, it remains that at least the AU's position hinders the process under which the ICC brought to the surface the existence of a customary rule.

⁴⁰ Joint Concurring Opinion, para. 58.

⁴¹ *Ibidem*, para. 53. For the Opinion, in the case of jurisdiction both based on an international treaty and conferred by the Security Council, this delegated jurisdiction is *per se* on behalf of the international community.

⁴² *Ibidem*, paras 239-252.

⁴³ *Ibidem*, paras 65, 79, 84, 115, 124.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 148.

⁴⁵ Convention against Genocide, Art. IV.

⁴⁶ Art. 3 of the Draft provides as follows: «The fact that a person acted as Head of State or as responsible government official does not relieve him of responsibility for committing any of the offences defined in this Code».

ICTR Statutes⁴⁷, and the legal provisions of a variety of mixed, internationalized or international tribunals⁴⁸.

4. The greater part of legal literature has so far contested the renewed recourse to the argumentative tool of customary international law. In our view, the question is not only the strengthened recourse to customary international law (which is to be welcomed for the reasons detailed later), but also and mostly *the way* and, specifically, *the measure* of the argumentation. Indeed, the Judgment decision to deny immunity was the result of the combined effect between *legal interpretation* and *procedural rules on evidence* of customary international law. By means of legal interpretation, the Judgment shared the view that customary international law rules granting immunity, taken as a whole, focus on the relations *between States*, and only between them. If this legal interpretation is correct, then whoever purports the existence of immunity (also) before international courts, bears the onus to give evidence of a *new* custom. Such a line of reasoning may be convincing provided that – according to the caveat suggested by legal doctrine⁴⁹ – two conditions are rigorously met: that prosecution regards international crimes of customary law nature, and that trials be held before international courts whose jurisdiction is delineated in a way ensuring its objective exercise on behalf and in the interest of the international community as a whole. Bearing in mind its nature, functioning and mandate, the ICC should be counted among such international courts⁵⁰. However, this represents a known critical point⁵¹. Thus, the lack of a clear-cut assessment in this regard regrettably undermines the legal value and weight of both the Judgment and the Joint Concurring Opinion⁵².

⁴⁷ Art. 7(2) of the ICTY Statute; Art. 6(2) of the ICTR Statute.

⁴⁸ Regulation No 2000/15 on the Establishment of Panels in East Timor with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, Section 15; Art. 6(2) of Resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, whereby the UN Secretary-General concluded an Agreement with the Government of Sierra Leone, establishing the SCSL; Art. 29 of the Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. It is to be minded that, after having examined such a practice, the Joint Concurring Opinion developed certain broad legal considerations of a systematic nature seeking to demonstrate that, insofar as punishment of international crimes is concerned, the distinction between immunity *ratione materiae* and immunity *ratione personae* would be entirely immaterial. Joint Concurring Opinion, paras 180 and 232.

⁴⁹ Observations of Prof. C. Kreß with the assistance of Ms E. Pobjie as *amicus curiae*, paras 22-23; C. KREß, *Preliminary Observations*, cit., 20-22.

⁵⁰ Such a conclusion was reached by the ICJ in the *Arrest Warrant* case, cit., para. 61, without the ICC's inclusion being spelled out. On this aspect, see Observations of Prof. C. Kreß with the assistance of Ms E. Pobjie as *amicus curiae*, paras 12-14.

⁵¹ C. KREß, *Preliminary Observations*, cit., 18-19.

⁵² *Ibidem*, where the Author underlined the incompleteness of the legal reasoning in para. 115 of the Judgment and in paras 57, 63, 339 and 340 of the Joint Concurring Opinion.

On its side, the Joint Concurring Opinion, in a sort of Titans' climbing, seems to claim too much in asserting the existence of an international custom denying immunity of whatever nature (material and personal either) before international courts. Three main critical remarks should be drawn. First of all, the Opinion underestimated (quite contradictorily) that all the developments analysed by it over the decades had their legal and factual point of departure in the customary international law rules on immunity from jurisdiction of *foreign courts*. As far as the latter are concerned, the distinction between *ratione materiae* and *ratione personae* immunity was, and remains, of undeniable importance: the fundamental rationale underlying the formation of customary exceptions to the general rule of immunity lies in ensuring an internationally recognized criminal accountability, so that nobody accused of those crimes could hide behind the substantive argument of the act of State⁵³. This clearly deals with the *ratione materiae* immunity, and the distinction between impunity and immunity as well.

In the second place, the Joint Concurring Opinion chose the Paris Conference and the Treaty of Versailles as the starting point of its analysis. This is at least debatable. Rather, it could be contended that, at the end of the Great War, Germany was left with any real choice other than to accept Art. 227 of the Treaty of Versailles. More generally, the latter has increasingly appeared to many historians more as an unjust imposition of unbearable burdens on Germany, than a minimally shared agreement to turn the page of the most devastating armed conflict in European history⁵⁴.

Thirdly, the Joint Concurring Opinion seems to be hindered by a methodological flaw: its argumentative architecture inadvertently drifted from the survey over state practice to normative considerations on the coherence of international law as a whole⁵⁵. In this perspective, such a part of the Opinion brings to the surface how the judicial process of collecting evidence on the formation of customary law inevitably tends to overlap with wider legal discourses on international law as a *system of norms, principles and values*⁵⁶.

Despite some inconsistencies and defects, however, we witnessed the final triumph of customary international law as the main, most authoritative and convincing argumentative tool to deny the immunity of Al-Bashir. In

⁵³ See the conclusions reached by the competent Commission at the Paris Conference as cited by the Joint Concurring Opinion at para. 116.

⁵⁴ GRAEBER, BENNETT, *The Versailles Treaty and Its Legacy: The Failure of the Wilsonian Vision*, Cambridge, 2011; A. SHARP, *The Versailles Settlement: The Start of the Road to the Second World War?*, in F. MCDOMOUGH (ed.), *The Origins of the Second World War. An International Perspective*, London, 2011; F. CARDINI, S. VALZANIA, *La pace mancata*, Milano, 2018. Furthermore, Art. 227 required consent of Germany in order to prosecute the ex-Kaiser before an international court.

⁵⁵ Joint Concurring Opinion, paras 197-210.

⁵⁶ E. SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, 2018, 80-90.

our view, the position of the Appeals Chamber is mainly justified by legitimacy concerns more than theoretical reasons. On the one hand, the choice of customary international law allows the ICC to make the exercise of its jurisdiction independent from the fact that the triggering mechanism is a UNSC referral. More specifically, once the Court has established its own jurisdiction, then a question of immunity does not arise. As the Joint Concurring Opinion put it: «That is to say, a claim of immunity will not bar the Court from the exercise of the jurisdiction that it has»⁵⁷. Such a statement entails far-reaching and grave effects on the whole functioning of the ICC whenever charged persons are nationals of non-Party States⁵⁸. On the other hand, in this way the exercise of the Court jurisdiction, as of an international tribunal with a truly universal orientation, coherently relies upon the first source of general international law, *e.g.* customary international law⁵⁹.

However, the preference for the argumentative tool relying on customary international law, with its far-reaching and perhaps unintended effects, has to be read in the context of the choice by the majority of the Appeals Chamber not to refer Jordan to the ASP and the UNSC. In this regard, let us now consider in greater detail the system of cooperation set forth in the Rome Statute and the mechanism shaped by Art. 87(7).

5. The legal provisions on international cooperation and judicial assistance contained in Part IX should be interpreted by taking into account that, in the absence of means to enforce its own decisions, the Court's effective functioning totally depends on States cooperation (Art. 86 and Art. 88), above all when the enforcement of arrest warrants are involved⁶⁰. The assistance the Court may request of States essentially falls into two categories: requests for the arrest and surrender of persons to the Court (Art. 89), and requests for all those conducts which, like the taking of evidence

⁵⁷ Joint Concurring Opinion, para. 447.

⁵⁸ In this regard, legal literature already noted that the Appeals Chamber seemed to have ... forgotten the case of the Head of State of a non-Party State who, according to Art. 12(2)(a) of the Statute, may be subjected to the Court's jurisdiction for having committed a crime within the territory of a State party. Scholarship submitted the idea that in such a case the Head of State immunity *ratione personae* would remain unaffected by the Appeals Chamber statements. See A.S. GALAND, *A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment*, cit. However, the plain reading of the Judgment and the Joint Concurring Opinion (mostly of the latter's para. 444) does not allow this interpretative result. See C. KREB, *Preliminary Observations*, cit., 10-12; O. TRIFFTERER, C. BURCHARD, *Article 27*, cit., 1042.

⁵⁹ As to the weight of customary international law in the ICC Statute see, in general terms, A. BUFALINI, *The Principle of Legality and the Role of Customary International Law in the Interpretation of the ICC Statute*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, 233 ff.

⁶⁰ D. RINOLDI, N. PARISI, *International Co-operation and Judicial Assistance Between the International Criminal Court and States Parties*, in F. LATTANZI, W.A. SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa di Fagnano Alto, 1999, 339 ff.

and the protection of victims and witnesses, are required in order to carry out both investigations and prosecutions (Art. 93). In spite of the wide scope of the general obligation to cooperate, the protection of sovereign prerogatives is systematically taken into consideration by the Statute. Thus, possible issues concerning cooperation which would impede or delay the execution of ICC requests should be settled by States Parties through consultation with the Court under Art. 97. In this perspective, the current cooperation regime is generally referred to as «a hybrid model encompassing characteristics of both the horizontal and the vertical models»⁶¹.

Non-Parties States have no obligation to cooperate except when the Security Council decides to refer a situation to the Court pursuant to Art. 13(b) and imposes obligations to cooperate under Chapter VII of the UN Charter. As legal literature underlines, the execution of arrests is not only and not so much a technical question around police and military resources: its successful outcome mainly derives from the necessary political will. And this is true even when the ICC jurisdiction is triggered by a UNSC referral⁶². So far, the degree of cooperation stemming from States which were not directly involved in the commission of the crimes has depended on the specific political context.

Bearing such a general framework in mind, the importance of the mechanism delineated by Art. 87(5) and (7) of the ICC Statute is evident. Art. 87(5) concerns ICC requests of assistance from any non-Party State on the basis of an *ad hoc* arrangement, an agreement with such State or any other appropriate basis. In the event of a failure to comply with such special agreements, the Court may inform the Assembly of States Parties, or, where the Security Council referred the matter to the Court, the Security Council. When a failure of assistance is committed by States Parties to the Statute, this power of information turns into one of making a formal finding of non-cooperation and a referral to the ASP or the UNSC. Indeed, according to Art. 87(7), this occurs where a State Party failure to comply with a request to cooperate by the Court is contrary to the provisions of the Statute and prevents the Court from exercising its functions and powers.

The organ to which the Court refers failures of cooperation seems to depend on the source of its jurisdiction: if the latter is exercised pursuant to a State referral or a *proprio motu* action of the Prosecutor, the findings of the Court will be directed to the ASP while, when the matter has been referred by the UNSC, then the Court will submit its findings of non-cooperation to

⁶¹ H.P. KAUL, *The ICC and International Criminal Cooperation – Key Aspects and Fundamental Necessities*, in M. POLITI, F. GIOIA (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, London, 2008, 85-87; A. CIAMPI, *Legal Rules, Policy Choices and Political Realities in the Functioning of the Cooperation Regime of the International Criminal Court*, in O. BEKOU, D.J. BIRKETT (eds.), *Cooperation and the International Criminal Court: Perspectives from Theory and Practice*, Leiden-Boston, 2016, 7 ff., 11.

⁶² A. CIAMPI, *Legal*, cit., 44.

the latter. Nonetheless, it is maintained that the Court could call upon the UNSC even though its jurisdiction is not triggered by Art. 13(b) of the ICC Statute, specifically when the UNSC is already engaged in situations falling under its Chapter VII UN Charter mandate⁶³. On the other hand, it has been recommended that, already at the investigation and prosecution stage, the UNSC should give explicit mandates to cooperate with the ICC to UN peacekeeping, peace enforcement and peacebuilding missions operating in territories that are also ICC situations⁶⁴.

As to the procedural rules of an Art. 87(7) application, while a determination of the appropriateness and usefulness of this measure remains in the hands of the Chamber, it is necessary that prior to such determination three conditions are met: that the State concerned failed to comply with a request to cooperate; that this non-compliance is grave enough to prevent the Court from exercising its functions and powers under its Statute⁶⁵; that, pursuant to Art. 109(3) of the Regulations of the Court (RoC), the requested State must be given the opportunity to be heard⁶⁶.

Moreover, without further substantive or procedural details, Art. 112(2) of the ICC Statute provides that the Assembly shall «(...) (f) Consider pursuant to article 87, paras 5 and 7, any question relating to non-cooperation». Art. 112(2)(g) also requires the ASP to perform, more generally, «any other function consistent with [the] Statute or the Rules of Procedure and Evidence». These general provisions have been complemented with a series of ASP resolutions enumerating the political, diplomatic or administrative measures that can be adopted in response to instances of non-cooperation, the most important of which – as we will see – concerns the Assembly procedures on non-cooperation⁶⁷.

⁶³ *Ibidem*, 45; A. REISINGER-CORACINI, *Coping with Non-compliance*, in G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. ZAPPALÀ, S. VASILIEV (eds.), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford, 2013, 105 ff., 107. The UN competence in receiving ICC findings of non-compliance is further supported by Art. 17(3) of the Negotiated Relationship Agreement between the ICC and the United Nations.

⁶⁴ D. AKANDE, T. DE SOUZA DIAS, *How the UNSC and ASP Can Enhance Cooperation with the ICC*, 26 March 2019, available online, who consider also opportune that the Council «[e]xtend the mandate of its Informal Working Group on International Tribunals to include the ICC in order to provide more structured and better-informed discussions on ICC matters», 2.

⁶⁵ ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 185.

⁶⁶ However, the legal literature criticized those cases in which the relevant Chamber gave no opportunity to the State to excuse its non-compliance or superficially concluded that the requested State had waived its right to be heard: see G. SLUITER, T. TALONTSI, *Credible and Authoritative Enforcement of State Cooperation with the International Criminal Court*, in O. BEKOU, D.J. BIRKETT (eds.), cit., 80 ff., 97.

⁶⁷ See ASP, *Assembly procedures relating to non-cooperation*, ICC-ASP/10/Res.5 as amended by ICC-ASP/11/Res. 8, annex.1.

6. It is evident from the previous survey that the only institutionalized reaction to non-cooperation relies upon the judicial finding of the Court and the referral to the ASP or the UNSC, and the further position assumed by the latter towards non complying-States. At this juncture, it is possible to carry out a closer examination of the nature, contents and scope of such a mechanism as articulated in its two components (the Court and the ASP/UNSC). One thing is undisputable: non-cooperation in the sense of failure to comply with Part IX of the ICC Statute means a breach of one or more international obligations⁶⁸.

Quite differently from its normal duties of determining individual criminal responsibility, the ICC Chamber deciding on matters of non-cooperation by a State settles a dispute on the violation of international obligations or, when the facts are not disputed, simply adopts a formal finding over State failures to respect Part IX of the Statute itself⁶⁹.

First of all, before adopting a formal finding, the Trial Chamber could request the interested State to inform it on the status of implementation of its duties to cooperate. This was the case for the surrender of Saïf al-Islam Gaddafi⁷⁰. Later, the Chamber refused to concede an extension of time – claimed by the State – for the main reason that the Transitional Libyan Government had failed to provide any information as to the steps already taken to surrender him to the Court. This shows how cooperation between States and the Court is concretized by means of a continuing process which could start with less formal statements⁷¹.

In a second place, the power of the Court is discretionary. Under RoC Regulation 109(1), an application for a finding pursuant to Art. 87(7) of the ICC Statute may be made by the requesting body, *i.e.* the Chamber, the

⁶⁸ ICC, Pre-Trial Chamber V(B), decision of 3 December 2014, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute*, ICC-01/09-02/11-982, para. 81. See, similarly, ICTY, Appeals Chamber, decision of 29 October 1997, *The Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, para. 35. Even though States never adopted countermeasures against such a type of violation, the academic writings do not rule out the possibility and legitimacy of individual answers by single States beyond the centralized procedure in the hands of the ICC and the ASP or the UNSC. H. KAUL, *The ICC*, cit., 90, observes that one of the possible tools to enforce an ICC arrest warrant still lies in the circumstance that the territorial State, according to the general rules on State responsibility for unlawful acts, would agree with other States that the latter carry out the arrest in its territory.

⁶⁹ ICC, Pre-Trial Chamber V(B) (*Kenyatta*), cit., para. 73.

⁷⁰ ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 15 May 2014, *Decision requesting Libya to provide submissions on the status of implementation of its outstanding duties to cooperate with the Court*, ICC-01/11-01/11-545.

⁷¹ ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 11 July 2014, *Prosecutor v. Saïf Al-Islam Gaddafi, Decision on matters related to Libya's duties to cooperate with the Court*, ICC-01/11-01/11-563. In this decision, the Chamber also informed Libya that, for all possible purposes, the consultation under regulation 109(3) of the Regulations had been concluded.

Prosecutor or the Defence. Even though it is not provided for a timeline for such an application, the ICC case-law urges that the latter should be made at the earliest moment⁷². This is required not only in the interests of justice but also in order to ensure respect for a fair trial and the right of a charged detainee to be timely surrendered to the Court so that his/her criminal proceedings begin⁷³. Furthermore, the power of a formal finding against non-complying States is discretionary as to the applicable standard of failure to cooperate. In its pivotal judgment in the *Kenyatta*⁷⁴ case, the Appeals Chamber emphasised discretion on the part of the Trial Chamber, including reference to consider «all relevant factors» in the Chamber's analysis and decision: a referral under Art. 87, far from being intended to be the standard response to each instance of non-compliance, may be sought when the Chamber concludes that it is the most effective way of obtaining cooperation in the concrete circumstances at hand⁷⁵.

It is particularly noteworthy that in its case-law the Court has decided to refer to the ASP situations of non-compliance in two ways: in the first one, the referral by the Court to the ASP serves the purpose to promote compliance with the particular cooperation requests at issue; in the second one, the decision to refer is taken for the benefit not of the specific pending case, but of the work of the court as a whole, as of a measure promoting future cooperation. In this context, in *Kenyatta* the Prosecution indicated that the referral should be made as a «sanction» or «disciplinary measure» and the Trial Chamber yielded to this view if «the non-cooperation at issue, and the breach of international obligations, is of a serious nature»⁷⁶.

The Appeals Chamber pointed out that the decision to refer a State does not automatically stem from failure to give cooperation: the Chamber is empowered to make a discretionary determination, which eventually flows from the conclusion that referral is the most effective way of achieving

⁷² ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision requesting Libya*, cit.

⁷³ ICC, Pre-Trial Chamber I, decision of 10 December 2014, *Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council*, ICC-01/11-01/11-577. See A. CIAMPI, *Legal*, cit., 29-30.

⁷⁴ ICC, Appeals Chamber, decision of 19 August 2015, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Judgment on the Prosecutor's appeal against Trial Chamber V(B)'s "Decision on prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute"*, *Kenyatta*, ICC-01/09-02/11 OA 5.

⁷⁵ *Ibidem*, para. 46 (citing the PTC I's against Libya, para. 23: see sub note 85). More specifically, the measure under Art. 87(7) is one of the tools available to the Court «to use at a certain point in time as a last resort measure or as part of a comprehensive strategy to promote cooperation».

⁷⁶ ICC, Pre-Trial Chamber V(B) (*Kenyatta*), cit., para. 84. This statement, in our opinion, is not at odds with the previous analysis by the Trial Chamber in the case *Al Gaddafi* (cited sub note 85), where it opined that Art. 87(7) of the Statute is «value-neutral, and not designed to sanction or criticise the requested State» (para. 33). This comment means that the failure to the obligations to cooperate with the Court is an objective breach and that the Chamber's finding and referral merely seeks to eliminate impediments to cooperation.

cooperation in the concrete circumstances at hand⁷⁷. In conclusion, both the finding of a failure by States and the referral to the ASP and the UNSC are discretionary measures: put before such a failure, the Trial Chamber could decide not to make a formal finding or not to refer the question to the ASP or the UNSC. The question then arose on the most appropriate standard of review for the Appeals Chamber when the appeal concerns the use by a Trial Chamber of this discretionary power. In the absence of an express ground of appeal within the ICC legal framework, the Appeals Chamber held that, far from allowing an overlapping of its ruling with that of first instance, the interference on the exercise of PTCs' discretion is circumscribed to the following situations: «where (i) it is based upon an erroneous interpretation of the law; (ii) it is based upon a patently incorrect conclusion of fact; or (iii) the decision amounts to an abuse of discretion. Furthermore, once it is established that the discretion was erroneously exercised, the Appeals Chamber has to be satisfied that the improper exercise of discretion materially affected the impugned decision».

As to *abuse of discretion*, the Appeals Chamber resorted to the wide conceptual category of unfairness/unreasonableness. Indeed, in fulfilling its review on an alleged abuse, the Appeals Chamber should also consider whether «the first instance Chamber gave weight to extraneous or irrelevant considerations or failed to give weight or sufficient weight to relevant considerations in exercising its discretion»⁷⁸.

As far as an arrest warrant is concerned, it is to be recalled that a warrant, alongside its alternative of summons to appear, serves the function of securing *the presence* of the suspect before the Court. In this regard, the assessment of the opportunity to refer non-compliance to an arrest's request should take into due account that the ICC Statute, pursuant to Art. 58(1)(b)(i), requires the presence of the person in his or her trial for a twofold purpose, namely in order to ensure respect for the fundamental right of the person to be present, and the duty of the Court to properly administer justice.

Bearing in mind the ICC case-law on the arrest of the then President Al-Bashir, a comprehensive analysis brings to the surface that the majority of States which failed to cooperate have been referred to the ASP and/or the UNSC: namely Chad, Djibouti, DRC, Malawi and Uganda⁷⁹. Only Nigeria,

⁷⁷ ICC, Appeals Chamber (*Kenyatta*), cit., paras 51 and 53. See also para. 48 where the Appeals Chamber underlined the weight of a decision to refer the situation to the ASP or the UNSC, which should be taken when «in the circumstances, no action short of a referral could potentially result in remedying the continuing failure of these States to comply with the Court's requests for cooperation».

⁷⁸ *Ibidem*, paras 22 and 25.

⁷⁹ For complete references see ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., Dissenting Opinion, para. 154, fn. 226.

South Africa and, lastly, Jordan were not referred⁸⁰. In sum, it is true that «[r]eferral may be considered a ‘least best option’. However, it remains the only mechanism available to sanction Member States for failure to arrest President Al-Bashir»⁸¹.

7. In the light of the above considerations and before the analysis of the Appeals Chamber’s sharp division over the choice not to refer Jordan, the specific circumstances of the Jordanian non-compliance have to be examined. On 21 February 2017, the ICC Registry sent to Jordan a report on information regarding Al-Bashir’s potential visit. On 24 March, Jordan answered that an invitation had been sent to Heads of State of the members of the Arab League, including Sudan, for the upcoming Arab League summit, to be held on 29 March. Even though at the time of the answer Sudan did not officially confirm the attendance of Al-Bashir, Jordan worried about declaring that it «adhere[d] to its international obligations, including the applicable rules of customary international law, while taking into account all its rights thereunder»⁸². By means of a *note verbale* on 28 March, Jordan confirmed that President Al-Bashir would attend the summit and asserted that he enjoyed sovereign immunity as sitting Head of the Sudanese State. The *note verbale* cited consultation with the Court under Art. 97 of the Rome Statute⁸³.

Against these facts, the Pre-Trial Chamber found that a referral was appropriate because Jordan assumed a very clear position in choosing not to execute the Court’s request for cooperation. Nor did Jordan, with its extremely late communications to the ICC, really consult with it. According to the Pre-Trial Chamber, to the extent that it did not formulate any question and call to action either, the *note verbale* of 28 March – which was sent to the Court one day before the summit day – did not constitute a request for consultations: «[o]n the contrary, the *note verbale* is (...) an advance notification of non-compliance»⁸⁴. Moreover, the Trial Chamber added that the case of Jordan was different from that of South Africa, a non-complying State which, however, was the first State Party to approach the Court with an effective request for consultations.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., Observations of Prof. M.A. Newton as *amicus curiae*, para. 19.

⁸² ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., Annex 2, *Report of the Registry on information received regarding Omar Al Bashir’s potential travel to the Hashemite Kingdom of Jordan*, 24 March 2017, ICC-02/05-01/09-291-Conf-Anx2, para. 195, fn. 467. For the full text see Dissenting Opinion, para. 124, fn. 185.

⁸³ Annex, *Report of the Registry on additional information received regarding Omar Al Bashir’s potential travel to the Hashemite Kingdom of Jordan*, 28 March 2017, ICC-02/05-01/09-293-Conf-Anx1-Corr. For the full text, see Dissenting Opinion, para. 126, fn. 189.

⁸⁴ ICC, Pre-Trial Chamber II (*Jordan*), cit., para. 47.

The Appeals Chamber judgment (at majority) completely reversed the conclusions reached by the Pre-Trial Chamber. It shared the latter's findings of both non-compliance by Jordan and its gravity for the Court's discharge of its main functions. Yet, it found erroneous and abusive the decision to refer Jordan to the ASP and the UNSC. First, the majority decision stressed that the Pre-Trial Chamber did not respond to Jordan's *note verbale* of 28 March. Secondly, it yielded to Jordan's view that such a *note verbale* represented a request for consultations with the Court. In actual fact, bearing in mind that Art. 97 does not prescribe the manner in which States Parties should make a request for consultations, it concluded that the phrase «Jordan is hereby consulting with the ICC» was «a discernible indication of Jordan's intent to engage with the Court in relation to the requested cooperation»⁸⁵.

Furthermore, the Appeals Chamber's majority decision found that the different treatment of South Africa and Jordan was affected by an error. On closer inspection, both these States Parties to the ICC Statute (and not only South Africa) should be considered and treated as Parties engaged in consultations. In this respect, the Appeals Chamber paid particular attention in enlightening that another claimed difference between South Africa's and Jordan's conducts was ill-founded. It was not true that the former committed itself to further cooperate and the latter did not. Rather, South Africa's domestic courts stated that, by not arresting Al-Bashir and surrendering him to the Court, the Government of South Africa acted in breach of obligations under the domestic legal framework. The first reaction by the Government of South Africa was to start processes to withdraw. Jordan, instead, «reaffirmed its commitment to cooperate with the Court and its continuing support to the Court since its inception»⁸⁶.

An abundantly reasoned Dissenting Opinion was attached to the majority decision by Judges Ibáñez and Bossa. By means of a lengthy analysis, such an Opinion firstly demonstrated how heavily Jordan's non-compliance obstructed the exercise of the Court's functions and powers⁸⁷. Moreover, the non-cooperation of Jordan in a case originating from a UNSC referral also entailed the breach of its obligations under the UN Charter and, particularly, the *erga omnes* obligation to prosecute and punish the most serious crimes, including genocide⁸⁸. Such an insistence in the legal discourse was functional to the purpose of the Dissenting Opinion to

⁸⁵ ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 203.

⁸⁶ *Ibidem*, paras 210 and 211.

⁸⁷ The Dissenting Opinion strongly emphasized the indispensable role of Al Bashir's personal appearance at trial, as the sole means to observe a fundamental human right which forms part of the due process of law and, at the same time, to guarantee the proper administration of justice (para. 68). *Ibidem*, paras 76-78, with particular regard to the exceptions, set out in Art. 61(2) of the ICC Statute, to the general rule set out in Art. 61(1) that the confirmation of charges hearing shall be held in the presence of the person charged.

⁸⁸ *Ibidem*, paras 176 and 186.

illustrate the gravity of Jordan's non-compliance «as a relevant consideration in the assessment of whether a referral under article 87(7) of the Statute was warranted»⁸⁹.

Thereafter, the core disagreement of the dissenting Judges focused on the majority application of the standard of review over PTCs' exercise of their discretionary power to refer a non-complying State to the ASP and/or the UNSC. From a procedural perspective, the Dissenting Opinion maintained that the majority decision overlapped two distinct grounds of review, namely an erroneous finding of fact or law, and an abuse of discretion. As we have said, the majority concluded that the *erroneous findings* by the Pre-Trial Chamber, with regard to the questions of consultation and the differential treatment between Jordan and South Africa as well, amounted to an *abuse of discretion*. However – the Dissenting Opinion recalled, – «error excludes the possibility of finding an abuse of discretion and *vice versa* because an abusive exercise of discretion always presupposes the existence of free will and the deliberate exercise of power in an unreasonable, arbitrary or unfair way on the part of the decision maker»⁹⁰.

That being said, the main conflict between the Appeals Chamber's Judgment and the Dissenting Opinion concerned the proper factual and legal value of Jordan's conduct. First of all, the dissenting Judges highlighted that Jordan approached the Court only hours before Al-Bashir's visit. The tardiness of the Jordanian answer was the most clear-cut indication that, in the concrete circumstances of the case, such a line of action is patently incompatible with a good faith accomplishment of the duties to cooperate. Second, Jordan, far from being truly interested in consulting with the Court, simply stated its legal viewpoint over the question of immunity of Heads of State before the Court. That statement amounted to informing the Court that Jordan would not execute the Court's arrest warrants against Al-Bashir⁹¹. Third, the Dissenting Opinion rejected Jordan's claim that it was not aware of its obligation because of the divergent jurisprudence on the issue. To the very contrary, «while the legal reasoning may have varied across the Court's decisions, they 'unanimously' concluded that Mr Al-Bashir does not benefit from any immunity before this Court (...)»⁹².

Having drastically excluded that Jordan sought to consult with the Court, the Dissenting Opinion did not spare the Judgment an acutely polemic note: «there was nothing that the Court could have done just hours prior to Mr Al-Bashir's visit to Jordan. Therefore it is not possible to transfer any

⁸⁹ *Ibidem*, para. 95.

⁹⁰ *Ibidem*, para. 243.

⁹¹ *Ibidem*, para. 127.

⁹² *Ibidem*, para. 120.

kind of responsibility of non-compliance to the Pre-Trial Chamber given that it was not consulted in due form and in a timely fashion»⁹³.

Similarly, the Dissenting Opinion's analysis led to completely opposite conclusions *vis-à-vis* the situation of Jordan compared to that of South Africa. Differently from the majority's view, the dissenting Judges maintained that the fact that South African courts induced the Government of South Africa to comply with the ICC Statute only militated in favour of a differential treatment between Jordan and South Africa⁹⁴. The other difference between these two cases depended on the clear request by South Africa of consultation under Art. 97, leading to an urgent meeting between the diplomats representing the State and the Single Judge appointed by the Pre-Trial Chamber⁹⁵. And it was the spirit of cooperation of South Africa that allowed the very beginning of the process culminating in the adoption of the ASP resolution on consultations under Art. 97⁹⁶.

The final consideration of the Dissenting Opinion concerned the nature of an Art. 87(7) referral to the ASP and the UNSC. Far from being a punitive measure or a tool otherwise aimed at shaming the referred State, «it should be considered an opportunity to start a dialogue between Jordan, the ASP, the Security Council and the Court to make the cooperation of Jordan possible»⁹⁷.

The struggle of positions between the Appeals Chamber's majority and the Dissenting Opinion is deep and leaves the future case-law of the ICC on this subject-matter in a state of high uncertainty.

8. Thus, having first examined the quite debatable nature, contents and scope of the ICC judicial finding and the possible referral under Art. 87(7) of the Statute with their rather indistinct outlines, the role of the ASP and the UNSC are to be discussed⁹⁸.

As to the Security Council, from what has been said above, it is undeniable that ICC decisions to refer to the UNSC have a factual and political impact, independently from the inaction of the latter following referrals to it⁹⁹. One aspect in the development of the ICC referrals to this UN organ deserves attention, namely that the task of transmitting decisions

⁹³ *Ibidem*, para. 131.

⁹⁴ *Ibidem*, para. 142. See G. METTRAUX, J. DUGARD, M. DU PLESSIS, *Heads of State Immunities*, cit., 617-618.

⁹⁵ Dissenting Opinion, para. 151.

⁹⁶ Dissenting Opinion, para. 152. ASP, *ASP 16th Session Resolution 3*, 14 December 2017, ICC-ASP/16/Res.3; ASP, *ASP 16th Session – Report of the Chair of the working group of the Bureau on the implementation of Article 97 of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 22 November 2017, ICC-ASP/16/29, para. 4.

⁹⁷ Dissenting Opinion, para. 242.

⁹⁸ J. O'DONOHUE, *The ICC and the ASP*, in C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of International Criminal Court*, cit., 105.

⁹⁹ G. SLUITER, T. TALONTSI, *Credible and Authoritative Enforcement*, cit., 105.

against non-complying States was discharged by the Registrar, at first. Yet, from the *Malawi* decision onwards, transmission to the Security Council has been entrusted to the ICC's President: such a change «adds significant political weight to the legal finding and elevates it from an administrative task»¹⁰⁰. As it is well known, however, so far the Security Council has never adopted measures following an ICC decision to refer to it the matter of non-compliance by Sudan or Libya either. The only reaction by the Security Council was the Presidential Statement¹⁰¹, in response to the report of the Prosecutor pursuant to UNSC Resolution 1593¹⁰². Yet, it simply restated Sudan's obligation to cooperate. A new and more official channel of communication could be created between the Court and the Council and, when States fail to cooperate with the ICC, the Council should include official statements in its resolutions and adopt either political or economic sanctions. Even though three permanent members are not parties to the ICC Statute, generally speaking States have not followed a consistent approach in their relations with the Court. To the extent that hostility towards the latter mainly depends on politics, nothing impedes that hostility turns into a more cooperative stance in the event of a more conducive political context.

On its side, the ASP may condemn failures to cooperate through a formal response procedure and an informal one. As stated by the Bureau, the following two scenarios may require action by the Assembly: where the Court has referred a matter of non-cooperation under Art. 87 of the Rome Statute and, exceptionally, a scenario where the Court has yet to refer a matter of non-cooperation to the Assembly, but there are reasons to believe that a specific and serious incident of non-cooperation, including in respect of a request for arrest and surrender of a person, is about to occur or is currently on-going and urgent action by the Assembly may help bring about cooperation¹⁰³. The first scenario requires a formal response which mainly consists of a Bureau meeting, open letters from the President of the Assembly to the requested State¹⁰⁴, a preliminary discussion with a representative of the requested State and a report by the Bureau on action

¹⁰⁰ O. BEKOU, *Dealing with Non-cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach*, in *International Criminal Law Review*, 2019, 911 ff., 923.

¹⁰¹ United Nations Organization, UNSC Presidential Statement, Reports of the Secretary-General on the Sudan, 16 June 2008, UN Doc. S/PRST/2008/21.

¹⁰² ICC, Office of the Prosecutor (ICC-OTP), *Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UN Security Council Resolution 1593 (2005)*, 5 December 2007, available online.

¹⁰³ ASP, Res. ICC-ASP/17/Res.5, *Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties*, adopted at the 13th plenary meeting, on 12 December 2018, by consensus, para. 7. Annex II specifically concerns the formal and informal procedures.

¹⁰⁴ *Ibidem*, para. 14(a). The President of the Assembly should send a copy of the letter to all States Parties, encouraging them to raise the matter with the requested State, as appropriate (*ibidem*, para. 14(b)).

taken¹⁰⁵. Contrariwise, the second scenario needs an urgent, but entirely informal response at the diplomatic and political levels, which is carried out in accordance with the «[t]oolkit for the implementation of the informal dimension of the Assembly procedures relating to non-cooperation»¹⁰⁶.

Indeed, these procedures reflect the Assembly's efforts to support the effectiveness of the Rome Statute by deploying political and diplomatic efforts, which do not replace the judicial determinations of the Court. The informal procedure – as drawn in the toolkit – is mainly based on the use of the good offices of the President of the Assembly and the regional non-cooperation focal points, which are chosen by the Bureau year by year among the States Parties to the ICC Statute in order to assist the President in his or her good offices¹⁰⁷. The President may request the regional non-cooperation focal points to provide assistance in the interaction with the concerned States. In fulfilling this task, the regional focal points should engage with officials from the requested State, representatives of the Court and other relevant stakeholders. In order to ensure that such measures are effective, the ASP should take them in a timely manner by relying on an effective channel of communication between its bureau and the focal points, the presidency of the Court and the Office of the Prosecutor. Moreover, open letters or notifications to non-complying States should not limit themselves to reminding the latter of the general cooperation obligations, but draw the specific effects deriving from continued non-compliance¹⁰⁸. In this way, an interaction process would be initiated with the Court, where appropriate, informally and directly with officials from the requested State and other relevant stakeholders: the aim of this process is «to raise awareness of the issue and to promote full cooperation while that would still be possible, but not to make findings of judicial nature, which is the sole prerogative of the Court»¹⁰⁹.

The latter point deserves the utmost attention. Indeed, it is to be noted that ASP reports mention discrepancies in the Chamber's decisions, including an instance of non-arrest of Al-Bashir by Chad in 2014 where no

¹⁰⁵ It is to be noted that, provided the next session of the Assembly is scheduled to take place more than three months after the Bureau meeting, the Bureau could request the New York Working Group to hold a public meeting on the matter to allow for an open dialogue with the requested State (*ibidem*, para. 14(d)).

¹⁰⁶ Res. ICC-ASP/17/Res.5, cit., Addendum II, paras 16 ff.

¹⁰⁷ *Ibidem*, paras 7 and 17. The Bureau should appoint four, or, if so requested by the President, five focal points on the basis of the principle of equitable geographical representation.

¹⁰⁸ D. AKANDE, T. DE SOUZA DIAS, *How the UNSC and ASP Can Enhance Cooperation*, cit., 7. In this regard, the academic debate has so far proposed temporary increase in contribution, temporary loss of voting rights in the ASP through an extensive use of Art. 112(8) of the ICC Statute or temporary loss of right to submit candidates for judicial vacancies: see G. SLUITER, S. TALONTSI, *Credible and Authoritative Enforcement*, cit., 109.

¹⁰⁹ Res. ICC-ASP/17/Res.5, cit., Addendum II, para. 20.

decision was made under Art. 87 of the ICC Statute. More generally, some authors highlighted how the question of immunities of sitting Heads of State remains unsettled among the States Parties to the Statute within the ASP. That seems to show some form of undue continuation of the Art. 87(7) procedure which, as to the legal findings, terminates in the Court's decision¹¹⁰. Nonetheless, without binding the Court or otherwise limiting its independence, the ASP, as the body in which all States Parties to the Statute are represented, might adopt interpretative resolutions of the Statute which, under certain conditions and according to Art. 31(2) and (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, could be relevant for the Court's work of interpretation¹¹¹.

Bearing in mind the above delineated legal framework as a whole (the Court, the ASP and the UNSC), we consider it quite appropriately to recall the comment by legal literature according to which «[a]t the core of the Court's stumbling in the pursuance of its objective to put an end to impunity are some of the policy choices of its organs»¹¹². In our view, both the main features of the mechanism laid down in Art. 87(7) of the ICC Statute and the Court's interpretation and application of this provision shed light on the real nature of the ICC power to make a formal finding of failures by States Parties to the Statute and to refer the matter of non-compliance to the ASP and/or the UNSC.

Indeed, Art. 87(7) measures, more than a mere judicial finding or settlement of an ongoing dispute, fall within the category of effects which, according to Art. 48 of the ILC Draft Articles on State responsibility¹¹³, stem from unlawful conducts of States Parties violating the Statute's obligations to cooperate. According to cited Art. 48(1), «[a]ny State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State (...) if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group (...)». Moreover, Art. 48(2) states that «Any State entitled to invoke responsibility (...) may claim from the responsible State: (a) cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition (...)». As the ILC Commentary to the Draft clarifies, «invocation should be understood as taking measures of a relatively formal character, for example,

¹¹⁰ G. SLUITER, S. TALONTSI, *Credible and Authoritative Enforcement*, cit., 107, 109.

¹¹¹ As far as the crime of aggression is concerned, see ASP, Res. ICC-ASP/16/Res.5, *Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression*, 14 December 2017.

¹¹² A. CIAMPI, *Legal*, cit., 46.

¹¹³ Art. 48 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session in 2001. Art. 48 is contained in the third part concerning the implementation of the international responsibility of a State and, specifically in the first chapter of such a part, which regulates the invocation of responsibility of a State.

the raising or presentation of a claim against another State or the commencement of proceedings before an international court or tribunal»¹¹⁴.

When making a judicial finding with or without the following referral, the Court really acts in a centralized way on behalf of all States Parties to the Rome Statute in order to «invoke the responsibility of the State» which does not comply with its obligations of cooperation. Its power is discretionary, as Art. 48 provides for (the non-injured State «is entitled» and «may claim»), and it should be exercised when the aim to foster cooperation might be effectively pursued: this implies an inherent character of adequacy and proportionality in the choice to make a formal finding and a referral to the ASP and/or the UNSC, as it is in the nature of a claim under Art. 48, which seeks both «cessation of the wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition». When the Court concluded that the non-complying State has otherwise assured or guaranteed non-repetition, it decided not to refer the issue to the ASP and the UNSC, as the Trial Chamber did in the case against South Africa or the Appeals Chamber stated in the case against Jordan. On the other side, to the extent that a referral seeks to involve «external actors» to the Court, the seriousness of the breach has been constantly taken into consideration. Thus, referral is a measure which further strengthens the weight of the formal finding of failures by States Parties: it means the last stage in the Court's invocation of responsibility.

However, the realm of the Court remains that of an independent and impartial organ which is able «to invoke» by finding a breach of the obligations to cooperate bearing upon the States Parties to the Statute and refer them to the «external actors». It is after such a stage that the properly political process should start throughout the intervention of the UNSC and the ASP. In this regard, given the political and bureaucratic obstacles undermining the answer's effectiveness by the ASP and the UNSC (when an answer exists), one may argue that, in the Appeals Chamber's perspective, it has been more important to clearly settle the question of immunity of Heads of States by resorting to customary international law than to refer Jordan to the ASP and the UNSC.

9. The international community welcomed the announce of the willingness by the new Sudanese Government to surrender to the ICC former President Al-Bashir¹¹⁵. In this regard, it is to be noted that, in its last report to the UNSC on 10th June 2020, the Office of the Prosecutor strongly enlightened the possibility of a new era for cooperation in order to put an end to impunity of those who perpetrated heinous international crimes in

¹¹⁴ See the commentary under Art. 42 of the Draft Articles, in *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, 117.

¹¹⁵ A. DE WAAL, *Omar al-Bashir: Will Genocide Charge Against Sudan's Ex-president Stick?*, in *BBC News*, 14 February 2020.

Darfur¹¹⁶. Welcoming the Juba Peace Agreement, signed on 3 October 2020 between the Sudan Transitional Government and the Sudan Revolutionary Front and other movements, the ICC Prosecutor, Ms. Bensouda, lauded the accord's focus on cooperation with the ICC, including on the appearance of those wanted by it. In the month, Ms. Bensouda's Office was able to lead its first mission to Sudan in 13 years. The mission presented an opportunity to hear directly from the Sudanese authorities about their plans for cooperation with the Court and their commitment to accountability and justice for the people of Darfur¹¹⁷. It is in the light of this difficult but progressive movement towards greater accountability for atrocity crimes that the entire process of development in the legal argumentation around Al-Bashir's immunity has to be read, from the *Chad/Malawi* decisions until the reconstruction made by the Appeals Chamber: taken as a whole, it indicates an aspiration to reach certainty in the field of cooperation within international criminal law.

The principle of legal certainty permeates the overall system of international law, as all the other legal systems, under two main variations: formal legal certainty and substantial legal certainty¹¹⁸. While the former is fundamentally rooted in the positivist concept of predictability and its cornerstone is constituted by coherent theories of sources of law¹¹⁹, the latter interprets legal certainty as the final persuasiveness of the legal argumentation resulting in juridical deliberations whose first and most conspicuous expression lies in the decisions adopted by the judiciary¹²⁰. In this last perspective, sources of international law, as listed in Art. 38 of the ICJ Statute or in Art. 21 of the ICC Statute, can be invoked in articulating a more comprehensive strategy of argumentation.

At first glance, in the subject matter of immunity from jurisdiction, the ICC followed the path of formal legal certainty. Indeed, in all the interpretive avenues leading to the denial of Al-Bashir's immunity, the Court seemingly applied sources of international law in the purest positivist-fashioned style: namely, its own Statute, interpreted in the light of the UN Charter, the Genocide Convention and customary international law as well.

¹¹⁶ *Thirty-first Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, 10 June 2020. On the other hand, on June 9, 2020, one suspect, Ali Kosheib, surrendered himself to the ICC in the Central African Republic. This was a landmark development toward justice for victims of government-backed atrocities committed in Darfur. The confirmation of his charges, originally scheduled for 7 December, was postponed to 22 February 2021. However, due to challenges arising from the COVID-19 pandemic, a request was made to push the confirmation hearing to 31 May 2021.

¹¹⁷ See the press release of the video-teleconference meeting, held on December 10, 2020, between the ICC Prosecutor and the Security Council, available online.

¹¹⁸ E. SAVARESE, *Certezza del diritto*, cit., 317-329.

¹¹⁹ *Ibidem*, 175-178.

¹²⁰ *Ibidem*, 315-316.

It is our opinion, however, that the recourse to the UNSC resolutions' effects constituted an argumentative technique, whose aim was more to obtain persuasiveness in the specific case (substantial legal certainty) than to ensure predictability in the judicial application of the relevant sources of international law (formal legal certainty). By invoking Art. 25 of the UN Charter and the binding force of SC resolutions as well, the ICC availed of a powerfully convincing panoply of ideas, namely the maintenance of peace and security by the SC *through* the end of impunity for the crimes committed in Darfur. In other words, the political intervention by the universal international organization *par excellence*, in the pursuit of foundational common values of the international community, would necessarily implicate denial of personal immunity belonging to the then Sudanese Head of State. The fact that this line of reasoning is more persuasive is shown by one of the decisive factors to appreciate substantial legal certainty, namely the degree of acceptability of it demonstrated by the *audiences* of the ICC decisions: States and, specifically, non-Parties States, international organizations, and the large majority of influential scholarly writings.

Contrariwise, the argumentative tool relying upon customary international law seeks to strengthen predictability of the ICC decisions *beyond* the UNSC involvement, on the basis of the proper identification, interpretation and application of legal norms in the Statute and in the general framework of customary international law. At the risk of undermining the immediate acceptability of the Appeals Chamber's position, the source of law discourse serves the purpose of presenting the ICC image as one of a court which operates within a legal system resting on legal certainty in the formal and classical sense. And, in this perspective, to the extent that the process of identification is rigorously carried out, the most pervasive legal device is and remains customary international law.

Such a perspective emerges from the global position of the Appeals Chamber: a) albeit confirming that the UNSC resolutions' effects represent a legally correct argumentative tool in order to deny immunity, the Judgment indicated customary international law as the first legal foundation of the ICC power to request Al-Bashir's arrest; b) differently from the reasons hastily stated by the PCT in *Malawi*, the Appeals Chamber assigned to the Joint Concurring Opinion the task of eviscerating the question of immunity within the law of cooperation in criminal international law; c) the Joint Concurring Opinion placed the legal discourse of customary international law in the broader context of a systemic insight into the comprehensive coherence of international law. It is certainly remarkable that the Fifth Report of the ILC Special Rapporteur on immunity of State officials shares such a methodological path to support the view that a clear trend exists towards an emerging custom, according to which the commission of international

crimes may be considered a limitation or exception to State immunity from foreign criminal jurisdiction¹²¹.

At a certain point, however, the Appeals Chamber worried about *the acceptability* of its final word over Al-Bashir's immunity on the basis of the argumentative tool of customary international law. Indeed, it sought to reach a balancing between the strong assertion of customary international law as the legal foundation for the arrest of Al-Bashir, and the foreseeable negative reaction by the AU and a part of legal literature as well¹²². The balancing was achieved by deciding not to refer Jordan to the ASP and the UNSC.

It is noteworthy how such an outcome was justified by means of two related arguments, namely that: i) Jordan effectively started the consultation process with the Court under Art. 97 and, ii) the failure of the latter depended on the lack of timely answer by the PCT. Herein, we are faced with the very unusual situation where it is the court machinery that assumes an exclusive responsibility in order to relieve the burden of non-cooperation on the shoulders of the party to the judicial proceedings. Our latter ironical (but not excessively so) note reveals that PCT I ended up playing the role of a scapegoat serving the purpose of counterbalancing the Appeals Chamber choice to staunchly favour customary international law as the main legal basis for denying Al-Bashir personal immunity. In this perspective, the decision not to refer Jordan to the ASP or the UNSC could be interpreted, within the overall argumentative architecture of the Appeals Chamber judgment, as a way to strengthen its acceptability by the international community as a whole and, specifically, by the African States. One should take into consideration that, at the time of the Appeals Chamber's judgement, Sudan had a new government which was starting to show a more cooperative attitude towards the ICC. Furthermore, the limited scope of the UNSC and ASP possible interventions probably led the Appeals Chamber to concentrate its effort on the *invocation* of Jordan's international responsibility in the light of customary international law. And, bearing in mind such a *check and balance* decisional process, one can understand the Dissenting Opinion's critical reference to the possible relevance of «political arguments»¹²³. Nonetheless, it is the proper nature of the mechanism drawn

¹²¹ *Fifth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, 14 June 2016, A/CN.4/701, paras 188-189 and 190 ff.

¹²² Not only the AU, but also part of legal literature urges the ICJ's intervention through an advisory opinion. See S. NOUWEN, *Return to Sender: Let the International Court of Justice Justify or Qualify International-Criminal-Court Exceptionalism Regarding Personal Immunities*, in *Cambridge Law Journal*, 2019, 596 ff. On the other hand, one of the negative reactions by the African States was the amendment of the African Court of Justice and Human Rights' Statute, which was contained in the *Malabo Protocol* (Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, Art. 46A bis, EX.CL/846(XXV), May 2014).

¹²³ ICC, Appeals Chamber (*Jordan*), cit., para. 158.

by Art. 87(7) that allows the physiological interrelationship between legal assessments and political evaluations.

ABSTRACT

*Immunity of Heads of State from Arrest and State Cooperation:
The Development of the ICC Argumentative Approach under Article 87
of the Rome Statute in the Al-Bashir Case*

The decision adopted by the ICC Appeals Chamber against Jordan under Art. 87(7) of the Statute and the events occurred in the field of cooperation between the ICC and Sudan, taken as a whole, show a strong interrelationship between the law of sovereign immunities and the law of judicial cooperation in the fight against impunity. The first aim of this paper lies in a proper survey and analysis of the legal tools which led the Appeals Chamber to authoritatively state that, according to customary international law, Heads of State do not enjoy any immunity from arrest when it is the ICC task to prosecute international crimes. Secondly, this paper seeks to demonstrate that the weight of customary international law has been counterbalanced by the decision (at majority) not to refer Jordan, as non-complying State, to the Assembly of States Parties (ASP) or the UN Security Council. In this perspective, the overall architecture of Part IX of the ICC Statute and, specifically, both the content and the scope of Art. 87(7) of the Statute should be taken into due account. According to the latter mechanism, the Court has the discretionary power to decide whether a State Party failed to fulfil the obligations to cooperate and to refer this State to the ASP and/or to the UNSC. It is the author's view that, because of the uncertainties of the political phase in the cooperation process (in the hands of the ASP and/or the UNSC), the ICC may have preferred to base its conclusions regarding immunity from arrest on customary international law, in terms of legal certainty, at the cost of sparing Jordan the referral to the ASP and the UNSC.

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

NAZIONI UNITE

Consiglio di Sicurezza
(ottobre-dicembre 2020)

1. *Considerazioni introduttive.* – Nel trimestre in esame il Consiglio di Sicurezza ha continuato la sua attività di rinnovo delle operazioni di *peacekeeping*, di missioni di osservazione, delle autorizzazioni alle forze multinazionali, delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti ed individui e di meccanismi istituiti sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite o al di fuori di esso. Inoltre è tornato sulla situazione sempre più deteriorata della Somalia e ha adottato risoluzioni riguardanti la Libia, il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, le misure per contrastare le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali apportate dagli atti terroristici e l'azione di *peacebuilding* e di sostegno alla pace dell'Organizzazione.

2. *Il rinnovo dei mandati delle peacekeeping operations, di missioni di osservazione e di altri meccanismi.* – Il Consiglio di Sicurezza, nel periodo in esame, ha adottato alcune misure per consentire il prosieguo di azioni già intraprese nel quadro di operazioni di *peacekeeping*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi. Le risoluzioni ricomprese in questo ambito, non tutte adottate all'unanimità, sono: (a) la 2547 del 25 ottobre con cui ha deciso di estendere fino al 15 ottobre 2021 il mandato dell'*Ufficio integrato delle Nazioni Unite a Haiti* (BINUH) presieduto dal Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite¹; (b) la 2548 del 30 ottobre, adottata con due astensioni, che ha esteso il mandato della *Missione delle Nazioni Unite per il referendum nel Sahara Occidentale* (MINURSO) fino al 31 ottobre 2021; (c) la 2555 del 18 dicembre che ha prorogato il mandato della *Forza di disimpegno degli osservatori delle Nazioni Unite* (UNDOF) fino al 30 giugno 2021; (d) la 2559, approvata il 22 dicembre, che ha esteso il mandato della *Missione ibrida*

¹ Da segnalare le astensioni di Cina e Russia, per diverse ragioni: la prima è quella per cui la risoluzione non sarebbe riuscita a rispondere alla terribile situazione di Haiti, ulteriormente peggiorata secondo il rapporto dello stesso Segretario generale (S/2020/944). Secondo il delegato cinese il Consiglio, adottando una semplice risoluzione tecnica di rinnovo, non è riuscito a dimostrare l'importanza riguardante la triste situazione di Haiti, non ha soddisfatto le preoccupazioni dei paesi della regione e non è riuscito ad essere all'altezza delle sue responsabilità; la seconda ragione è prettamente procedurale, dal momento che il delegato cinese si è lamentato dello scarso coinvolgimento della Cina nella stesura del progetto di risoluzione, che non ha tenuto conto delle sue «constructive views».

di pace *Unione Africana-Nazioni Unite in Darfur* (UNAMID) fino al 31 dicembre 2020 e contestualmente ha chiesto al Segretario generale di iniziare il ritiro del personale a partire dal 1° gennaio 2021 per poi completarlo entro il 30 giugno 2021.

3. *Il rinnovo dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui.* – Nel periodo considerato, il Consiglio di Sicurezza ha provveduto a rinnovare i mandati di meccanismi e operazioni di *peacekeeping* istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Le risoluzioni di riferimento – non tutte adottate tutte all'unanimità – sono: (a) la 2549 del 5 novembre che ha prorogato di dodici mesi l'autorizzazione data agli Stati membri parti di EUFOR ALTHEA (forza di stabilizzazione multinazionale dell'Unione europea) operativa in Bosnia-Erzegovina al fine di attuare l'accordo di pace e di dodici mesi l'autorizzazione agli Stati membri che agiscono attraverso o in cooperazione con la NATO di continuare a mantenere il Quartier generale di questa organizzazione con lo scopo di proseguire il sostegno all'attuazione dell'accordo di pace in cooperazione con la missione dell'Ue²; (b) la 2550 del 12 novembre che ha prorogato il mandato della *Forza di sicurezza interinale delle Nazioni Unite per Abyei* (UNISFA) fino al 15 maggio 2021; (c) la 2552 del 12 novembre che ha esteso il mandato della *Missione multidimensionale integrata delle Nazioni Unite per la stabilizzazione nella Repubblica Centrafricana* (MINUSCA) fino al 15 novembre 2021; (d) la 2556 del 18 dicembre, adottata con l'astensione della Russia³, che ha prorogato il mandato della *Missione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite di stabilizzazione nella Repubblica Democratica del Congo* (MONUSCO) fino al 20 dicembre 2021⁴.

4. *La Libia, la tratta di esseri umani e il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.* – Il Consiglio di Sicurezza, con risoluzione 2546 del 2 ottobre ha esteso per altri dodici mesi le misure per salvare le vite umane nel mar Mediterraneo e quelle di contrasto alla tratta di esseri umani di cui rimangono vittima i migranti. A tal proposito, se si ha il sospetto che una imbarcazione è utilizzata per compiere quest'ultimo reato, gli Stati membri sono autorizzati a compiere ispezioni nelle acque internazionali al largo della costa libica e a operare il sequestro del natante nel caso in cui sia confermato il suo utilizzo per il traffico di migranti o la tratta di esseri umani da Libia. Infine, a tutela di tutti gli interessi in gioco, il Consiglio statuisce che gli Stati membri che compiono tali operazioni

² La risoluzione, in linea con le precedenti, specifica che gli Stati che compongono la forza militare dell'Ue e della NATO sono autorizzati a prendere tutte le misure necessarie per difendersi da eventuali attacchi o minacce di attacco e per garantire il rispetto delle norme e delle procedure relative al comando e al controllo dello spazio aereo bosniaco nel rispetto del traffico aereo civile e militare.

³ Il delegato russo ha motivato l'astensione incentrando i rilievi critici sulla nuova formulazione dei paragrafi della risoluzione riguardanti l'assistenza umanitaria internazionale proposta dagli estensori della bozza, che diluisce i principi guida delle Nazioni Unite contenuti nella risoluzione 46/182 dell'Assemblea generale, considerati come l'unica base universale per il lavoro di tutte le organizzazioni umanitarie internazionali e i donatori.

⁴ I Quindici inoltre, seguendo la proposta formulata dal Segretario generale delle Nazioni Unite, ha fissato il limite massimo di truppe autorizzate in 14.000 membri del personale militare, 660 osservatori militari e ufficiali del personale, 591 membri del personale di polizia e 1.050 membri del personale delle unità di polizia formate.

devono tenere informati gli Stati di bandiera delle azioni intraprese riguardo alle loro navi e invita gli Stati di bandiera che ricevono tali richieste a esaminarle e a rispondervi in modo rapido e tempestivo.

5. *Il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.* – Il Consiglio, il 3 dicembre, ha altresì adottato all'unanimità la risoluzione 2553 riguardante il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. A tal fine ha posto l'attenzione sulla centralità del settore della sicurezza in quegli Stati più esposti a instabilità, conflitti, tensioni e minacce alla pace e alla sicurezza e ha evidenziato l'importanza di una sua riforma, a partire dal ruolo delle *peacekeeping operations* e delle missioni politiche speciali sotto l'egida delle Nazioni Unite, dal coinvolgimento delle donne e dei giovani e dalla tutela effettiva dei minori, dalla prevenzione e dalla repressione delle violazioni dei diritti umani e dal rilievo che deve assumere sempre di più la cooperazione tra Stati membri e istituzioni e agenzie dell'ONU, oltreché le organizzazioni regionali e subregionali. Infine ha chiesto al Segretario generale di considerare di intraprendere determinate azioni per favorire una sempre maggiore efficacia dell'Organizzazione nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Tra le tante, si ricorda il rafforzamento di un approccio globale, integrato e coerente delle Nazioni Unite nella riforma del settore della sicurezza, l'incorporazione della governance e della riforma di tale settore nella partnership strategica con l'Unione africana, il coinvolgimento pieno e fattivo dei Rappresentanti speciali e degli Inviati speciali del Segretario generale nella riforma del settore della sicurezza e il consolidamento di quest'ultima nei mandati delle operazioni di *peacekeeping* e delle missioni politiche speciali.

6. *L'azione di peacebuilding e di sostegno alla pace delle Nazioni Unite.* – Il 21 dicembre il Consiglio di sicurezza ha adottato all'unanimità la risoluzione 2558 riguardante il *peacebuilding* e il sostegno alla pace, attività centrale dell'azione dell'Organizzazione. Dopo aver accolto con favore i progressi fatti dagli Stati membri nell'attuazione delle risoluzioni riguardanti tale tematica, anche attraverso gli organismi intergovernativi pertinenti e l'intero sistema delle Nazioni Unite, e dopo essersi compiaciuto in particolare per l'importante ruolo svolto dalla *Peacebuilding Commission*, il Consiglio ha però evidenziato come il finanziamento del *peacebuilding* continui a rimanere «a critical challenge», tanto da indurre l'Assemblea Generale a pensare a una convocazione di un meeting ad alto livello in occasione della sua 74a sessione che metta al centro la questione del finanziamento adeguato e prevedibile per l'attività di *peacebuilding*. Infine il Consiglio ha auspicato una revisione globale del *peacebuilding* delle Nazioni Unite nel 2025, da verificare prima con una relazione intermedia del Segretario generale nel 2022 e poi con una dettagliata nel 2024.

7. *La situazione in Somalia: lotta alla pirateria, misure sanzionatorie e rinnovo dei mandati di taluni meccanismi.* – Il Consiglio, nel periodo in parola, ha adottato due risoluzioni per fronteggiare la drammatica situazione in Somalia, Paese attanagliato da una pluralità di problemi che sembrano non avere soluzione. La prima risoluzione, approvata ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, è la 2551 del 12 novembre che innanzitutto, «for the purposes of establishing peace and stability in Somalia», ha riaffermato che gli Stati devono continuare ad

attuare un generale e completo embargo sulle armi fino a quando il Consiglio di Sicurezza non deciderà altrimenti, tranne ovviamente nei confronti delle Forze di sicurezza nazionale somale e in generale delle istituzioni afferenti il settore della sicurezza. Disposizioni vincolanti sono previste anche per la fornitura alle Forze di sicurezza nazionale somale di articoli, equipaggiamenti e componenti relativi ai dispositivi esplosivi improvvisati (elencati in tre allegati alla presente risoluzione), che devono essere sempre richiesti e forniti solamente previa autorizzazione da parte del Comitato delle sanzioni. Inoltre i Quindici hanno riaffermato la loro decisione di vietare l'importazione e l'esportazione di carbone somalo e rinnovato fino al 15 novembre 2021 le misure di contrasto a tale commercio come l'ispezione, da parte degli Stati membri, nelle acque territoriali somale e nelle acque internazionali al largo della costa somala, includendo il Mar Arabico e il Golfo Persico, delle navi dirette a o dalla Somalia di cui hanno ragionevoli motivi per ritenere che siano coinvolte nel trasporto di carbone dalla Somalia. In aggiunta, il Consiglio ha deciso che tutti gli Stati dovranno prevenire la vendita, la fornitura o il trasferimento, diretti o indiretti, di taluni componenti di dispositivi esplosivi improvvisati (elencati nella parte I dell'allegato C della risoluzione), sempre più utilizzati dal gruppo terroristico al-Shabaab per compiere attentati⁵. Infine la risoluzione ha rinnovato fino al 15 dicembre 2021 il mandato del Panel di esperti sulla Somalia.

La seconda è la 2554 del 4 dicembre 2020, che, dopo aver ricordato gli sforzi della Comunità internazionale per sostenere le autorità somale nella lotta alla pirateria, ha rinnovato di altri dodici mesi le autorizzazioni a Stati e organizzazioni internazionali (tra cui l'Unione europea) a entrare nelle acque territoriali somale al fine di reprimere con tutti i mezzi necessari gli atti di pirateria, in conformità con le norme di diritto internazionale e in cooperazione con le autorità somale.

8. Misure per contrastare le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali derivanti dagli atti terroristici. – Il Consiglio di Sicurezza, nel trimestre in esame, ha adottato due risoluzioni che si occupano delle misure da mettere in campo per contrastare le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali apportate da organizzazioni e gruppi terroristici. La prima è la risoluzione 2557 approvata sulla base del Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite il 18 dicembre e riguarda in particolare la situazione di instabilità e insicurezza dell'Afghanistan, in cui operano ancora i Talebani e alcuni loro gruppi affiliati come il Network Haqqani, ma anche al-Qaeda, l'ISIL e i loro relativi affiliati. I Quindici, pertanto, hanno deciso che tutti gli Stati dovranno continuare a prendere le misure stabilite con risoluzione 2255, ossia il congelamento dei beni, il divieto di viaggi, spostamenti e transito e il divieto di fornitura, vendita e trasferimento di armi a individui ed entità designati dal Comitato delle sanzioni precedentemente alla data di adozione della risoluzione 1988 (2011) come Talebani e relativi individui, entità, imprese e gruppi ad essi affiliati poiché costituiscono una minaccia alla pace, alla stabilità e alla sicurezza dell'Afghanistan. Inoltre il Consiglio ha deciso che, al fine di assistere il Comitato

⁵ 1. Materiali esplosivi di seguito indicati e miscele contenenti uno o più di questi: a) Nitrocellulose (containing more than 12.5% nitrogen w/w); b) Trinitrophenylmethylnitramine (tetryl); c) Nitroglycerin (except when packaged/prepared in individual medicinal doses); 2. Merci correlate agli esplosivi: a) Apparecchiature e dispositivi appositamente progettati per innescare esplosivi con mezzi elettrici o non elettrici, ad esempio detonatori, accenditori, corda di detonazione; 3. "Tecnologia" necessaria per la "produzione" o "utilizzo" degli articoli elencati ai parr. 1 e 2.

delle sanzioni nella realizzazione del suo mandato, l'*Analytical Support and Sanctions Monitoring Team* istituito con risoluzione 1526 (2004) dovrà continuare a sostenere il Comitato delle sanzioni per un periodo di dodici mesi a partire da dicembre 2020 secondo il mandato fissato dall'allegato della risoluzione in commento⁶. La seconda risoluzione è la 2560 del 29 dicembre ed è attinente la minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali rappresentata dall'attività terroristica di organizzazioni quali ISIL e al-Qaeda. A differenza della prima non è stata adottata in base al Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite e continua ad incoraggiare gli Stati membri a sottoporre più attivamente al Comitato delle sanzioni le richieste di elenchi relativi a individui, gruppi, imprese ed entità che soddisfano i criteri di inserimento nell'elenco stabilito al paragrafo 2 della risoluzione 2368 (2017), ossia la partecipazione al finanziamento, alla pianificazione, all'agevolazione, alla preparazione o alla realizzazione di atti o attività da parte di, in associazione con, sotto il nome di, per conto di o a sostegno dell'ISIL e di al-Qaeda, la fornitura, a queste due organizzazioni, la vendita o il trasferimento di armi e materiale connesso e infine il reclutamento o il sostegno ad atti o attività di al-Qaeda, ISIL o qualsiasi cellula, gruppo scissionista o derivato da essi. Questo al fine di presentare al Comitato ulteriori informazioni identificative e altre informazioni utili a mantenere affidabile e aggiornato l'elenco delle sanzioni destinate all'ISIL e ad Al-Qaeda.

LUIGI D'ETTORRE

⁶ L'allegato è composto da molti punti che dettagliano i compiti che il Monitoring Team deve svolgere sotto la direzione del Comitato delle sanzioni. Nell'impossibilità di riportarli tutti ci si limita ad alcuni paradigmatici, come ad esempio la presentazione al Comitato di una relazione annuale globale e indipendente sull'attuazione da parte degli Stati membri delle misure sanzionatorie nei confronti delle persone fisiche e giuridiche inserite nella lista delle sanzioni, oppure l'assistenza al Comitato nella revisione periodica dei nomi da inserire e mantenere in tale lista o ancora la consulenza di tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella situazione dell'Afghanistan, dal suo governo, agli Stati membri, alla peacekeeping operation dispiegata in quel Paese, fino alle organizzazioni internazionali pertinenti e ai rappresentanti del settore privato e a tutte le agenzie delle Nazioni Unite al fine di accrescere la consapevolezza intorno all'importanza delle sanzioni e alla loro puntuale attuazione.

RECENSIONI

G. PERONI, *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. xv-406.

Il volume che recensiamo, pubblicato nel 2020 per i tipi della Giuffrè Francis Lefebvre, si occupa di inquadrare il delicato tema della stabilità economica (in varie accezioni) come valore dell'ordinamento internazionale e di metterlo a sistema con quello, altrettanto complesso e centrale, dello sviluppo sostenibile, e in particolare con i *Sustainable development goals* della Agenda 2030.

L'ampia trattazione è ripartita in quattro Capitoli: il primo inquadra il tema della stabilità economica nel contesto del neoliberismo istituzionalizzato; il secondo si concentra sui profili soggettivi dell'analisi, e in particolare sugli attori coinvolti nella costruzione e nel perseguimento di tale stabilità; il terzo individua, sotto il profilo oggettivo, gli strumenti utilizzati da organizzazioni internazionali (in particolare il Fondo monetario internazionale, l'Organizzazione mondiale del commercio, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), nonché soggetti "informali"¹ e di più difficile inquadramento nell'ordinamento internazionale come il *Financial Stability Board* e il Comitato di Basilea, per arrivare infine all'Unione Europea e Stati per il perseguimento della stabilizzazione finanziaria e fiscale; mentre l'ultimo Capitolo si occupa di mettere a sistema il principio della stabilità con quello della sostenibilità nel contesto dei diritti economici e sociali.

La metodologia adottata dall'Autore, professore nell'Università di Milano, è quella di inserire la categoria concettuale della stabilità economica nel contesto del diritto internazionale dell'economia e di qualificarla come bene pubblico globale, il cui perseguimento rappresenta, quindi, un interesse comune per tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale, nonché per una serie di attori d'altra natura, come operatori economici privati, fondi di investimento, società di *rating*.

A tal fine l'Autore utilizza categorie giuridiche "tradizionali" del diritto internazionale, alle quali fa costantemente e consapevolmente riferimento, in particolare quelle relative al sistema delle fonti (ivi compresa quella, multiforme e spesso sfuggente, del *soft law*), ribadisce la perdurante centralità dello Stato, ed evidenzia anche come, al fine di tutelare o perseguire il bene della stabilità economica – la cui realizzazione costituisce anche precondizione per la tutela della *rule of law* – spesso gli Stati abbiano adottato, su sollecitazione delle organizzazioni internazionali competenti, meccanismi di stabilizzazione che, a causa delle strettissime condizionalità ivi previste, e delle logiche di *austerity*, hanno impattato in maniera molto gravosa sulla sicurezza sociale ed economica delle popolazioni interessate.

Ciò, evidentemente, solleva una serie di problemi di rispetto dei diritti fondamentali, in particolare di quelli economici e sociali (diritto al lavoro, alla

¹ Per tale definizione si vedano J. PAUWELYN, R.A. WESSEL, J. WOUTERS (Eds), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012.

salute, all'istruzione, tra gli altri), nonché, per altro verso, questioni legate alla limitazione della sovranità economica dei medesimi Stati.

Pertanto Peroni evidenzia come il pur necessario rispetto/perseguimento della stabilità economica non possa non andare di pari passo con una consapevole applicazione del principio del trattamento speciale e differenziale ("special and differential treatment", SDT), che solo consente di tener conto delle diverse esigenze che caratterizzano i Paesi industrializzati rispetto ai Paesi in via di sviluppo e a quelli meno industrializzati, principio che peraltro è uno dei cardini del sistema commerciale multilaterale. Ricordiamo, ad esempio, come da ultimo, l'8 febbraio 2021, il Presidente del Comitato su commercio e sviluppo dell'Organizzazione mondiale del commercio ne abbia sollecitato i Membri a fare tutti gli sforzi necessari per promuovere le forme di trattamento speciale per i PVS e, a tal fine, abbia invitato le delegazioni nazionali a dar prova di flessibilità e a cercare un approccio condiviso al negoziato in corso².

Secondo la ricostruzione dell'Autore, quindi, ci sarebbe bisogno di una graduazione degli interventi per la stabilità, che tenga conto dell'impatto degli stessi non solo sugli Stati in quanto tali e sulla loro sovranità, ma anche, e forse soprattutto, sulle popolazioni da questi amministrate, che valuti non solo il "feticcio" del prodotto interno lordo (che comunque non deve neppur essere oggetto di aprioristiche demonizzazioni), ma anche una serie di altre variabili economiche (e non solo), che consentano di apprezzare in maniera *complessiva* il benessere di una società.

L'Autore, comunque, prende le distanze da modelli utopistici come quello della cosiddetta "decrescita felice" ricordandoci, al contempo, come il principio dello sviluppo sostenibile rappresenti lo strumento giuridico più opportuno per prevenire nuovi crisi sistemiche e proteggere gli interessi e le aspettative delle generazioni future (tra i quali quello di non esser gravati di un enorme debito pubblico "cattivo", che cioè non persegue innovazione, investimenti, nuove politiche industriali).

Il volume, peraltro, si inserisce consapevolmente nel contesto del dibattito sui beni pubblici globali nell'ordinamento internazionale, che gli studiosi di diritto internazionale, a differenza degli studiosi di altre discipline, hanno iniziato a praticare da non moltissimo tempo³.

Per far ciò Giulio Peroni sviluppa una serie di considerazioni volte all'inquadramento giuridico della categoria, che viene affrontata a partire dall'ultimo paragrafo del primo Capitolo (p. 81 ss.): è appena il caso di ricordare come la letteratura, tradizionalmente, distingua fra beni pubblici globali "finali", tangibili o intangibili e beni pubblici globali "intermedi", nel senso di strumentali al raggiungimento di un obiettivo ulteriore, tra i quali vengono spesso annoverate strutture organizzative e regimi normativi internazionali⁴.

² Per un'analisi recente dell'approccio preferenziale, anche solo per ulteriori riferimenti bibliografici, ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *Gli accordi preferenziali dell'Unione europea e degli Stati Uniti tra frattali, TAPED, transplants e una tendenza alla reciprocità*, in G. ADINOLFI (Ed.), *Gli accordi preferenziali di ultima generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021.

³ Si veda, per una ricostruzione, N. KRISCH, *The Decay of Consent: International Law in an Age Of Global Public Goods*, in *American Journal of International Law*, 2014, 1 ss.

⁴ Per i due approcci v. I. KAUL, I. GRUNDBERG, M.A. STERN (Eds), *Global Public Goods. International Cooperation in The 21st Century*, New York/Oxford, 1999.

E la stabilità finanziaria è stata a volte inserita proprio tra i beni finali intangibili, in quanto dotata di caratteri che le conferiscono una elevata autonomia⁵: per Peroni beni siffatti, riguardando materie di *common concern* o di “interesse comune dell’Umanità” (p. 91) sarebbero disciplinati, nell’ordinamento internazionale, da obblighi *erga omnes* o, a seconda dei casi, *erga omnes partes*.

Nella medesima categoria, l’A. fa rientrare anche lo sviluppo sostenibile (p. 93), ricostruendo così il rapporto tra le due categorie in termini di concorrenza, piuttosto che di conflitto.

La rigorosa analisi giuridica condotta dall’autore, peraltro, non è mai scevra da una consapevolezza “sociale” (e, sotto il profilo economico, di taglio keynesiano) resa palese sin da uno degli *incipit* del volume, tratto da “La disobbedienza civile e altri saggi” di Hanna Arendt, consapevolezza che gli consente di declinarla in maniera attenta alla tutela dei diritti fondamentali – e in particolare di quelli economici e sociali delle persone governate da Stati che subiscono interventi per la tutela della stabilità finanziaria – pur restando, tutto lo studio, comunque concepito, condotto e sviluppato all’interno dei riferimenti culturali del diritto internazionale dell’economia di ispirazione neoliberista.

I temi affrontati nel volume, peraltro, dopo le crisi economiche e finanziarie verificatesi a partire dal 2008, risultano ancora, nel contesto pandemico, di particolare attualità, se si considera, tra gli altri, il *Recovery Fund* dell’Unione europea come un intervento volto a perseguire, tra gli altri, la stabilità economica.

Insomma, quello di Peroni è un libro la cui lettura riteniamo vada consigliata non solo agli studiosi e agli esperti di diritto internazionale dell’economia, per il suo approccio metodologico complessivo e per le interessanti soluzioni giuridiche adottate, ma anche, e in particolare per la chiarezza del linguaggio utilizzato che, però, non va mai a scapito della profondità dell’analisi, a quanti vogliano approcciarsi per la prima volta a un tema complesso e centrale nel diritto internazionale contemporaneo, che viene qui letto in maniera consapevole e responsabile.

Gianpaolo Maria Ruotolo

A. FRANCIA, L. TRAPASSI, *I rapporti giuridici fra lo Stato e la Chiesa in Germania.*

Lineamenti di diritto ecclesiastico, con il contributo di P. Parolin e C. Mirabelli, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 190.

Il presente volume ha il merito di offrire al pubblico la prima monografia in lingua italiana sui rapporti giuridici tra Stato e Chiesa in Germania. Come è noto, i saggi dedicati ai rapporti tra la Chiesa e un determinato Stato sono di norma pubblicati nella lingua di quest’ultimo e hanno una scarsa circolazione al di fuori dei confini nazionali. Gli Autori, Andrea Francia e Lorenzo Trapassi, forti dell’esperienza professionale maturata in Germania, rispettivamente presso la Nunziatura Apostolica e l’Ambasciata d’Italia a Berlino, forniscono un importante contributo

⁵ Dal canto nostro abbiamo condiviso questa qualificazione in G.M. RUOTOLO, *Il sistema dei nomi di dominio alla luce di alcune recenti tendenze dell’ordinamento internazionale*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2016, 53.

alla conoscenza del modello di cooperazione tra lo Stato e le Chiese – cattolica ed evangelica – all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco. La combinazione delle diverse sensibilità degli Autori con la loro esperienza diplomatica anima la ricostruzione del diritto ecclesiastico – quale disciplina dei rapporti fra poteri pubblici e confessioni religiose – vigente in Germania. La trattazione prende in esame in particolare la prassi concordataria che ha caratterizzato i rapporti tra la Chiesa cattolica e lo Stato tedesco nel Novecento, il contesto costituzionale e i principali istituti di diritto ecclesiastico, senza tralasciare i rapporti dello Stato tedesco con la Chiesa evangelica. Gli Autori avanzano una duplice tesi: sotto il profilo giuridico, il modello tedesco rappresenta un paradigma esemplare all'interno del panorama internazionale per via dei caratteri peculiari relativi alla storia politica e costituzionale della Germania; inoltre l'esperienza tedesca ha dato vita a un virtuoso esempio di successo nella cooperazione tra Stato e Chiesa, consentendo alle due Chiese presenti in Germania di integrarsi con successo nell'ordine pluralistico e liberale della società, fornendo fondamentali contributi di interesse pubblico in ambito sociale, educativo e caritatevole.

All'evoluzione del quadro costituzionale e della prassi concordataria lungo le principali fasi della storia tedesca sono dedicati i primi tre capitoli del volume. Gli Autori sottolineano la molteplicità delle connessioni tra Stato e Chiesa, frutto delle complesse vicende storiche e del carattere federale dello Stato. Le premesse della configurazione attuale dei rapporti Stato-Chiesa sono opportunamente individuate nella Costituzione di Weimar (1919) e nell'attività pattizia condotta nei decenni compresi tra i due conflitti mondiali, attività di cui gli Autori ripercorrono le tappe e ne analizzano le innovazioni giuridiche: il Concordato con lo Stato Libero di Baviera (1924), il Concordato con lo Stato Libero di Prussia (1929), il Concordato con lo Stato Libero di Baden (1932) e il *Reichskonkordat* (1933). Gli articoli della Costituzione di Weimar dedicati alle comunità religiose (artt. 135-141) consentirono il superamento definitivo della "Chiesa di Stato". La prima costituzione repubblicana tedesca introduceva i principi della libertà di coscienza e di culto, della mutua distinzione tra Stato e Chiesa, della loro collaborazione, della neutralità dello Stato davanti al fenomeno religioso e dello *status* delle comunità religiose quali soggetti di diritto pubblico. L'importanza delle innovazioni introdotte a Weimar è stata riconosciuta successivamente dalla Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca nel 1949: l'attuale Costituzione tedesca rinvia tramite l'art. 140 agli articoli 136, 137, 138, 139 e 141 della Costituzione weimariana disciplinando così parte preponderante delle fattispecie dell'attuale "diritto costituzionale della religione". All'interno dell'attuale ordinamento tedesco permane inoltre il *Reichskonkordat* del 1933, di cui gli Autori ripercorrono i principali contenuti e le vicende storiche sino al crollo del Terzo Reich e alla prosecuzione della sua validità nel dopoguerra (pp. 45-56).

All'interno del secondo capitolo, particolare attenzione è rivolta al diritto degli accordi e all'attività pattizia tra la Chiesa cattolica e i *Länder* nel corso della seconda metà del Novecento. Gli Autori sottolineano tre aspetti in relazione a tale attività: 1) il carattere internazionale degli accordi tra Chiesa cattolica e *Länder*, a differenza di quelli stipulati con le Chiese evangeliche, prive della personalità giuridica internazionale che è propria della Santa Sede; 2) la vivacità di tale attività pattizia (49 accordi conclusi con la Chiesa cattolica e 22 con le Chiese evangeliche) quale esempio del proficuo dinamismo mostrato dall'ordinamento federale della

Germania nel promuovere su più livelli la collaborazione con la Chiesa; 3) il dibattito sulla personalità giuridica internazionale dei *Länder* nell'ordinamento federale tedesco.

Ai principali istituti del diritto ecclesiastico sono dedicati i capitoli IV-VIII: il matrimonio, l'imposta ecclesiastica (*Kirchensteuer*) e le fonti di finanziamento della Chiesa, il diritto del lavoro e la cura pastorale all'interno delle forze armate. Gli Autori richiamano opportunamente l'attenzione sia sulla dimensione giuridica sia sui più ampi risvolti economici e sociali di tali istituti. In relazione all'esposizione del crocifisso nei locali pubblici vengono inoltre commentati i principali casi presenti nella giurisprudenza. Da segnalare, infine, il capitolo conclusivo ("La Chiesa in numeri") che arricchisce il volume con una panoramica dettagliata sull'entità della presenza cattolica in Germania e consente al lettore di apprezzare le molteplici attività che caratterizzano la vita e il contributo odierno della Chiesa nella società tedesca.

Il contesto costituzionale e i profili giuridici analizzati dagli Autori definiscono un ordinamento che assicura diritti fondamentali e che risulta articolato su più livelli all'interno della struttura federale dello Stato. Tale articolazione consente da un lato una proficua collaborazione tra lo Stato e le due Chiese all'insegna del rispetto dell'autonomia e delle tradizioni delle comunità locali; dall'altro consente allo Stato di collaborare con le confessioni religiose all'interno del sistema tedesco dell'economia sociale di mercato, in conformità alle indicazioni del Concilio Vaticano II.

Il volume consente al lettore italiano di apprezzare le peculiarità del modello tedesco, aprendo la strada – come suggeriscono gli Autori – anche a futuri approfondimenti in chiave comparata su altri sistemi europei, in particolare quello italiano per via delle analoghe esperienze storiche vissute da entrambi i Paesi nel corso del Novecento. Un ulteriore approfondimento in chiave storica e comparata potrebbe rivolgersi in future ricerche ai rapporti tra Stato e Chiesa nell'ordinamento socialista della ex Repubblica Democratica Tedesca. La presenza di una maggioranza evangelica nella DDR – la stessa Cancelliera Merkel è figlia di un pastore luterano attivo in Brandeburgo – suggerisce l'opportunità di un'analisi comparata sulla diversa declinazione dei rapporti Stato-Chiesa nei due Stati tedeschi che durante la guerra fredda si sono fronteggiati con due precise alternative costituzionali.

Lorenzo Mesini

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Interventi*:

GEORG NOLTE – Giudice alla Corte internazionale di giustizia. Professore di Diritto internazionale pubblico – Università Humboldt, Berlino.

NICOLA ACOCELLA – Professore emerito di Politica economica – Università degli Studi di Roma Sapienza.

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

UGO VILLANI – Professore emerito di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

VASILKA SANCIN – Membro del Comitato dei diritti umani delle Nazioni. Professoressa associata di Diritto internazionale – Università di Lubiana.

MARKO KRAJNC – Dottore in giurisprudenza – Università di Lubiana. Specialista di Diritto internazionale pubblico – Università di Leiden.

Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

LUIGIMARIA RICCARDI – Dottore di ricerca in Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea – Università di Pisa.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

ALESSANDRA SARDU – Borsista di ricerca – Università di Bologna.

Per la sezione *Note e Commenti*:

EDUARDO SAVARESE – Magistrato – Tribunale di Napoli. Docente di Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

Per la sezione *Rassegne*:

LUIGI D'ETTORRE – Dottore di ricerca in *Multilevel Governance* – Università degli Studi di Teramo.

Per la sezione *Recensioni*:

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università di Foggia.

LORENZO MESSINA – Assegnista di ricerca – Istituto italiano di studi germanici.

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 2021: 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 Interazionale
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 ottobre 2021