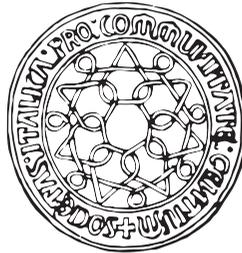


LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2

2023



TRIMESTRALE DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

ARTICOLI E SAGGI

Annita Larissa Sciacovelli, International Law Aspects of Information Warfare in the Digital Age
Donato Greco, Considerazioni critiche sull'obbligo di condurre una valutazione di impatto ambientale nel diritto internazionale

OSSEVATORIO EUROPEO

Federico Casolari, L'Unione europea e la gestione dei disastri: considerazioni di natura sistemica a partire dalla reazione sovranazionale alla pandemia di Covid-19
Andrea Mensi, Sviluppo sostenibile e meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi commerciali conclusi dall'Unione europea: criticità e nuove prospettive

OSSEVATORIO DIRITTI UMANI

Eduardo Savarese, Indipendenza dei giudici e procedimenti disciplinari tra diritti umani e *rule of law*
Anna Fazzini, L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi in materia di diritti umani: il rimpatrio dei familiari dei *foreign fighters* francesi

NOTE E COMMENTI

Cristina Evangelhia Papadimitriou, Le comunità energetiche rinnovabili: le protagoniste della transizione ecologica

Rassegne delle attività delle Organizzazioni internazionali. Recensioni

EDITORIALE SCIENTIFICA

SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

GIORGIO NAPOLITANO, *presidente onorario*; RICCARDO SESSA, *presidente*
MARCELLO SALIMEI, SERGIO MARCHISIO, SARA CAVELLI, *vice presidenti*;
Consiglio direttivo: MARIA ASSUNTA ACCILI; GIANLUCA ALBERINI; GABRIELLA
ARRIGO; SEBASTIANO CARDI; TERESA CASTALDO; ZENO CRESPI REGHIZZI;
SANDRO DE BERNARDIN; STAFFAN de MISTURA; PASQUALE FERRARA;
MARCO FORLANI; VINCENZO FORMISANO; CESARE IMBRIANI; FRANCO
LOCATELLI; GIORGIO MARRAPODI; MAURIZIO MASSARI; GIAMPIERO
MASSOLO; MAURIZIO MELANI; FABIO MIGLIORINI; ENZO MOAVERO
MILANESI; FERDINANDO NELLI FEROCI; GIUSEPPE NESI; CARLO MARIA
OLIVA; ALESSANDRO ORTIS; GIULIO PECORA; CESARE MARIA RAGAGLINI;
MARCORICCERI; STEFANO RONCA; PIETRO SEBASTIANI; MASSIMO SGRELLI;
ERSILIA GRAZIA SPATAFORA; ATTILA TANZI; PASQUALE TERRACCIANO;
GIULIO TERZI di SANT'AGATA; 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)
ENZO MOAVERO MILANESI – ALBERTO MONTICONE (Condirettori)

Consiglio Scientifico

IDA CARACCILO (Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”); GIOVANNI
CELLAMARE (Università degli Studi di Bari A. Moro); MANLIO FRIGO (Università degli Studi
di Milano); CESARE IMBRIANI (Università degli Studi di Roma “Sapienza”); MASSIMO IOVANE
(Università degli Studi di Napoli “Federico II”); MARIA ROSARIA MAURO (Università degli Studi del
Molise); LAURA MONTANARI (Università degli Studi di Udine); BRUNO 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); 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 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, CRISTINA CONTARTESE, 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 PAUCIULO, NICOLA RUCCIA, TERESA RUSSO, ELISA
TINO, FRANCESCA VACCARELLI, ROBERTO VIRZO, MARIA VITTORIA ZECCA.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2023

N. 2

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

- ANNITA LARISSA SCIACOVELLI – International Law Aspects of Information Warfare in the Digital Age.....197
DONATO GRECO – Considerazioni critiche sull'obbligo di condurre una valutazione di impatto ambientale nel diritto internazionale.....221

OSSERVATORIO EUROPEO

- FEDERICO CASOLARI – L'Unione europea e la gestione dei disastri: considerazioni di natura sistemica a partire dalla reazione sovranazionale alla pandemia di Covid-19.....249
ANDREA MENSÌ – Sviluppo sostenibile e meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi commerciali conclusi dall'Unione europea: criticità e nuove prospettive.....271

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- EDUARDO SAVARESE – Indipendenza dei giudici e procedimenti disciplinari tra diritti umani e *rule of law*.....295
ANNA FAZZINI – L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi in materia di diritti umani: il rimpatrio dei familiari dei *foreign fighters* francesi.....323

NOTE E COMMENTI

- CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU – Le comunità energetiche rinnovabili: le protagoniste della transizione ecologica.....347

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Assemblea generale (77^a sessione), p. 371

QUESTIONI POLITICHE E DECOLONIZZAZIONE

1. Premessa, p. 371; 2. Situazione in Afghanistan, p. 371; 3. Situazione in Medio Oriente: la questione della Palestina, p. 373; 4. Necessità di porre termine all'embargo degli Stati Uniti contro Cuba, p. 377; 5. Tutela dei diritti delle donne, p. 378; 6. Decolonizzazione, p. 380.

Maria Vittoria Zecca

Consiglio di sicurezza (luglio-dicembre 2022), p. 385

1. Considerazioni introduttive, p. 385; 2. La situazione in Medio Oriente, p. 385; 3. La situazione riguardante il Sahara Occidentale, p. 386; 4. Il Myanmar, p. 388; 5. Questioni generali sulle sanzioni, p. 390.

Emilia Maria Magrone

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2023

N. 2

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

ARTICLES AND ESSAYS

- ANNITA LARISSA SCIACOVELLI – International Law Aspects of Information Warfare in the Digital Age.....197
DONATO GRECO – Critical Remarks on the Obligation to Carry Out an Environmental Impact Assessment in International Law.....221

EUROPEAN OBSERVATORY

- FEDERICO CASOLARI – The European Union and Disaster Management: A Critical Appraisal of the Supranational Response to COVID-19 Pandemic.....249
ANDREA MENSI – Sustainable Development and Dispute Settlement Mechanisms in EU Free Trade Agreements: Critical Issues and New Trends.....271

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

- EDUARDO SAVARESE – The Independence of Judges and Disciplinary Proceedings Between Human Rights and Rule of Law.....295
ANNA FAZZINI – The Extraterritorial Applicability of Positive Human Rights Obligations: The Repatriation of Family Members of French Foreign Fighters.....323

NOTES AND COMMENTS

- CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU – Renewable Energy Communities: The Protagonists of Ecological Transition.....347

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

United Nations

General Assembly (77th session), p. 371

POLITICAL ISSUES AND DECOLONIZATION

1. Preliminary remarks, p. 371; 2. The Situation in Afghanistan, p. 371; 3. The Situation in the Middle East: The Palestinian issue, p. 373; 4. The necessity of ending the US embargo against Cuba, p. 377, p. 377.; 5. Protection of women's rights, p. 378; 4. Decolonization, p. 380.

Maria Vittoria Zecca

Security Council (July-December 2022), p. 385

1. Preliminary remarks, p. 385; 2. The situation in the Middle East, p. 385; 3. The situation in Western Sahara, p. 386; 4. Myanmar, p. 388; 5. General issues about sanctions, p. 390.

Emilia Maria Magrone

INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF INFORMATION WARFARE IN THE DIGITAL AGE

ANNITA LARISSA SCIACOVELLI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Pervasiveness and strategic importance of information warfare in the digital era. – 3. Legal categorization of information operations. – 4. International legal regime applicable to information operations in wartime: a) against the military apparatus of the State. – 5. b) against the civilian population: the Ukrainian case. – 6. International legal regime applicable to information operations in peacetime. – 7. The EU reaction to the Russian information operation. – 8. The standpoint of the respect of fundamental human rights law. – 9. Possible countermeasures and the European Union restrictive measures. – 10. Concluding remarks.

1. The current widespread use of information warfare online by the Russian Federation and sponsored entities – to manipulate public opinion and influence decision-makers of Ukraine and the Western Allies – especially in conjunction with actions in the realm of the physical world, raises several unprecedented legal questions. These questions deal with the lack of common understanding and definitions about the nature of the threats posed by information operations, depending on their perpetrators, targets, and cumulative effect; the issue of the applicable international legal regimes during wartime and peacetime, and the legal strategies to ensure international peace and security.

The new strategic interest to prioritized information warfare, as one of the most effective warfighting, is attributable to two elements. The first deals with the advancement in information and communication technology (ICT) in democratic western countries, because it easily permits the narrative's manipulation for various audience, such as public opinion and decision-makers, and it can alter internal and international political dynamics¹.

¹ European Commission, *A Multi-Dimensional Approach to Disinformation*, 2018, 5, <https://op.europa.eu>; E. HASLAM, *Information Warfare: Technological Changes and International Law*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2000, 157; G. DARNTON, *Information Warfare, Revolutions in Military Affairs, and International Law*, in *Journal of Information Warfare*, 2005, 1 ff.

The second element deals with the wide coverage of digital platforms that can expand disinformation at a low cost, at a high speed, with no physical boundaries, and guaranteeing the almost total anonymity of the author. Due to this reason States consider ‘information operations’ an innovative and sophisticated tool useful to gain a variety of goals².

2. Information warfare, especially online, through massive dissemination of disinformation is considered a fundamental game changer in the modern-day armed conflict, and outside of it. It was first used by the Russian General Valerij Gerasimov in 2013 as part of the hybrid warfare doctrine³. Hybrid warfare lacks a universal definition but there is a common understanding to consider it a “new form of war” that combines military and non-military activities that are conducted in a systematic and coordinated manner, as well as covert and overt means, including, *inter alia*, disinformation, cyber-attacks, and economic and diplomatic pressure⁴. This doctrine is used also by China and other States⁵.

The resort to information warfare has two main significant advantages for the acting hostile actors, whether they are States or private criminal entities. During peacetime it can harm the democratic and electoral processes, it can influence political, social, and economic decisions, it affects national security and the universal values, democracy, freedoms, and societies. During wartime it can alter the conduct of hostilities, influence military decisions and strategies, and interact with processes which are dependent on information systems.

Usually, the reason to launch information operations are political, ideological, and commercial ones, including the interests of

² UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *Report on Disinformation and Freedom of Opinion and Expression During Armed Conflicts*, 12 August 2022, Un Doc. A/77/288, para. 2.

³ V. GERASIMOV, *Voенно-Промышленныи Кур’ер*, 2013, <https://founders.code.com>; M. CLARK, *Russian Hybrid Warfare*, 2020, <https://www.understandingwar.org>.

⁴ North Atlantic Treaty Organization, *NATO’s Response to Hybrid Threats*, 2021, www.nato.int; its first definition was given by F.G. HOFFMAN, *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars*, 2007, www.potomac institute.org.

⁵ R.W. ALDRICH, *The International Legal Implications of Information Warfare*, in *Institute for National Security Studies*, 1996, 3-5, <https://apps.dtic.mil>; D. DENNING, *Information Warfare and Security*, Addison Wesley, 1999, 23; H. PIHELIGAS, *Back-Tracing and Anonymity in Cyberspace*, in K. ZIOLKOWSKI (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, NATO CCDCOE Publication, Tallinn, 2013, 31, www.ilsa.org; E. KANIA, *The PLA’s Latest Strategic Thinking on the Three Warfares*, in *CHINABRIEF*, 16, <https://jamestown.org>.

transnational organized crime and terrorist groups (i.e., ISIS)⁶. Some examples are the information warfare and the massive interference activity conducted always by the Russian Federation in three situations: in 2008 against Georgia; in 2014 against Ukraine, to reclaim sovereignty over Crimea without bloodshed and Western allies' intervention, and in 2022 as a pretext to invade Ukraine, with false allegations of genocide (the Russian "genocide disinformation" campaign and war propaganda)⁷.

The wider intent pursued by the Kremlin is to promote a hybrid dimension of the conflict, to create its own version of events, to gain the surrender of the enemy and to break the front of the allied countries defending Ukraine. These goals are achieved using both traditional and digital means (especially social media) to disseminate and manipulate digital contents using also Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning in a way that is very difficult to be detected by a human being⁸.

One example is the dissemination online of fake and deep-fake audio, video, text, and images, such as the *YouTube* video of the Ukrainian President Zelensky publicly declaring his surrender to the Russian forces, along with many others available on Internet⁹. It is a video that could mislead the Ukrainian population and troops to surrender to their enemy's army.

Information operations also takes advantage of the collection and of the analysis of personal information using algorithms. In these cases, the attacker identifies individuals and groups that can be easily target by the manipulators and those who are more incline and willing to spread disinformation¹⁰. This activity is called social and emotional profiling of individuals (like leaders in politics, economy, religion, military, academia including military troops/commanders) and of the population, and it is used to "personalize" warfare. It is done by

⁶ A.A. SIEGEL, J.A. TUCKER, *The Islamic State's Information Warfare: Measuring the Success of ISIS's Online Strategy*, in *Journal of Language and Politics*, 2018, 258.

⁷ L. BILYANA, *Russian Information Warfare*, Naval Institute Press, Annapolis, 2022.

⁸ International Committee of the Red Cross, *Artificial Intelligence and Machine Learning in Armed Conflict: A Human-Centered Approach*, 2019, www.icrc.org; H. NASU, *Deepfake Technology in the Age of Information Warfare*, 2022, <https://lieber.westpoint.edu>.

⁹ *Deepfake Zelensky Surrender Video Is the 'First Intentionally Used' in Ukraine War*, 2022, www.euronews.com.

¹⁰ J. ARO, *The Cyberspace War: Propaganda and Trolling as Warfare Tools*, in *European View*, 2016, 121, <https://journals.sagepub.com>.

sending a set of manipulated information to the victims at a well-defined frequency in time to alter and control their future actions.

Simply put, information operations aim to achieve political and military advantages by altering people's perception, that is the fundamental basis for any human action in the civilian and the military fields¹¹. It is a new strategy of asymmetric war conducted also in time of peace/social crisis to i) influence and weaponize public opinion and ii) to destabilize public institutions and governmental policy¹².

The European Union Agency for cyber security (ENISA) and the European External Action Service (EEAS) in their Report of 2022 on the *Threat Landscape in Cyberspace* affirms that: «[T]he growth of deepfakes and of 'disinformation-for-hire' can deepen mistrust between societies, businesses and governments and it can also affect the collaboration between States»¹³.

To carry out these activities, usually States employ their own officials and private companies (as proxies). They act through fake social profiles, botnets, and trolls' factories, also governmental one. In this way, States try to escape the legal consequences of their actions.

Taken together, information warfare is blurring the lines between civilian and military targets, it is shifting the application of force from physical to virtual domains and it is widening the array of threats posing challenges also from a legal point of view.

In sum, it is fully recognized the existence of an invisible, multidimensional, and hybrid battlefield in which information warfare can cause psychological disruption that is as important as physical destruction. Hence, the European Parliament in its resolution of 9 March 2022 on foreign interference in democratic processes in the European Union (EU), including disinformation, recognizes that «information can be *weaponized*» (italics added)¹⁴.

The increase of information warfare testifies the necessity to codify the international law of information and the legal tools to counter it. Therefore, the goals of this article are to: i) categorize

¹¹ P. OTTEWELL, *Defining the Cognitive Domain*, 2020, <https://othjournal.com>.

¹² Council of Europe, *Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making*, 2017, 20, <https://rm.coe.int>.

¹³ ENISA, EEAS, *Foreign Information Manipulation, and Interference (Fimi) and Cybersecurity – Threat Landscape*, December 2022, 6, in <https://www.enisa.europa.eu>.

¹⁴ European Parliament, Resolution of 9 March 2022, *Foreign Interference in All Democratic Processes in the European Union, Including Disinformation*, 2020/2268(INI), para. C.

information operations, conducted by State-actors and State-sponsored, considering the wide spectrum of activities eventually below and above the threshold of warfare, ii) verify how the existing international legal framework is applicable and how it should evolve to counter information operations and to stand the test of the respect of international humanitarian law (IHL) and international law of human rights, and iii) examine the existing and proposed legal counter-measures to information operations.

3. As highlighted by the United Nations (UN) Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, in the 2021 Report on *Disinformation and freedom of opinion and expression*, there is no common agreement on the definition of disinformation because it is a poorly analyzed phenomenon¹⁵. She also recognized the difficulties both of finding the factual and legal distinction between fact and falsehood and between the absence and presence of intent to cause harm.

Despite this lack of a common definition, information operations have been intended as actions including i) *disinformation*, that is defined as a verifiably false or misleading information that is created, presented, and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, it may cause public harm that comprises threats to democratic political and policy-making processes as well as security; ii) *misinformation* that is defined as a false or misleading information shared without harmful intent, though the effects can be still harmful, and iii) *mal information* that is defined the sharing of truthful information acquired in an unauthorized and unduly disclosed manner, aimed at interfering in the internal affairs of a State¹⁶.

In the Oxford Statement on International Law Protections in Cyberspace: The Regulation of Information Operations and Activities Information Operations and Activities of 2021 (hereinafter, Oxford Statement), that is an act of soft law, information operations online have been defined «any coordinated or individual deployment of digital resources for cognitive purposes to change or reinforce

¹⁵ I. KHAN, UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *Report on Disinformation and Freedom of Opinion and Expression*, 13 April 2021, UN Doc. A/HRC/47/25, par. 3, 2.

¹⁶ European Commission, *Final Report of the High-Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*, 2018, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu>; NATO, Media – (Dis)Information – Security, in www.nato.int.

attitudes or behaviors of the targeted audience, including the dissemination of disinformation, misinformation, hate speech, other types of harmful speech»¹⁷.

With a view to categorize the variety of modes and manifestation of operations conducted in the information space it is possible to identify three main legal types that proved particularly interesting and problematic: a) operations that are conducted during *wartime*, as a *tool* that can be used both i) against the army of a belligerent State, and ii) against the civilian population; and b) operations that are conducted in *peacetime* i) against the Government and the civilian population of targeted States. Hence, the first two types of information operations may be subject to *jus in bello*, that governs the way in which warfare is conducted, while the last one, can be qualified a threat of use of force or a wrongful act. It entails the international responsibility of the State actor depending on the factual and legal situation. Generally speaking, the UN Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security (OEWG) affirms that international legal rules and principles apply also to information operations, online and offline¹⁸.

4. The first type of information operation to be examined is the one conducted during *wartime*. It is a military tactic (or intelligence-based warfare) that uses ICT to modify the conduct of hostilities in the context of an armed conflict between belligerent States. Its purpose is to limit and alter the Command and Control (C2) activities of the State's military apparatus by preventing access to information; interrupting the flow of communications; destroying the information system by inserting pc viruses or malware; exfiltrating sensitive data and providing false or manipulated information for deceptive purposes.

Actually, international legal principles that govern the conduct in war (*jus in bello*) regulate information operations only as far as perfidy is concerned, that is prohibited under Article 37 of the I Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12th August 1949

¹⁷ D. AKANDE, A. COCO, T. DIAS, D.B. HOLLIS, J. O'BRIEN, T. VAN BENTHEM, *The Oxford Statement on International Law Protections in Cyberspace: The Regulation of Information Operations and Activities*, 2022, in <http://opiniojuris.org>.

¹⁸ UN OEWG, *Final Substantive Report*, 21 March 2021, UN Doc. A/AC.290/2021/CRP.2, paras 7, 19 and 34.

relating to the protection of victims of international armed conflicts of 8th June 1977 (hereinafter, I Additional Protocol)¹⁹.

Perfidy is understood to mean as an «act inviting the confidence of an adversary to lead him to believe that he is entitled to, or is obliged to accord, protection under the rules of international law applicable in armed conflict, with intent to betray that confidence». It should be kept in mind that the perfidious acts must be the proximate cause of the death, injury or capture of a person belonging to the adversary party²⁰.

Moreover, perfidy must be distinguished from “ruse of war” that consists of simulated operations and false information of a strategic nature, subterfuge and other forms of deception and propaganda. These kinds of operations are widely used by belligerents and are legitimate under international humanitarian law²¹.

Currently one of the main issues is the information warfare expansion in the *cognitive* dimension²². This dimension is unregulated by International Humanitarian Law (IHL) because the latter focuses traditionally and primary on preventing physical harms in conventional armed conflicts²³.

The cognitive dimension of warfare was developed by Chinese strategists during the 2000’s to create the cognitive domain of operations. It is an application of the Military Brain Science, and it introduces “brain war” as a new combat method. Therefore, the battlefield has been organized in three main domains: physical, informational, and cognitive²⁴.

¹⁹ I Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12th August 1949 relating to the protection of victims in international armed conflicts, of 6th August 1977, UNTS Reg. No. 17512.

²⁰ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds.), *Commentary to the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, paras 1520-1522; M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Forces. Commentary On the Two 1977 Protocols Additional to The Geneva Conventions 1949*, Leiden, II ed., 2013, para. 2344.

²¹ International Committee of the Red Cross, *Rule 65 of the International Humanitarian Law Databases*, <https://ihl-databases.icrc.org>.

²² M. YA’ALON, *The Cognitive War as an Element of National Security: Based on Personal Experience*, in Y. KUPERWASSER, D. SIMAN-TOV (eds.), *The Cognitive Campaign: Strategic and Intelligence Perspectives*, 2019, <https://www.inss.org.il>.

²³ M.N. SCHMITT, *Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population During Cyber Operations*, in *International Review of the Red Cross*, 2019, 344.

²⁴ A. COLE, H. LE GUYADER, *Cognitive: a 6th Domain of Operations*, Norfolk, 2020; D. HOLLIS, *The Influence of War; The War for Influence*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, 2018; K. TAKAGI, *The Future of China’s Cognitive Warfare: Lessons from the War in Ukraine*, 2022, <https://warontherocks.com>.

Cognitive warfare is considered part of the “hybrid warfare” and it consists of using technology to alter, destabilize and influence the mental and emotional processes of the adversary and its strategic and operational dimensions. Some legal doctrine put the cognitive warfare to a higher level than information warfare because it is the fight to control the way targets-individuals think and act²⁵.

It is hard to identify cognitive operations because they exploit biases or mental automatisms to provoke distortions of representations, alterations of the decision or even inhibitions of action. Hence, they can bring about disastrous consequences on the conduct of hostilities, both at the individual and at the collective level, especially in military Multi Domain Operations Command and Control (MDC2), because the victory or the defeat occurs in the psychology of the opponent²⁶.

From the juridical point of view, cognitive warfare exploits the legal *vacuum* of any specific prohibition to the contrary, therefore it can be assumed that cognitive operations are presumptively lawful. Some legal Scholars express doubt as to whether international law will ever be able to regulate activities in the cognitive dimension because of uncertainty about evidence, causation, and motivations, that any new law is likely to prove ineffective from the outset²⁷.

Nevertheless, information and cognitive operations that affect military decisions, by influencing offensive and defensive capabilities, meaning that the same result cannot be achieved without their use, can be defined as part of “a non-weaponized technology”. Therefore, as we will see in the next paragraph, their use may fall under the discipline of IHL as a new “means and methods of war” in the light of the evolving interpretation of Article 36 of the I Additional Protocol²⁸.

²⁵ B. CLAVERIE, F. DU CLUZEL, *Cognitive Warfare: The Future of Cognitive Dominance*, NATO Collaboration Support Office, 2022, <https://hal.archives-ouvertes.fr>.

²⁶ Multi Domain Command and Control Operations (MDC2) are defined «the coordinated execution of authority and direction to gain, fuse, and exploit information from any source to integrate planning and synchronize execution of Multi-Domain Operations in time, space and purpose to meet the commander’s objectives», H. GREST, H. HEREN, *What is a Multi-Domain Operation?*, 2019, www.japcc.org.

²⁷ NATO, Johns Hopkins University, *Cognitive warfare*, 2020, www.innovationhub-act.org, 8 ff; E. TALBOT JENSEN, S. CROCKETT, *Deepfakes’ and the Law of Armed Conflict: Are They Legal?*, 2020, <https://lieber.westpoint.edu/deepfakes>; NATO, *Cognitive Warfare, Beyond, Military, Information Support Operations*, 2023, www.https.act.nato.int.

²⁸ L.K. BJØRGUL, *Cognitive Warfare and the Use of Force*, 2020, www.stratagem.no.

5. The second type of information operations to be examined deals with a novel and interesting issue concerning the legitimacy of the information warfare conducted against the civilian population of the enemy State during an armed conflict. This is the case of the massive disinformation operations conducted by the Russian Federation against the Ukrainian population during the recent kinetic aggression.

From a juridical perspective, although IHL does not account for the potentially far-reaching consequences of information warfare on the humanitarian needs of the civilians, hostile actors seem not operate in a legal vacuum and the relevant international law norms can be applied to their actions, although for some scholars «the laws of armed conflict address communication and information activities only tenuously and non-systematically»²⁹.

Specifically, like other military activities, information operations must respect the principles of proportionality, humanity, military necessity, precaution and distinction between military objectives and civilian population, also to avoid collateral damages³⁰. The current difficulty to apply IHL to information warfare derives also from the interconnected and *dual use* nature of ITC systems and of digital platforms that do not allow a clear distinction of the target audience of the information operations.

First, these operations can fall under the prohibition of perfidy, examined in the last paragraph, and secondly, they can fall within the prohibition of «acts or threats of violence, the main purpose of which is the spread of terror among the civilian population», under Article 51.2 of the I Additional Protocol.

This is particularly relevant when dealing with military information operations which may have the scope to spread terror to force civilians, with a particular mode of deception, to act in a certain way which may have physical consequences, like pushing them to surrender to the enemy³¹. This affirmation is clear if we consider the cited deepfake *YouTube* video of Mr. Zelensky declaring the surrender to the Russian army, whose audience might indistinctively be both

²⁹ H. LAHMANN, *Protecting the Global Information Space in Times of Armed Conflict*, 2022, in <https://international-review.icrc.org>.

³⁰ Articles 48, 51.5(b), 52, 57 of the I Additional Protocol.

³¹ P. WINTHER, *International Humanitarian Law and Influence Operations: The Protection of Civilians from Unlawful Communication Influence Activities during Armed Conflict*, in *Acta Universitatis Upsaliensis*, 2019, 147.

military troops and civilians, making it impossible to distinguish and protect civilians who do not take part in hostilities. Scholars affirm that it is fundamental the extent of the information operation's causal contribution to the harm³².

Thirdly, it should bear in mind that pursuant to Article 35.1 of the I Additional Protocol: «[I]n any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose weapons and methods and means of warfare is not unlimited». More in depth, information operations can be qualified as *new* “means and methods of warfare” in the light of the evolving interpretation of Article 36 of the I Additional Protocol.

This Article obliges State Parties, engaged in the adoption of new weapons, or new means or methods of warfare, to evaluate with care their legality for IHL during their development or acquisition and before their use and deployment. This activity is called “weapons review” and it apparently excludes non-weaponized items, following an overly simplistic approach that should change considering that the Russian-Ukrainian war opened the new era of hybrid conflicts. Hence, nothing precludes Article 36 of the I Additional Protocol from including “means and methods of *information* warfare”, along with the traditional kinetic “means and methods”, also in the light of the lack of their univocal and common definition in the I Additional Protocol³³.

Accordingly, for the International Committee of the Red Cross, in line with the spirit of Article 36's I Additional Protocol rationale, information operations should be qualified as “technologies of warfare”, a term which is more adapt to modern battlefield and therefore they should be included in the list of the obligation to review³⁴.

This approach usefully widens the notion of “means and methods of warfare” that should not be limited to military tools, that are used to cause (direct or indirect) harm to civilians and militaries, but also to «items of equipment which, whilst they do not constitute a weapon as such, nonetheless have a direct impact on the offensive capability of

³² M. MILANOVIC, M.N. SCHMITT, *Cyber Attacks and Cyber (Mis)information Operations During a Pandemic*, in *Journal of National Security Law & Policy*, 2020, 269.

³³ H. LIN, J. KERR, *On Cyber-Enabled Information/Influence Warfare and Manipulation*, 2019, in <https://papers.ssrn.com>; K. KONOWSKA, *Shifting the Narrative: Not Weapons, But Technologies of Warfare*, 2022, in <https://blogs.icrc.org>.

³⁴ ICRC, *Artificial Intelligence and Machine Learning in Armed Conflict: A Human-Centered Approach*, 2019, in www.icrc.org.

the force to which they belong»³⁵. For some Scholars information operations are prohibited under IHL only if they have a direct influence, through a chain effect on the battlefield and if they achieve the intended purpose of inflicting or causing, even indirectly, harm or material damage on the civilian population³⁶.

Also the Oxford Statement extends the protective ambit of IHL – for the risks of adverse humanitarian consequences for protected persons – to the conduct of information operations in armed conflict. Specifically, it affirms that IHL «entails a prohibition against encouraging violations of IHL; the duties to respect and to protect specific actors or objects, including medical personnel and facilities and humanitarian personnel and consignments; and other rules on the protection of persons who do not or no longer participate in hostilities, such as civilians and prisoners of war»³⁷.

6. The third and more complex type of information operations deals with a set of disinformation activities conducted during peacetime (or in time of crisis) by a State against the entire online media ecosystem of one or more countries. The actual practical reference is to the wide disinformation campaign orchestrated, conducted, and sponsored by the Russian Federation (also through its proxies) against EU and NATO member States with the aim to divide their alliance that is supporting Ukraine.

Assuming that information operations are part of a hybrid war it is necessary to understand which legal international regime applies.

The answer to this question depends on which international legal obligations are breached by the State conducting this campaign; that is whether this conduct i) rises to the level of the threat of the use of force, prohibited under Article 2.4 of the UN Charter, or it ii) amounts to a wrongful act because it violates the targeted State's sovereignty and the principle of non-intervention in its internal and external affairs.

As per the first case, it is challenging to understand when information operations can constitute a use or the menace of the use of force” violating Article 2.4 of the UN Charter, without stretching the

³⁵ J. MC CLELLAND, *The Review of Weapons in Accordance with Article 36 of Additional Protocol I*, in *International Review of the Red Cross*, 2003, 397.

³⁶ D.B. HOLLIS, *Why States Need an International Law for Information Operations*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2007, 1023.

³⁷ Oxford Statement, cit., para. 8.

notions of “armed attack”, especially if they are not immediately kinetic in nature. This rule prohibits the threat or use of force «against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations». Currently, there is no practice about information warfare crossing this threshold. Despite this lack, it has been affirmed that the novelty of the information warfare techniques should lead to the evolution of the established legal categories of the longstanding principle of national and territorial sovereignty and the prohibition of the Article 2.4 UN Charter: it should apply also to malicious activities by States in information space at certain conditions³⁸.

Yet, it cannot be excluded, *a priori*, that an information campaign conducted in an intentional and coordinated manner by a State on a high degree of scale, scope, based on the theory of the accumulation of the effects, can potentially lead to military escalation and, therefore, can reach the threshold under Article 2.4 of the UN Charter. It is undoubtful that the information domain can be a potential “multiplier” of threats to international security. Hence, the UN Security Council can declare that a series of information operations are a threat to international peace and security because they prelude to a conventional conflict³⁹.

As for the second case, an information campaign can amount to a wrongful act in case the State-actor violates the principle of international law of the State’s sovereignty and, specifically, the principle of the abstention from interfering in the internal and external affairs, as enshrined in the UN General Assembly Declaration on Friendly Relations in Res. n. 2625(XXV) of 1970⁴⁰. This resolution declares that any «[A]rmed intervention and any other form of interference or attempted threat against the personality of the State or against the political, economic or cultural elements are in violation of international law» and that «[E]very State has the inalienable right to

³⁸ L.T. GREENBERG, S.E. GOODMAN, K.J. SOO HOO, *Information Warfare and International Law*, 1998, in www.dodccrp.org.

³⁹ Department of Defense, *Quadrennial Defense Review Report*, Washington DC, September 30, 2001, www.defense.gov; C.C. JOYNER, C. LOTRIONTE, *Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework*, in *European Journal of International Law*, 2001, 825 ff.; P.B.M.J. PIJERS, *Towards a Legal Framework for Influence Operations in Cyberspace*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 2022, 11.

⁴⁰ UN General Assembly, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 2625(XXV), 24 October 1970, UN Doc. A/8082.

choose its political, economic, social or cultural system without interference in any way by any other State». It also stresses that «States have the duty to refrain from propaganda for wars of aggression». In this regard, to declare the international responsibility of the State, the violation should affect the essential and typical prerogatives of the target State, expressive of its sovereignty.

It should be remembering the draft of the International Cyber Security Code of Conduct, drawn up by the Shanghai Cooperation Organization (SCO) in 2015. It prohibits its member States – among which the Russian Federation - to use ICT technologies i) to interfere in the internal affairs of States and to undermine political, economic, and social stability (para. 3) and ii) to carry out activities which run counter to the task of maintaining international peace and security (para. 2)⁴¹.

In case of information operations not reaching this threshold, they can be considered *a form of coercion* to which the targeted State can react with retaliatory measures⁴². It has been observed that these operations usually are calibrated and sponsored by States-actors to fall below deliberately the threshold of Article 42(7) of the Treaty on European Union (TEU) and of Article 5 of the NATO treaty on collective self-defense⁴³.

In this case for the UN Human Rights Council all States shall refrain from conducting or sponsoring disinformation campaigns domestically or transnationally for political or other purposes. It encourages them to condemn such acts also because of their negative impact on the enjoyment and realization of human rights⁴⁴. Moreover, the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression acknowledges the

⁴¹ UN General Assembly, Letter of 9 January 2015 from the Permanent Representatives of China, Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Russian Federation, Tajikistan, and Uzbekistan to the UN addressed to the Secretary-General, 13 January 2015, UN Doc. A/69/723.

⁴² L.T. GREENBERG, S.E. GOODMAN, K.J. SOO HOO, *Information Warfare*, cit., iii; R. GEISS, H. LAHMANN, *Protecting the Global Information Space in Times of Armed Conflict*, 2021, in <https://www.geneva-academy.ch>.

⁴³ European Parliament, Resolution of 9 March 2022, cit., lit. CI-CJ.

⁴⁴ UN Human Rights Council, *Role of States in Countering the Negative Impact of Disinformation on the Enjoyment and Realization of Human Rights*, A/HRC/49/L.31/Rev.1, 30 March 2022, para. 5.

complexities and challenges posed by disinformation in the digital age also in about the lack of an international legal framework⁴⁵.

7. Based on the assumption that information operations are part of a hybrid conflict, a very interesting and unique perspective is given by the European Union institutions and its member States. They condemned and reacted in a coordinated manner to the wide scale, scope, and far-reaching effects of the disinformation campaign orchestrated by the Russian Federation.

Specifically, ENISA and EEAS, in their Report of 2022 on *Foreign information manipulation and interference (FIMI) and cybersecurity threat landscape*, affirm that Russian information manipulation and interference constitute «an integral part of modern warfare» and a threat to European security also under the EU Strategic Compass for Security and Defense of 2022⁴⁶.

Similarly, for the European Parliament, the EU is facing new and evolving hybrid threats emanating from State actors through «hybrid warfare means such as disinformation and foreign interference, which have blurred the lines between war and peace»⁴⁷. It adds that information operations are «attacks, which are part of a hybrid warfare strategy and constitute a violation of international law... and therefore constitute a serious threat to EU security and sovereignty as they are conducted and financed in an intentional and coordinated manner». Furthermore, the EU General Court, in its decision of 2022 (*RT France v. Council*), stated that disinformation «is a *weapon* in the modern arsenal of State» (italics added). It legitimized the suspension by the EU Council of the broadcasting of two TV networks (*Russia Today* and *Sputnik*) financed by Russia and operating in EU member States⁴⁸. This suspension was decided by the EU Council Decision

⁴⁵ UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *Report on Disinformation and Freedom of Opinion and Expression*, cit., par. 3, 2.

⁴⁶ ENISA, EEAS, *Foreign Information Manipulation and Interference*, cit., 6; EU Council, *Strategic Compass*, 2022, <https://www.consilium.europa.eu>.

⁴⁷ European Parliament, Resolution of 17 February 2022, *The Implementation of the Common Security and Defense Policy*, Annual Report 2021, European Parliament, Resolution of 9 March 2022, cit., lit. E-F.

⁴⁸ Judgment of the EU General Court [GC], 27 July 2022, Case T-125/22, *RT France v Council*, text rectified by order of 14 October 2022, paras 56, 128, 177-185, <https://curia.europa.eu>; F. PAULUCCI, *La guerra alla disinformazione nella sentenza T-125/2022 della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritti comparati*, 2022, www.diritticomparati.it; I. POPOVIĆ, *The EU Ban of RT and Sputnik: Concerns Regarding*

(CFSP) 2022/351, concerning restrictive measures in view of Russia's actions aimed at destabilizing the situation in Ukraine⁴⁹. The suspension was defined an urgent measure to sanction and react to the Russian aggression and the threat to EU and member States security pose by the information operations.

For the EU Council, the Kremlin «has engaged a systematic, international campaign of media manipulation and distortion of facts in order to enhance its strategy of destabilization of its neighboring countries and of the Union and its member States that is used as an operative *tool of its aggression against Ukraine ...* through a number of media outlets under the permanent direct or indirect control of the leadership of the Russian Federation» (italics added).

From the legal perspective, these EU restrictive measures are tools of the European Common Foreign and Security Policy to protect the EU and member States' security under Title V of the EU Treaty concerning the EU's External Action. Hence, European and national security are the "exceptional circumstance" justifying the temporary curtailing of freedom of expression of the TV broadcasting, enshrined in Article 11 of the EU Charter of Fundamental Rights⁵⁰.

In the case at glance a great weight about the measures taken against the TV broadcastings was given by the State-sponsorship of information operations, their magnitude, and the danger to national and European security. Accordingly, the EU institutions have been widely evidenced the causal nexus between the information warfare and the purpose of the State agents who are engaged in the spread of misinformation.

It is unquestionably that this analysis and its outcomes are necessarily highly contextual and complex because for the first time the international community is experiencing one of the most pernicious

Freedom of Expression, 2022, in www.ejiltalk.org; B. BAADE, *Don't Call a Spade a Shovel: Crucial Subtleties in the Definition of Fake News and Disinformation*, in *VerfBlog*, 2020, in <https://verfassungsblog.de>.

⁴⁹ Council Decision (CFSP) 2022/351, 1 March 2022 Amending Decision 2014/512/CFSP concerning Restrictive Measures in View of Russia's Actions Destabilizing the Situation in Ukraine, <https://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁰ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7 December 2000, <https://www.europarl.europa.eu>. As stated by the EEAS «[D]iplomatic channels are an integral part of FIMI incidents. Russia's diplomatic channels regularly serve as enablers of FIMI operations. They are deployed across wide range of topics. China also uses diplomatic channels, mostly targeting the US», EEAS, *1st EEAS Report on Foreign Information Manipulation and Interference Threats Towards a Framework for Networked Defense*, 2023, 4-5.

hybrid State-sponsored attacks for its scope and magnitude and in the absence of an international legal framework, that is tailored to the methods of violating sovereignty using traditionally “armed force”. One conclusion can nonetheless be made about considering the EU restrictive measures as acts of retaliation that have been adopted to react to the Russian Federation strategy of destabilization that threatens the European security. This approach is clear also from the EU Council Conclusions on a Framework for a coordinated EU response to hybrid campaigns of 2022, that states that *usually* information operations are not classified as internationally unlawful acts, as they can be considered unfriendly acts⁵¹.

8. Yet it should be considered whether the ban of the TV outlets and the other EU restrictive measures are compatible with international and European human rights law.

At the UN level, information operations can fall or under the prohibition of the propaganda for war, as enshrined in Article 20(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 (ICCPR)⁵². Accordingly, under Article 19 of ICCPR the right to freedom of expression can be subject to restrictions that are provided by law also for the protection of national security or public order. Nevertheless, the recalled prohibition and restrictions of ICCPR fall under Article 52.2 of the EU Charter of fundamental rights, as all EU member States are its signatories. It affirms that the «[R]ights recognized by this Charter for which provision is made in the Treaties shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties».

Also, for the EU General Court, in the cited *RT* case, if on one hand the EU Council decision (CFSP) 2022/351 interferes with the exercise of liberty of expression, by banning of the TV outlets, on the other hand it complied with the proportionality of the measure, recalling the *balancing test* and under Article 52(1) of the EU Charter of fundamental rights. This norm justifies the interference if it pursues the «objectives of general interest recognized by the Union». Therefore, the broadcasting blockade should be of temporary nature because «whatever the editorial policy of a media outlet, or its

⁵¹ EU Council, *Conclusions on a Framework for a Coordinated EU Response to Hybrid Campaigns*, 2 June 2022.

⁵² UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, Resolution 16 December 1966, 2200A (XXI), www.ohchr.org.

audience, ultimately a general and absolute prohibition on broadcasting constitutes a genuine act of censorship and cannot be regarded as either necessary or proportionate in order to achieve effectively the objectives on which the Council relies»⁵³. Also, in the *Kiselev* case of 2017, the EU Court of justice declared that the sanctions against the applicant (a Russian television editor sanctioned for supporting Russian activities for destabilizing Ukraine) «met the objective referred to in Article 21.2 (c) of TEU, preserving peace, preventing conflicts and strengthening international security»⁵⁴.

In sum, at the European level, any restriction of the right of the freedom of expression must comply with the requirements resulting from the Article 11 of the EU Charter of fundamental rights, and from the Article 10 of the European Convention on Human Rights, that limits this right also due to national security issue⁵⁵.

9. About countering information operations, in the Report on *Disinformation and freedom of opinion and expression*, the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, defines the responses by States and big digital platforms to information operations problematic, inadequate, and detrimental to human rights also due to the lack of an international legal framework⁵⁶.

Usually, States can counter information operations by removing contents, block websites and limiting disinformation and propaganda, but they carry special duties and responsibilities in accordance with human rights, specifically, with the freedom of expression of Article 19 of the ICCPR. Moreover, the UN Human Rights Council reminds that to «receive and impart information (...) is vital» especially in times of emergency, crisis, and armed conflict⁵⁷.

A solution to counter disinformation at the international level can be the ratification by UN member States of the UN Convention

⁵³Judgment of the EU General Court [GC], *RT France v. Council*, cit., para 128.

⁵⁴ EU General Court, Judgment of 15 June 2017, *Kiselev v Council*, Case T-262/15, <https://curia.europa.eu>.

⁵⁵ European Court of Human Rights [GC], Judgement of 29 April 1999, Applications no. 25088/94, 28331/95, 28443/95, *Chassagnou v France*, and judgement of 6 September 2005, Application no. 65518/01, *Salov v Ukraine*, para. 113, <https://echr.coe.int>.

⁵⁶ Report of 13 April 2021 *Disinformation and Freedom of Opinion and Expression*, cit. para. 3, 2.

⁵⁷ UN Human Rights Council, Resolution of 30 March 2022, *Role of States in Countering the Negative Impact of Disinformation on the Enjoyment and Realization of Human Rights*, UN Doc. A/HRC/49/L.31/Rev.1, 2.

concerning the use of broadcasting in the cause of peace, of 23 September 1936, and of the UN Convention on the international right of correction, of 31 March 1953⁵⁸. Specifically, the first Convention prohibits broadcasting that constitute an “incitement to war” or that is designed or likely to provoke or encourage it (Article 2). It also prohibits the broadcasting of false news and requires States parties to ensure that transmissions are not sent from stations within their respective territories against another High Contracting Party (Articles 3 and 4). While the Convention on the international right of correction of 1953 aims at preventing «the recurrence of aggression from any source, and to combat all propaganda which is either designed or likely to provoke or encourage any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression». It considers «the danger to the maintenance of friendly relations between people and to the preservation of peace, arising from the publication of inaccurate reports which is either designed or likely to provoke or encourage any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression» (Preamble). It prescribes specific obligations to correct false or distorted “dispatches” (Articles 2-4).

Unfortunately, these Conventions have been ratified by few States and have never been applied in practice. They have been signed by the former USSR and therefore they apply to its successor, the Russian Federation, although a reservation has been added to the International Court of Justice’s jurisdiction, under the Convention on the international right of correction of 1953, unless every State to the dispute about its application (including Russia) accept its competence⁵⁹.

In conclusion, despite the international legal framework previously examined applies to information warfare, it is not sufficient to reach an acceptable solution especially for the attribution and

⁵⁸ League of Nations, Convention Concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace, in *Treaty Series*, Vol. CLXXXVI, 1938, 310; UN General Assembly, Convention on the International Right of Correction, 16 December 1952, UN Doc. A/RES/630(VII), in 435 U.N.T.S., 191.

⁵⁹Article 5 of the UN Convention on the International Right of Correction. B. BAADE, *Fake News and International Law*, in *The European Journal of International Law*, 2018, 1357.

accountability of information operations that are conducted and sponsored by States⁶⁰.

At the European level, for ENISA and EEAS information warfare is a global complex challenge ever evolving that requires «a diverse range of actors who try to detect, understand, and respond to these threats. These actors may form a ‘defender community’ that must protect universal values, democracy, freedoms, and societies»⁶¹. Specifically, ENISA reminds that European and national defense teams now act in a new operative environment and that they may use *non-traditional* measures in the information space⁶². Nevertheless, their activities should respect human rights and the principles of international law: they should be proportionate in scope, scale, duration, intensity, complexity, sophistication, and impact⁶³. Accordingly, in the aftermath of the Russian aggression against Ukraine, the EU sanctioned Russian journalists engaged in the media in favor of the Russian invasion of Ukraine with bans on entering the Union, asset freeze and funds of the persons included in the appropriate list⁶⁴.

For ENISA and EEAS, the legal vacuum to combat information warfare can be partially filled by the preventive detection of the information space, waiting for a future international regulatory instrument⁶⁵. It has been also proposed to EU Member States the adoption of a “common taxonomy” to identify and study information operations, assessing their severity, duration, primary and secondary impact (regarding the direct and indirect targets selected for the operation), and by implementing an early warning system based on OSINT (Open-Source Intelligence)⁶⁶. Another solution that will help improve the EU’s ability to counter disinformation involves working with digital platforms. In this regard, the EU *Digital Service Act* will be applied by member States from 17 February 2024; it provides for

⁶⁰ C.C. JOYNER, C. LOTRIONTE, *Information Warfare*, cit., 825 ff; Ó. FATHAIGH, R. HELBERGER, N. APPELMAN, *The Perils of Legally Defining Disinformation*, in *Internet Policy Review*, 2021, 10.

⁶¹ ENISA, EEAS, *Foreign Information Manipulation, and Interference (Fimi) and Cybersecurity – Threat Landscape*, 7 December 2022, in www.enisa.europa.eu.

⁶² ENISA, *Information Operations – Active Defense and Offensive Countermeasures*, www.enisa.europa.eu.

⁶³ EU Council, *Conclusions on Framework for A Coordinated EU Response to Hybrid Campaigns*, cit.

⁶⁴ G. GOTEV, *EU Sanctions Putin’s Spokesman, Oligarchs, Journalists*, in *Euractiv*, 2022.

⁶⁵ ENISA, EEAS, *Foreign Information Manipulation*, cit., 7.

⁶⁶ Ivi, 14-15, 24.

the creation of an effective public control system of online platforms, for those that reach more than 10% of the EU population⁶⁷.

In the meantime, EU and NATO have adopted strategical solutions. They developed a system of monitoring and alert of information warfare by the EU Hybrid Fusion Cell and by the NATO Hybrid Cell⁶⁸. This system helps to identify and manage information warfare actions in real time, identifying the *kill-chain* and the tactics, techniques, and procedures (TTPs) of hostile actors⁶⁹. The information is loaded onto a dashboard that integrates data from a wide range of media, broadcast, and social messaging media. This allows interactive geographical maps to show, with the aid of AI, the development of suspicious operations of disinformation⁷⁰.

Moreover, to share knowledge about hybrid attacks, including information operations, States can use the EU Rapid Alert System and the G7 Rapid Response Mechanism⁷¹. They provide systems for further cooperation together with the NATO Joint Intelligence and Security Division.

A specific regime of sanctions against foreign interference and disinformation campaigns orchestrated by States has been planned by the EU Commission and the EEAS, the “EU Foreign Information Manipulation and Interference Toolbox”. It will counter, detect, and prevent hybrid operations and ascertain the attribution of malicious

⁶⁷ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act); see Article 93.2, on Entry into force and application, that reads that: «[T]his Regulation shall apply from 17 February 2024. However, Article 24(2), (3) and (6), Article 33(3) to (6), Article 37(7), Article 40(13), Article 43, and Sections 4, 5 and 6 of Chapter IV shall apply from 16 November 2022».

⁶⁸ NATO, *NATO'S Response to Hybrid Threats*, 2023, www.nato.int.

⁶⁹ European External Action Service, *1st EEAS Report on Foreign Information*, cit., 4, «*kill Chain* is a model breaking down multiple stages of an attack perpetrated by a malign actor, allowing analysts to predict, recognize, disrupt, or prevent the attack. It is originally a military concept that has been further adapted for cybersecurity and can be applied to FIMI too».

⁷⁰ Seventh Progress Report on the Implementation of the Common Set of Proposals endorsed by EU and NATO Councils on 6 December 2016, 5 December 2017, and 20 June 2022; www.nato.int. M. FOGT, *Legal Challenges Or “Gaps” By Countering Hybrid Warfare – Building Resilience in Jus Ante Bellum*, in *Southwestern Journal of International Law*, 2020, 28 ff.

⁷¹ G7, *Charlevoix Commitment On Defending Democracy From Foreign Threats*, 2018, <https://www.mofa.go.jp>

attacks by third parties and countries against the Europe, including publicly naming the perpetrators⁷².

The European Parliament also calls for the EU and its Member States to set up a sanction's regime against foreign interference that should include the introduction of a shared intelligence system, a cross-sectoral sanctions framework, as well as diplomatic sanctions and deterrence responses, like travel bans, asset freezes and the stripping of EU residence permits of foreign individuals and their family members associated with foreign interference attempts⁷³.

ENISA and the European Parliament strongly propose to combat disinformation campaigns through an accurate intelligence activity supporting decision-making with the purpose of gaining knowledge about an adversary's operations (motive, tools, and sophistication). This knowledge is needed to build-up a defense to be conducted by i) national intelligence units operating in real time with the EU Intelligence and Situation Centre (EU IntCen) and by ii) the Joint Situational Awareness Centre (JSAC). They also will contribute to solve the problems of attribution (technical/juridical and political) and of false flag⁷⁴.

10. In conclusion, it is incontrovertible that information warfare has reached critical size and importance in the international legal landscape. Its uniqueness in execution and purposes has significantly changed the way information operations are conducted in the context of modern multidimensional hybrid conflicts and in peacetime. It is also incontrovertible that hostile actors are exploiting legal thresholds, vacuum of international law and its ambiguous status regarding information warfare.

Moreover, referring information operation, as part of hybrid warfare, the traditional legal scheme of warfare does not help to prevent it and to react unless it is part of a kinetic conflict.

In this domain, in reaction to disinformation campaigns the UN Secretary-General calls for a stop of the spread of mis- and disinformation and proposes a Global Digital Compact and a Code of Conduct to promote the integrity of public information on digital platforms to reduce harm and increase accountability while defending

⁷² European Parliament, Resolution of 9 March 2022, cit., lit. CI-CJ; EU Council, *Conclusions on a Framework for a Coordinated EU Response to Hybrid Campaigns*, cit.

⁷³ European Parliament, Resolution of 9 March 2022, cit., lit. CH.

⁷⁴ European Parliament, Resolution of 17 February 2022, cit., para. 54.

the right to freedom of expression⁷⁵. In the meantime, it is necessary to stimulate States' adherence to the cited international Convention on broadcasting and to the Convention on correction and to adopt a common taxonomy on information operations and foreign interference.

On the same path, at the regional level, the European Parliament calls for the EU and its Member States to propose a global democracy defense toolkit, to be included in a new UN convention to promote and defend democracy. This treaty should also establish a common definition of foreign interference and joint actions, investigation, and joint sanctions to counter foreign interference⁷⁶. It should also contain the legal responses by targeted States.

NATO and EU can play an important role in this field in the light of the Joint Declaration on EU-NATO Cooperation of the 10 January 2023 (including like-minded States). It strengthens their cooperation in existing areas with security implications including foreign information manipulation and interference, as reaffirmed by the EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy in his *Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and defense to the Council* of March 2023⁷⁷.

It's time to start elaborating an international legal regime for information space that can also stand the test of the respect of fundamental human rights⁷⁸. It is undoubtful that the "weaponizing information" technique will be the subject of future analysis for years to come because of the broad spectrum of new conflicts that will be developed, based on the use of the new and disruptive technologies, that may cause damage as serious as the physical damage that are typically associated with armed conflicts.

All that has been said implies the extension of the protective ambit of IHL to the information space in wartime, and the need to face some critical issues, especially in peace time, about i) State attribution and accountability in case of the use of proxies for information

⁷⁵ UN Secretary-General, *Calls for Collective Action towards Safe, Inclusive, Accessible Digital Arena*, in *Message to World Summit on Information Society*, SG/SM/21724, 14 March 2023, <https://press.un.org>.

⁷⁶ European Parliament, resolution of 9 March 2022, cit., para. 146.

⁷⁷ Joint Declaration on the EU-NATO Cooperation, 10 January 2023, para. 12; www.consilium.europa.eu; EU High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, *Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and defense to the Council*, 2023, 11, <https://www.eeas.europa.eu>.

⁷⁸ European Parliament, Resolution of 9 March 2022, cit., lit. CI-CJ.

operations; ii) respect of the due diligence principle by the territorial State in case of activities of non-State actors from its territory, and iii) legal tools to counter hybrid activities that are above and below the threshold of international wrongfulness in information space, only to mention a few. The lack of a specific legal regime of hybrid threats allows «hybrid adversaries» to continue to «deny their activities and [to] operate on the very fringes of the law»⁷⁹.

ABSTRACT

International Law Aspects of Information Warfare in the Digital Age

The exponential increase of information warfare online highlights the need to categorize the wide range of information operations that may fall under this type of activity. This article aims at finding which are the international legal regimes applicable to information operations conducted during wartime and peacetime. Currently, information operations are partially regulated by international law but the growing hybridization of threats to international peace and security, poses the urgency to complete the international legal framework. Therefore, it is necessary both to ascertain if and when information operations reach the warfare threshold, required by the *jus ad bellum*, and if not, when to declare international responsibility of the State-actor. Specific attention is paid to evaluate the capabilities of information operations to be a new ‘mean or method of war’ under *jus in bello*. The article concludes by analyzing the defensive legal strategies and by arguing the development of the ‘international law of information’.

⁷⁹ Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Legal Challenges Related to Hybrid War and Human Rights Obligations*, 2018, para. 14, <https://assembly.coe.int>.

CONSIDERAZIONI CRITICHE SULL'OBBLIGO DI CONDURRE UNA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

DONATO GRECO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il processo della valutazione di impatto ambientale. – 3. Lo *status* giuridico della norma. – 4. L'efficacia materiale dell'obbligo. – 5. Il contenuto dell'obbligo. – 6. Il contributo del *soft law* alla definizione dell'obbligo. – 7. Il regime generale di responsabilità applicabile. – 8. Conclusioni.

1. L'ultimo paio di decenni ha visto una crescente dialettica tra lo sviluppo economico, da un lato, e la tutela dell'ambiente e della salute umana, animale e vegetale, dall'altro. Si assiste, infatti, a un processo di rapido e massivo sviluppo di intere aree del globo la cui economia, fino a qualche tempo prima, era essenzialmente basata su agricoltura, allevamento, pesca e piccolo artigianato. La transizione a un'economia industriale avanzata ha condotto a un aumento esponenziale delle attività estrattive, in linea con il crescente fabbisogno di minerali rari, e dell'approvvigionamento energetico.

D'altra parte, la questione ambientale, in generale, e quella climatica, in particolare, hanno raggiunto un livello di gravità senza precedenti, che rende non più rinviabile un cambio di approccio allo sviluppo economico e sociale, e un diverso bilanciamento tra crescita economica e tutela dell'ambiente, nell'interesse delle presenti e delle future generazioni. In questo quadro, tuttavia, gli Stati, compresi quelli che già da tempo hanno conseguito un elevato grado di sviluppo economico e benessere sociale, non sembrano aver ancora maturato una piena consapevolezza delle sfide ambientali che si trovano ad affrontare.

Di fronte all'inerzia dei principali *policy-makers*, decisamente più sensibili alle nuove e pressanti istanze di giustizia si sono mostrati i giudici sia interni sia internazionali, i quali si sono trovati a sopportare il peso dello sforzo di riconciliare, nei limiti del possibile, il dato normativo esistente con le pressanti istanze della giustizia ambientale.

Essi hanno così elaborato percorsi argomentativi e interpretazioni degli obblighi esistenti via via più articolati e stringenti. Tra di essi, il dovere di condurre una valutazione di impatto ambientale (d'ora in avanti: VIA) rappresenta una dei pochi punti fermi da cui partire, anche quando si tratti di giudicare dell'osservanza dei ben più generali e indeterminati principi di *due diligence* e prevenzione.

Ciò nonostante, diversi profili di incertezza ancora avvolgono tale norma. Gli studi raccolti in queste pagine intendono pertanto tornare a riflettere criticamente sull'interpretazione che di essa è stata offerta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in particolare per quanto attiene allo *status* giuridico della norma nel diritto internazionale generale, alla reale estensione del suo campo di applicazione, al problema della determinazione del contenuto materiale dell'obbligo e al regime di responsabilità applicabile a eventuali violazioni. Con specifico riguardo al contenuto della VIA, si cercherà di verificare se in seno alla giurisprudenza delle corti e dei tribunali internazionali sia ravvisabile un approccio comune nell'impiego che essi fanno di standard, linee guida e raccomandazioni di organismi tecnici quando si tratti di definire la portata dell'obbligo nelle concrete circostanze di un caso.

2. Improntata alla tutela della responsabilità intergenerazionale e dello sviluppo sostenibile¹, la VIA rappresenta un corollario procedurale dei più generali obblighi sostanziali di *due diligence*² e prevenzione, di cui pure la Corte internazionale di giustizia ha affermato la natura di diritto internazionale generale³. Di tali norme, infatti, essa

¹ «[T]he principle of sustainable development translates (...) into a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment»: Tribunale arbitrale, lodo parziale del 18 febbraio 2013, *Arbitration regarding the Indus Waters Kishenganga between Pakistan and India*, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 31, 2018, 216-217, par. 450. Sul principio dello sviluppo sostenibile si veda Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, in *ICJ Reports*, 1997, 77-78, par. 140. Così anche Tribunale arbitrale, lodo del 24 maggio 2005, *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 27, 2007, 28, par. 58.

² S. BESSON, *La due diligence en droit international*, in *Recueil des cours*, t. 409, 2020, 325; A. OLLINO, *Due Diligence in International Law*, Cambridge, 2022, 244.

³ In merito al principio di *due diligence* si veda: Corte internazionale di giustizia, sentenza del 9 aprile 1949, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, in *ICJ Reports*, 1949, 22. Con riguardo al principio di prevenzione, occorre invece richiamare il parere dell'8 luglio 1996 su *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in *ICJ Reports*, 1996 (I), 241-242, par. 29, in cui la Corte ha rilevato che «[t]he existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the

costituisce parte integrante ed è loro non solo funzionalmente ma anche giuridicamente legata al punto che per uno Stato sarebbe piuttosto difficile dimostrare di non averle violate, avendo omesso la procedura di valutazione⁴. La stessa Corte internazionale di giustizia è giunta a tale conclusione in due diverse occasioni. Nel caso delle *Cartiere sul fiume Uruguay* ha rilevato che «due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works (...) did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works»⁵. In termini altrettanto espliciti, i giudici hanno successivamente ribadito il proprio orientamento nel giudizio relativo alla *Costruzione di una strada*, affermando che «to fulfil its obligation to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm, a State must, before embarking on an activity having the potential adversely to affect the environment of another State, ascertain if there is a risk of significant transboundary harm, which would trigger the requirement to carry out an environmental

environment». Nella stessa direzione *Iron Rhine Railway*, cit., 28, par. 59. Tornando sul punto, a distanza di quasi quindici anni, la Corte internazionale di giustizia ha affermato che «the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory»: sentenza del 20 aprile 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, in *ICJ Reports*, 2010, 55-56, par. 101. Alcuni autori, anche di recente, hanno sostenuto che la norma sull'obbligo di prevenzione andrebbe qualificata nei termini di un principio generale del diritto internazionale: M. GERVASI, *Prevention of Environmental Harm Under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Napoli/Baden-Baden, 2021, 151 ss.

⁴ In tal senso J. BRUNNEÉ, *Procedure and Substance in International Environmental Law*, in *Recueil des cours*, t. 405, 2020, 138-141. Obblighi procedurali, come quello di condurre una valutazione d'impatto ambientale, e obblighi sostanziali seppur di condotta, come quelli di *due diligence* e prevenzione, sono generalmente riconosciuti come doveri autonomi. Tuttavia, la relazione che sussiste tra le due categorie di norme e la possibilità di instaurare inferenze logiche, funzionali e giuridiche tra di esse, al fine di valutare l'osservanza delle une a partire da quella riservata alle altre, continua ad alimentare il dibattito scientifico i cui termini sono stati riassunti e discussi nel modo forse più compiuto in ivi, 131-135, oltre alle pagine già citate.

⁵ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 204. Più in generale, sul rapporto di complementarità e di funzionalità che sussiste tra obblighi procedurali e sostanziali si veda ivi, 49, paragrafi 77 e 79. Sul punto si veda anche l'opinione dissenziente dei giudici Al-Khasawneh e Simma, in *Pulp Mills*, cit., 120, paragrafi 26-27, dove essi sottolineano che «respect for procedural obligations assumes considerable importance and comes to the forefront as being an essential indicator of whether, in a concrete case, substantive obligations were or were not breached. Thus, the conclusion whereby non-compliance with the pertinent procedural obligations has eventually had no effect on compliance with the substantive obligations is a proposition that cannot be easily accepted».

impact assessment»⁶. Per altro verso, l'istituto risponde a una logica di condivisione delle responsabilità e cooperazione⁷.

Nello specifico, la VIA consiste in un procedimento amministrativo, da condurre a livello interno, volto a mettere l'autorità pubblica competente nelle condizioni di conoscere – per poi eventualmente assumere opportune determinazioni – le probabilità di un impatto ambientale connesse alla realizzazione (o più probabilmente all'autorizzazione) di progetti edili, industriali o infrastrutturali⁸. Se, come

⁶ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 16 dicembre 2015, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, in *ICJ Reports*, 2015, 665 ss., 706-707, par. 104. L'unica ragione per cui in questo caso la Corte esclude la violazione del principio di prevenzione da parte del Costa Rica, pur ritenendo che tale Stato abbia violato l'obbligo di condurre una VIA, consiste nel fatto che essa interpreta il danno ambientale come un elemento costitutivo della violazione del dovere di prevenzione, di cui, tuttavia, il Nicaragua non aveva offerto prova adeguata: ivi, 709, par. 109; questa interpretazione è confermata da J. BRUNNEÉ, *Procedure and Substance*, op. cit., 142. Se tale costruzione ha attirato critiche alla Corte, una lettura alternativa, svincolata cioè dalla necessità del danno ambientale, lungi dal reciderle finirebbe addirittura per esaltare ulteriormente le interferenze tra l'obbligo procedurale di VIA e l'obbligo sostanziale di prevenzione, quand'appunto propriamente inteso come obbligo di condotta. Ciò emerge con chiarezza nell'opinione separata che la giudice Donoghue ha allegato alla decisione nello stesso caso, dove essa osserva che «a failure to exercise due diligence to prevent significant transboundary environmental harm can engage the responsibility of the State of origin even in the absence of material damage to potentially affected States. This is why (as in *Nicaragua v. Costa Rica*) a failure to conduct an environmental impact assessment can give rise to a finding that a State has breached its obligations under customary international law without any showing of material harm to the territory of the affected State. If, at a subsequent phase, the failure of the State of origin to exercise due diligence in the implementation of a project causes significant transboundary harm, the primary norm that is breached remains one of due diligence, but the reparations due to the affected State must also address the material damage cause to the affected State» (*ICJ Reports*, 2015, 3, par. 9).

⁷ *Pulp Mills*, cit., 49, par. 77. Per un riferimento ancora più esplicito all'obbligo di cooperazione si veda Tribunale internazionale del diritto del mare, ordinanza del 3 dicembre 2001 sulle misure cautelari, *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, in *ITLOS Reports*, 2001, 110, par. 82, in cui si afferma che «[t]he duty to cooperate is a fundamental principle in the prevention of pollution of the marine environment under Part XII of the Convention and general international law». In merito a tale principio si veda N. CRAIK, *The Duty to Cooperate in the Customary Law of Environmental Impact Assessment*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, 239-259.

⁸ Restano dunque estranei al campo di applicazione della norma di diritto internazionale consuetudinario i piani e i progetti oggetto della valutazione ambientale strategica, la quale, ad oggi, è regolata in regimi particolari, per lo più in contesto europeo: si vedano l'art. 2, par. 6, del Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Kiev 21 maggio 2003, entrato in vigore l'11 luglio 2010, ivi, 2010, vol. 2685, 140 ss. e l'art. 3 della Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, in *Gazzetta ufficiale* n. L 197 del 21 luglio 2001, 30 ss.

vedremo, gli Stati interessati dai potenziali effetti senz'altro hanno diritto di essere informati, essi non godono di alcun diritto di veto; né, tantomeno, il diritto internazionale ha inteso imporre allo Stato territoriale l'obbligo di trovare il previo consenso delle altre parti interessate, trattandosi di decisioni che, fino a prova contraria, riguardano pur sempre il dominio riservato di un ente sovrano, e la possibilità di un impatto transfrontaliero non può essere data come presupposta, ma costituisce appunto l'oggetto che la VIA mira a ponderare.

Tale esame consiste in un giudizio prognostico sul rischio di un significativo impatto ambientale e, pertanto, deve essere necessariamente condotto prima della realizzazione del progetto proposto⁹. All'esito del processo deve essere stilato un documento sull'impatto ambientale. Se l'esito certifica la sussistenza del rischio di un significativo danno transfrontaliero, lo Stato promotore del progetto deve allora notificare tale esito allo Stato interessato e avviare in buona fede un processo di consultazione volto a individuare misure di prevenzione o mitigazione del rischio¹⁰. Da ultimo, considerato che l'obbligo di VIA ha natura permanente, dall'inizio dei lavori di realizzazione, e per tutto l'arco di vita dell'opera, lo Stato è tenuto a condurre un monitoraggio continuo degli effetti sull'ambiente¹¹; come ha precisato la Corte internazionale di giustizia nel caso relativo al *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*, in ragione dei principi dell'equità intergene-

⁹ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 706-707, par. 104, e 722-723, paragrafi 159 e 161. In questa stessa sentenza la Corte sembra riconoscere la natura consuetudinaria degli obblighi procedurali di notifica e consultazione: ivi, 708, par. 108.

¹⁰ «If the environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its due diligence obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk»: *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 707, par. 104, e 724, par. 168, dove la Corte internazionale di giustizia fa genericamente riferimento al diritto internazionale generale, in linea con quanto affermato in *Corfù Channel*, cit., 22. Tuttavia, in dottrina non manca chi ritiene che oggi la norma si sia consolidata sul piano del diritto consuetudinario: L. BOISSON DE CHAZOURNES, K. SANGBANA, *Principle 19: Notification and Consultation on Activities with Transboundary Impact*, in J.E. VIÑUALES (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford/New York, 2015, 493 ss.

¹¹ Opinione separata del Vicepresidente Weeramantry, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., 88 ss., 111-113; *Pulp Mills*, cit., 83-84, par. 205; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 723, par. 161. Si vedano, tuttavia, le considerazioni critiche di chi ridimensiona la portata delle affermazioni della Corte: N. BREMER, *Post-environmental Impact Assessment Monitoring of Measures or Activities with Significant Transboundary Impact: An Assessment of Customary International Law*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2017, 80 ss.

razionale e dello sviluppo sostenibile, tale obbligo si estende anche ad attività che, già avviate, siano ancora in corso¹².

3. In passato, l'esatta collocazione della norma sulla VIA nel sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico interazionale ha rappresentato una questione caratterizzata da elementi di particolare incertezza, la quale, pertanto, ha alimentato un serrato dibattito dottrinale. Quanto al suo *status* nell'ambito del diritto internazionale generale, ancora oggi vi è chi insiste sull'idea per cui la norma andrebbe inquadrata come un principio generale di diritto¹³.

Tale orientamento sembra generalmente fondato sulla non condizionale sovrapposizione del concetto di «principio generale di diritto» quale fonte e processo di produzione normativa autonomo (assieme al *customary* e al *treaty law-making*), e quello di principio come parte del binomio principi/regole¹⁴. In questa seconda accezione, il termine non allude alla collocazione formale di una norma nel sistema delle fonti, quanto piuttosto alla struttura che essa presenta sul piano materiale: diversamente dalle regole, i principi, data la loro ridotta portata prescrittiva, non offrono un autonomo modello di condotta, non obbligano a tenere un determinato comportamento, ma si limitano a indicare «una direzione da seguire, una tendenza da rispettare, un valore che richiede di essere preso in considerazione»¹⁵.

Ad ogni modo, non sembra che oggi la natura consuetudinaria della norma sulla VIA possa più esser ragionevolmente posta in discussione, alla luce dell'ampia prassi statale consolidatasi in materia¹⁶, e delle importanti pronunce giurisprudenziali di diverse

¹² *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., 78, par. 140.

¹³ Nel senso che la norma andrebbe inquadrata come principio generale di diritto e che la qualificazione nei termini di una fonte consuetudinaria sarebbe legata alla tradizionale ritrosia che le corti mostrano circa la possibilità di definire un giudizio sulla base di un principio: T. TREVES, *Environmental Impact Assessment and the Precautionary Approach: Why Are International Courts and Tribunals Reluctant to Consider Them as General Principles of Law?*, in M. ANDENAS et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden/Boston, 2019, 379 ss.; T. YANG, *The Emergence of the Environmental Impact Assessment Duty as a Global Legal Norm and General Principle of Law*, in *Hastings Law Journal*, 2019, 525 ss.

¹⁴ Sul punto classiche sono le distinzioni proposte da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, 24-25; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (1985), translated by J. Rivers, Oxford, 2010, 44-69.

¹⁵ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 385.

¹⁶ Basti pensare che il National Environmental Policy Act (NEPA), varato dagli Stati Uniti nel 1969, ha successivamente ispirato l'adozione di una legislazione analoga sulla VIA in

corti e tribunali internazionali, i quali hanno preso atto di tali sviluppi. Nel caso del *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*, attraverso un accordo *ad hoc*, Ungheria e Slovacchia hanno sottoposto alla Corte internazionale di giustizia la contesa tra loro insorta in relazione alla realizzazione di una diga sul Danubio, in esecuzione del Trattato di Budapest del 1977¹⁷, la cui realizzazione avrebbe prodotto un significativo impatto sulle acque e sulla biodiversità dell'ambiente fluviale. Quel che rileva evidenziare in questa sede è che, pur nell'ambito di una controversia che trovava essenzialmente nel diritto internazionale pattizio il quadro normativo applicabile, considerato come l'obbligo di condurre una VIA fosse in qualche modo implicito e strumentale ai doveri assunti dalle parti ai sensi degli articoli 15 e 19 del Trattato di Budapest¹⁸, la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto come l'impatto del Progetto e le sue implicazioni per l'ambiente rappresentassero una questione preliminare decisiva e che, pertanto, le due disposizioni citate imponessero di valutare i rischi ambientali¹⁹. Tuttavia, prima di concludere che le parti in lite dovessero «look afresh at the effects on the environment of the operation of the Gabčíkovo power plant [in order to] find a satisfactory solution for the volume of water to be released», i giudici non hanno mancato di rilevare – e questa volta in termini più generali – alcuni dei corollari del principio dello sviluppo sostenibile,

un numero di Stati non lontano dalle due centinaia. In tal senso R.K. MORGAN, *Environmental Impact Assessment: The State of the Art*, in *Impact Assessment and Project Appraisal*, 2012, 6; D. TARLOCK, *Ecosystems*, in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2007, 592. Per un'analisi della prassi statale, di natura interna, convenzionale o connessa all'adozione di altri strumenti internazionali sia consentito rinviare a F.M. PALOMBINO, D. GRECO, *La valutazione d'impatto ambientale e sanitario nel prisma della frammentazione del diritto internazionale*, in S. CAFARO (a cura di), *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, Napoli, 2022, 25-58.

¹⁷ Treaty concerning the Construction and Operation of the Gabčíkovo-Nagymaros System of Locks, Budapest 16 settembre 1977, entrato in vigore il 30 giugno 1978, in United Nations, *Treaty Series*, 1978, vol. 1109, 211 ss.

¹⁸ L'art. 15, par. 1, rubricato *Protection of Water Quality*, prevedeva: «The Contracting Parties shall ensure, by the means specified in the joint contractual plan, that the quality of the water in the Danube is not impaired as a result of the construction and operation of the System of Locks. 2. The monitoring of water quality in connection with the construction and operation of the System of Locks shall be carried out on the basis of the agreements on frontier waters in force between the Governments of the Contracting Parties». Sotto la rubrica *Protection of Nature*, l'art. 19 sanciva: «The Contracting Parties shall, through the means specified in the joint contractual plan, ensure compliance with the obligations for the protection of nature arising in connection with the construction and operation of the System of Locks».

¹⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., 77-78, par. 140.

affermando che «[o]wing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind – for present and future generations – of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development»²⁰.

A conferma della correttezza dell'interpretazione proposta sembra opportuno richiamare le parole del giudice Weeramantry, che nella propria opinione separata ha precisato come «the incorporation of environmental considerations into the Treaty by Articles 15 and 19 meant that the principle of EIA was *also* built into the Treaty» e che, pertanto, sussiste un obbligo di condurre una VIA e un monitoraggio continuo «whether the treaty expressly so provides or not»²¹.

Su questa scia, la Corte internazionale di giustizia è tornata nuovamente sul problema della natura della norma sulla VIA nel caso delle *Cartiere sul fiume Uruguay*, in cui, come è noto, l'Argentina lamentava che l'autorizzazione, la costruzione e l'attivazione, da parte dell'Uruguay, di due mulini ad acqua sull'omonimo fiume costituissero una violazione del Trattato che i due Paesi avevano concluso nel 1975²², in particolare per quanto concerne l'impatto ambientale che l'opera avrebbe avuto sulle acque fluviali. In questo contesto i giudici hanno rilevato che l'obbligo di proteggere e preservare l'ambiente acquatico, prevenendone l'inquinamento, ai sensi dell'art. 41, lett. a), dello Statuto del 1975, dovesse essere interpretato «in accordance with a *practice*, which in recent years has gained so much *acceptance among States* that it may now be considered a requirement under *general international law* to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Opinione separata del Vicepresidente Weeramantry, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., 111-112 (corsivo aggiunto).

²² Statute of the River Uruguay, Salto 26 febbraio 1975, entrato in vigore il 18 settembre 1976, in United Nations, *Treaty Series*, 1982, vol. 1295, 331 ss.

have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource»²³.

Che nella qualificazione della VIA come norma di diritto internazionale generale i giudici si stessero riferendo, nello specifico, al diritto consuetudinario, pochi dubbi consentono i riferimenti alla «practice» di cui vi è ampia «acceptance among States»; termini che fedelmente ricalcano quelli impiegati dall'art. 38, par. 1, lett. b), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia²⁴. Sul punto, da ultimo, si è pronunciato il Tribunale internazionale del diritto del mare, nel parere consultivo sulle *Attività nell'Area*. Il Consiglio dell'Autorità internazionale per i fondi marini, infatti, aveva chiesto al Tribunale, tra le altre cose, di chiarire il regime di responsabilità applicabile ai Paesi che sponsorizzano attività di esplorazione e sfruttamento delle risorse naturali nell'area corrispondente ai fondi marini al di là dei limiti della giurisdizione nazionale, nell'ipotesi in cui lo Stato sponsorizzato violi gli obblighi derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)²⁵. Ebbene, potendo confidare sulla giurisprudenza ormai consolidata della Corte, la Camera per la soluzione delle controversie relative ai fondi marini si è espressa in modo inequivocabile, affermando che «[i]t should be stressed that the obligation to conduct an environmental impact assessment is a direct obligation under the Convention and a general obligation under customary international law»²⁶.

Nell'ambito della sua opera di codificazione, anche la Commissione del diritto internazionale si è interessata della questione in più

²³ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 204 (corsivo aggiunto). Posizione successivamente ribadita dalla Corte in *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 706, par. 104, ma anche 108, 112. A conferma del fatto che il riferimento a «general international law» vada inteso come diritto internazionale consuetudinario si veda l'opinione separata del giudice Dugard, ivi, 846-849, paragrafi 12-17. Sempre nel senso che l'obbligo di condurre una VIA vada collocato al livello del diritto consuetudinario, ma come corollario del principio di *due diligence*, si vedano le opinioni separate della giudice Donoghue, ivi, 785, paragrafi 12 ss. e ivi, 753, paragrafi 21-22.

²⁴ In tal senso si pronuncia anche P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, IV ed., 2018, 678-679.

²⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay 10 dicembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994, in United Nations, *Treaty Series*, 1994, vol. 1883, 3 ss. Sul punto si veda L. LALLIER, F. MAES, *Environmental Impact Assessment Procedure for Deep Seabed Mining in the Area: Independent Expert Review and Public Participation*, in *Marine Policy*, 2016, 212 ss.; J. DURDEN et al., *Environmental Impact Assessment Process for Deep-Sea Mining in "the Area"*, ivi, 2018, 194 ss.

²⁶ Tribunale arbitrale del diritto del mare, parere del 1° febbraio 2011, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, in *ITLOS Reports*, 2011, 50, par. 145.

occasioni. Se, negli Articoli del 2001 sulla prevenzione del danno transfrontaliero da attività pericolose, la Commissione si è limitata a considerare che «[t]he practice of requiring an environmental impact assessment has become very prevalent»²⁷, senza però chiarire se la propria attività costituisse una codificazione del diritto internazionale esistente o un contributo al suo sviluppo progressivo, nelle Linee guida sulla protezione dell'atmosfera²⁸ – in particolare nel commentario alla linea guida n. 4, dedicata alla VIA – essa ha preso atto degli sviluppi occorsi, richiamandosi a diverse decisioni giurisprudenziali susseguitesi dal 2001 in avanti.

4. Con riguardo alla VIA, un primo problema che si pone attiene all'individuazione del momento in cui tale obbligo diviene operativo. Diversi autori hanno risolto tale questione in una domanda sull'efficacia temporale della norma sotto il profilo del momento a partire dal quale diviene necessario procedere alla VIA²⁹. In realtà, il problema più che sui confini temporali dell'istituto verte sulla definizione della sua portata materiale, poiché si tratta di determinare quali fatti della vita sociale rientrano effettivamente nel suo oggetto, ovvero di quali progetti edili, industriali o infrastrutturali, è necessario valutare l'impatto: se tutti indistintamente o alcuni soltanto.

Considerato che la formulazione del principio 17 della Dichiarazione di Rio è stata accolta nella stragrande maggioranza dei regimi convenzionali che dedicano una disposizione alla VIA³⁰, è oggi possi-

²⁷ Commissione del diritto internazionale, Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, parte 2, 148 ss., par. 4 del commento all'art. 7.

²⁸ Commissione del diritto internazionale, Report of the International Law Commission Seventieth session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), in *General Assembly Official Records Seventy-third Session Supplement No. 10*, UN Doc. A/73/10, 177-178.

²⁹ In tal senso N. CRAIK, *Environmental Impact Assessment*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, VI. *Principles of Environmental Law*, Cheltenham, 2018, 195 ss., 199 ss.; A.E. BOYLE, C. REDGWELL, *Birnie, Boyle, and Redgwell's International Law and the Environment*, Oxford, IV ed., 2021, 191 ss.

³⁰ Fanno riferimento alla significatività dell'impatto: il Principio 4 dei Principi affermati in Assemblea generale delle Nazioni Unite (AGNU), Co-operation in the Field of Environment Concerning Natural Resources Shared by two or more States, risoluzione n. 34/186 adottata il 18 dicembre 1979; il par. 2 della risoluzione AGNU n. 2995 (XXVII) adottata il 15 dicembre 1972; il Principio 12 degli Obiettivi e principi UNEP; il par. 11, lett. b), della World Charter for Nature, risoluzione AGNU n. 37/7 del 28 ottobre 1982; l'art. 2, par. 3, della Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Espoo 25 febbraio 1991, entrata in vigore il 10 settembre 1997, in United Nations, *Treaty Series*, 1997, vol. 1989, 309 ss.; l'art. 4, par. 1, del Protocollo di Kiev sulla valutazione ambientale strategica; l'art. 206 UNCLOS; l'art. 7, lett. b), della Convention on Biological Diversity, Rio de Janeiro

bile affermare, in termini generali, che bisogna condurre un tale esame quando si è in presenza di «proposed activities that are likely to have significant adverse impact»³¹. Tuttavia, legando l'operatività dell'obbligo di VIA a un'altra valutazione, tale risposta non sembra fare altro che spostare il problema. In effetti, il paradosso non è così lontano dal vero. Come sembra confermare la sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia nella controversia relativa alla *Costruzione di una strada*³², è implicito nella norma in esame l'obbligo di condurre una valutazione preliminare, obiettiva, volta ad accertare la probabilità che l'attività proposta cagioni un significativo impatto così che, in caso affermativo, si attivi il dovere di svolgere una valutazione piena³³. Tale fase preliminare prende il nome di *screening*.

Due, allora, sono i fattori condizionanti: la significatività dell'impatto avverso e la probabilità che questo si realizzi. Il primo serve a fissare una soglia che faccia salvi i progetti capaci di produrre soltanto effetti minimi, che l'ecosistema è in grado di tollerare³⁴; la seconda circoscrive ulteriormente la portata dell'obbligo a quegli effetti avversi che oltre a essere significativi siano non soltanto astrattamente possibili, ma anche probabili³⁵. Come ha osservato la Commissione del diritto internazionale, si tratta di una valutazione che «involves more

5 giugno 1992, entrata in vigore il 29 dicembre 1993, *ivi*, 1993, vol. 1760, 79 ss. La stessa soglia di significatività è riconducibile al diritto internazionale consuetudinario: cfr. *Pulp Mills*, cit., 83, par. 204. «More than a minor or transitory effect», invece, è la soglia individuata dall'art. 8, par. 1, lett. c), del Protocollo al Trattato antartico, letto in combinato disposto con l'art. 3 dell'Allegato I che è interamente dedicato a regolare la VIA: Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Madrid 4 ottobre 1991, entrato in vigore il 14 gennaio 1998, in United Nations, *Treaty Series*, 2013, vol. 2941, 3 ss.

³¹ Sviluppando la propria precedente giurisprudenza, la Corte internazionale di giustizia ha chiarito che la norma si applica a qualsiasi attività: *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 706, par. 104.

³² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 720, par. 154: «[T]o conduct a preliminary assessment of the risk posed by an activity is one of the ways in which a State can ascertain whether the proposed activity carries a risk of significant transboundary harm. However, Costa Rica has not adduced any evidence that it actually carried out such a preliminary assessment» (corsivo aggiunto). Come si evince, la Corte internazionale di giustizia ritiene che nel caso in cui la VIA non sia stata condotta in pieno, in ragione del fatto che non sussistessero i presupposti, incombe sullo Stato territoriale l'onere di provare di aver effettuato la valutazione preliminare che lo ha condotto a tale conclusione.

³³ Così l'art. 2, par. 1, dell'Allegato del Protocollo al Trattato sull'Antartico; analogo schema è sotteso al primo degli Obiettivi e principi UNEP e all'art. 3 della Convenzione di Espoo.

³⁴ Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, cit., par. 4 del commentario all'art. 2: «'[S]ignificant' is something more than 'detectable' but need not be at the level of 'serious' or 'substantial'».

³⁵ Al concetto di probabilità l'UNCLOS ha preferito quello di «reasonable grounds».

factual considerations than legal determination»³⁶ e, dunque, è strettamente legata alle specifiche caratteristiche del caso concreto. Essa, infatti, richiede di considerare fattori come la natura e la scala di grandezza dell'opera³⁷, la natura del potenziale impatto, le condizioni dell'ambiente interessato, la prossimità al confine³⁸. In *Costruzione di una strada*, la Corte internazionale di giustizia ha valorizzato una serie di parametri come le caratteristiche geografiche e morfologiche del territorio interessato, il fatto che l'opera insistesse su di un'area comunemente colpita da uragani o terremoti e su zone di particolare rilievo culturale e paesaggistico³⁹. Si tratta di dati empirici che, quando assumono una certa dimensione, innescano una sorta di presunzione che l'impatto dell'opera è da considerare senz'altro significativo e probabile. Nell'*Arbitrato sul Mare cinese meridionale*, le Filippine lamentavano che la Cina avesse violato l'art. 206 UNCLOS, omettendo di condurre e comunicare una VIA in relazione alla costruzione di isole artificiali a ridosso delle Isole Spratly, dalla quale sarebbero potuti derivare seri danni all'ecosistema marino. All'esito del giudizio, il Tribunale arbitrale istituito ai sensi dell'Allegato VII ha argomentato che «given the scale and impact of the island-building activities described in this Chapter, China could not reasonably have held any belief other than that the construction «may cause significant and harmful changes to the marine environment»⁴⁰. Allo stesso modo, la Commissione del diritto internazionale ha evidenziato come un utile indicatore possa venire dal fatto che il tipo di progetto proposto compare in uno degli elenchi di attività pericolose per cui regimi convenzionali esistenti prescrivono una VIA⁴¹; come a dire che, a prescindere dallo *status* di parte dell'accordo, il fatto che esistano molteplici regimi in cui certe attività sono considerate pericolose produce un limitato

³⁶ Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm, cit., par. 4 del commentario all'art. 2.

³⁷ Un riferimento a «the nature and magnitude of the proposed development» appare in *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 720, par. 104, e 707, par. 155.

³⁸ Il principio 1 degli Obiettivi e principi UNEP; Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm, cit., par. 4 del commentario all'art. 2.

³⁹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 720-721, par. 155.

⁴⁰ *The South China Sea Arbitration (Philippines v. China)*, lodo del 12 luglio 2016, consultabile all'indirizzo pca-cpa.org, 395, par. 988.

⁴¹ Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm, cit., par. 9 del commentario all'art. 7.

quanto indiretto effetto *erga omnes*, nella misura in cui indica l'esistenza di una coscienza internazionale del loro potenziale nocivo.

Sempre con riguardo all'oggetto della norma è opportuno segnalare che effetti rilevanti ai fini della VIA sono innanzitutto quelli transfrontalieri, vale a dire quegli effetti che, sorti in un Paese d'origine, si ripercuotono sul territorio di un altro Stato, secondo una logica di relazione interstatale eminentemente bilaterale. Tuttavia, pur senza uscire dalla dimensione orizzontale dei rapporti interstatali, è senz'altro possibile affermare che la VIA miri a ponderare anche l'impatto su «risorse comuni», sul «patrimonio comune dell'umanità», ovvero su quelle aree al di fuori della sovranità territoriale degli Stati – come, ad esempio, l'area corrispondente ai fondali marini e al sottosuolo, al di là dei limiti della giurisdizione nazionale –, la preservazione del cui ecosistema rappresenta un interesse della Comunità internazionale nel suo complesso⁴². In tal senso, infatti, depone, sul piano convenzionale, oltre al più volte menzionato Protocollo al Trattato antartico, l'art. 206 UNCLOS, nella parte in cui ordina di valutare «significant and harmful changes to *the marine environment*» (corsivo aggiunto)⁴³.

⁴² A tal proposito, si segnalano J. BRUNNÉE, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concerns*, in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY, *op. cit.*, 550 ss., e M. BOWMAN, *Environmental Protection and the Concept of Common Concern of Mankind*, in M. FITZMAURICE, D.M. ONG, P. MERKOURIS (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, 2010, 493 ss.; A.G. OUDE ELFERINK, *Environmental Impact Assessment in Areas beyond National Jurisdiction*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, 449 ss.; R. WARNER, *Environmental Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction*, in R. RAYFUSE (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, Cheltenham, 2015, 291 ss.; ID., *Environmental Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction: Practice and Prospects*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2017, 252 ss.

⁴³ In altre parole, la norma sulla VIA ha seguito la stessa parabola del principio di prevenzione. In tempi più risalenti, infatti, il principio è stato interpretato nel senso che fosse diretto a evitare «injury (...) in or to the territory of another [State]»: così *Trail Smelter case (United States v. Canada)*, lodo del 16 aprile 1938 e dell'11 marzo 1941, in *United Nations, Reports of International Arbitral Awards*, 3, 1950, 1905 ss., 1965. Con l'adozione della Dichiarazione di Stoccolma, nel 1972, e della Dichiarazione di Rio, nel 1992, il campo di applicazione della norma si è esteso: ai sensi rispettivamente del principio 21 e del principio 2, «States have (...) the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction» (corsivo aggiunto). Tali sviluppi sul piano della prassi sono stati colti dalla Corte internazionale di giustizia, che, nel 1996, ha riconosciuto come «the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment»: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., 241-242, par. 29.

Il medesimo ambito di applicazione – comprensivo, cioè, delle aree che si estendono al di là della giurisdizione statale – è attribuibile anche alla norma di diritto internazionale consuetudinario⁴⁴. In proposito, vale la pena richiamare, ancora una volta, il caso relativo alle *Cartiere sul fiume Uruguay*, in cui la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto come, «under general international law», la VIA miri a ponderare «a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a *shared resource*»⁴⁵. La «risorsa comune» cui qui si fa riferimento è naturalmente il fiume Uruguay, che costituisce un corso d'acqua internazionale, vale a dire «un corso d'acqua le cui parti sono situate in Stati diversi» ai sensi dell'art. 2, lett. b), della Convenzione del 1997 sul diritto applicabile agli usi di tale tipo di fiumi per scopi diversi dalla navigazione⁴⁶. L'accordo è stato concluso sulla base del progetto di articoli predisposto dalla Commissione del diritto internazionale ed è oggi generalmente ritenuto corrispondente al diritto internazionale consuetudinario consolidatosi in materia⁴⁷.

Nonostante il Trattato stipulato da Argentina e Uruguay, nel 1961, abbia delimitato la frontiera sull'omonimo fiume⁴⁸, su quest'ultimo continua a sussistere una situazione di comunione di interessi, in ragione di due fattori: uno naturale e l'altro giuridico. Innanzitutto, ci si riferisce alla relazione d'interdipendenza che viene a instaurarsi tra gli Stati rivieraschi in ragione del fatto che l'ecosistema di un corso d'acqua costituisce un complesso unitario, il quale, se certamente può essere suddiviso – sul piano giuridico – mediante una formale delimitazione di confini pattuita tra le parti, resta invece inscindibile dal punto di vista materiale. Inoltre, occorre rilevare che allo *status* giuridico del corso d'acqua internazionale si ricollegano tre obblighi generali per gli Stati rivieraschi, i quali includono l'utilizzo

⁴⁴ Come si vedrà, ciò non dipende soltanto dal carattere universale della Convenzione di Montego Bay, che offre una prassi statale particolarmente significativa e di per sé già rende piuttosto effimera una differenziazione tra diritto internazionale pattizio e generale.

⁴⁵ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 204 (corsivo aggiunto).

⁴⁶ In tal senso P.M. VERNET, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, luglio 2010, par. 6. Come riferimento normativo, si veda la Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York 21 maggio 1997, in vigore il 17 agosto 2014, United Nations, *Treaty Series*, 2014, vol. 2999, 77 ss.

⁴⁷ S.C. McCaffrey, *International Watercourses. Environmental Protection*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, aprile 2011, par. 6.

⁴⁸ Treaty concerning the boundary constituted by the River Uruguay, Montevideo 7 aprile 1961, in vigore il 19 gennaio 1966, in United Nations, *Treaty Series*, 1968, vol. 635, 91 ss., art. 1.

equo e ragionevole, la prevenzione di danni significativi e la notifica di opere che possano impattare sull'uso del fiume.

Precisamente in questo quadro la Corte è giunta ad affermare che, in base al diritto internazionale generale, l'obbligo di VIA consente di ponderare l'impatto su di una «risorsa comune»; poco importa, allora, se la comunione di interessi riguarda due soli Stati o tutti i membri della Comunità internazionale. In altre parole, la logica affermata nel caso delle *Cartiere* si presta a essere applicata in presenza di situazioni di comunione di interessi derivanti da relazioni di oggettiva interdipendenza e sancite da regimi giuridici appositi come quelli cui sono soggette le aree che si estendono al di là della giurisdizione statale⁴⁹. Non a caso tale impostazione è stata autorevolmente avallata dal Tribunale internazionale del diritto del mare, il quale, proprio riprendendo il *dictum* della Corte, ha successivamente rilevato che «[t]he Court's reasoning in a transboundary context may also apply to activities with an impact on the environment in an area beyond the limits of national jurisdiction; and the Court's references to 'shared resources' may also apply to resources that are the common heritage of mankind»⁵⁰.

5. Un altro aspetto particolarmente controverso in relazione all'obbligo di condurre una VIA attiene all'effettiva estensione del suo contenuto precettivo: in particolare, si tratta di definire quali aspetti debbano essere necessariamente considerati e riportati nella documentazione finale. Tale fase della procedura prende il nome di *scoping*.

Come ha rilevato la Corte internazionale di giustizia nel caso delle *Cartiere sul fiume Uruguay*⁵¹, il diritto internazionale consuetudinario – per i limiti intrinseci alla sua natura, si potrebbe aggiungere – non si preoccupa di definire in dettaglio tutti gli elementi che la VIA deve considerare e, pertanto, non vi è dubbio che, per questa parte, gli Stati mantengano un'ampia discrezionalità. In proposito, infatti, la stessa Corte ha rilevato che «it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in

⁴⁹ Sul ricorso all'analogia nell'accertamento del diritto internazionale consuetudinario, si veda P. TOMKA, *Custom and the International Court of Justice*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, 195 ss., 215.

⁵⁰ *Activities in the Area*, cit., 51, par. 148, ma si veda anche il par. 147, a conferma del fatto che l'analisi del Tribunale verta sul diritto internazionale consuetudinario.

⁵¹ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205: «[G]eneral international law [does not] specify the scope and content of an environmental impact assessment».

each case»⁵². Tuttavia, quest'affermazione ha destato preoccupazione in quella parte della dottrina, in particolar modo di formazione continentale, che, caratterizzata da un'impostazione marcatamente normativistica, tradizionalmente prova una certa insoddisfazione dinanzi a obblighi generali e ha intravisto nel passaggio riportato il segno di una forma di deferenza del diritto internazionale dinanzi al diritto interno⁵³.

Tali preoccupazioni non sembrano fondate. In primo luogo, la questione «does not relate to the question of whether an environmental impact assessment should be undertaken»⁵⁴, per altro a più riprese: prima, durante e dopo la realizzazione dell'attività o dell'opera proposta (*continuous monitoring*). In secondo luogo, spesso si dimentica che, nella motivazione, la stessa Corte ha proseguito il proprio ragionamento evidenziando come, in sede di VIA, gli Stati debbano aver riguardo «to the *nature and magnitude* of the proposed development and its *likely adverse impact* on the environment as well as to the *need to exercise due diligence* in conducting such an assessment»⁵⁵, offrendo dunque dei parametri sostanziali di riferimento in base ai quali determinare il contenuto della valutazione. In terzo luogo, tale impostazione risponde a una logica di sussidiarietà e differenziazione, consentendo a ciascuno Stato la flessibilità necessaria per calare al meglio l'obbligo internazionale da assolvere nello specifico contesto della realtà ambientale interna e del caso specifico.

Infine, non si comprende quale avrebbe dovuto essere, in alternativa, la strada giusta da percorrere, considerato che una regolazione dettagliata delle modalità con cui condurre la VIA non solo risulterebbe impossibile a fronte della vastità di ipotesi in cui può sorgere l'esigenza di calcolare un impatto ambientale, ma rischierebbe addirittura

⁵² *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205; così anche Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm, cit., par. 7 del commentario all'art. 7.

⁵³ I. PLAKOPKEFALOS, *Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea: Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area Advisory Opinion*, in *Journal of Environmental Law*, 2012, 133 ss., 139; L. PINESCHI, *The Duty of Environmental Impact Assessment in the First ITLOS Chamber's Advisory Opinion: Towards the Supremacy of the General Rule to Protect and Preserve the Marine Environment as a Common Value?*, in N. BOSCHERO et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, 2013, 425 ss., 428-429.

⁵⁴ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 721, par. 157.

⁵⁵ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205 (corsivo aggiunto). Nella stessa direzione *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 720, par. 104, e 707, par. 155.

tura di limitare l'efficacia dello strumento di prevenzione a quei soli casi per i quali le modalità espressamente stabilite si palesino adeguate. È stato infatti ricordato sopra (par. 4) che se, in generale, la VIA costituisce l'oggetto di un obbligo giuridico, l'esame da compiere in concreto ha natura tecnica: riguarda, cioè, la valutazione di circostanze di fatto, da svolgere con criteri scientificamente adeguati⁵⁶.

Inoltre – continuando sul punto –, nell'individuare requisiti minimi vengono in ausilio i principi di effettività e adeguatezza. Per quanto concerne la forma, infatti, pur non sussistendo requisiti particolari – non è necessario, ad esempio, che la valutazione sia contenuta in un rapporto governativo ufficiale⁵⁷ – l'obbligo di VIA non potrebbe considerarsi assolto, qualora nella documentazione prodotta manchi del tutto una descrizione di aspetti indefettibili come il progetto proposto, l'ambiente su cui insiste, l'impatto su individui, beni e ambiente (siano essi interni allo Stato territoriale, di altri Stati o comuni)⁵⁸, possibili misure alternative o di mitigazione, e il grado di solidità delle conoscenze disponibili al momento dell'esame⁵⁹. Ci si troverebbe in una situazione analoga a quella di atti giuridici privi di elementi essenziali, come una citazione che non indichi il tribunale davanti al quale la domanda è proposta, o le generalità di attore e convenuto.

Per quanto concerne i profili sostanziali, con particolare riguardo al calcolo dell'impatto, occorre ricordare che l'istituto *de quo* si iscrive all'interno del più generale dovere di *due diligence* e, come tale, può considerarsi assolto solo in presenza di un esame adeguato, condotto, cioè, in modo oggettivo⁶⁰, quale delineato da standard tecnici e pratiche consolidate che possano rappresentare un consenso a li-

⁵⁶ Questa, infatti, è l'interpretazione che la stessa Corte internazionale di giustizia ha dato del precedente relativo alle *Cartiere sul fiume Uruguay*, evidenziando che «[d]etermination of the content of the environmental impact assessment should be made in light of the specific circumstances of each case»: *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 720, par. 104. In proposito, si vedano anche le osservazioni della Commissione del diritto internazionale in *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm*, cit., par. 4 del commentario all'art. 2.

⁵⁷ WTO Panel Report del 12 giugno 1998, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon [Australia-Salmon]*, WT/DS18/R, 183-186, paragrafi 8.136-8.137.

⁵⁸ *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm*, cit., par. 8 del commentario all'art. 7.

⁵⁹ Principio 4 degli Obiettivi e principi UNEP.

⁶⁰ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 720, par. 153.

vello internazionale o siano quanto meno plausibili per il tipo di attività in cui ricade il progetto proposto⁶¹.

In tale contesto va richiamata la giurisprudenza elaborata dal meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio. Tale prassi attiene invero alla valutazione del rischio condotta, ai sensi dell'art. 5 dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo SPS)⁶², al fine di prevenire danni alla salute umana, animale e vegetale derivanti dalla diffusione di malattie, parassiti, contaminanti o tossine⁶³. Ciò nonostante, da essa è possibile trarre, per analogia, indicazioni utili anche per la VIA. Infatti, com'è stato evidenziato, se è vero che l'inciso «as appropriate to the circumstances» contenuto nell'art. 5 dell'Accordo SPS intende riconoscere allo Stato un certo grado di discrezionalità nell'operazione di valutazione⁶⁴, è altresì vero che proprio la specificità delle circostanze lo debba guidare in una valutazione caso per caso, com'è necessario avvenga anche nell'esecuzione dell'obbligo qui in esame⁶⁵.

⁶¹ Opinione separata della giudice Donoghue, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 786, par. 15. In questa direzione depongono i principi 5 e 6 degli Obiettivi e principi UNEP.

⁶² Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, in Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Allegato 1A, Marrakesh 15 aprile 1994, entrato in vigore il 1° gennaio 1995, in United Nations, *Treaty Series*, 1995, vol. 1867, 493 ss. Sulla tutela della salute e dell'ambiente nel contesto del TRIPS si veda L. GRUSZCZYNSKI, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law: A Critical Analysis of the SPS Agreement*, Oxford, 2010; G. VAN CALSTER, D. PRÉVOST (eds.), *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Northampton-Cheltenham, 2013. L'art. 5, par. 1, dell'Accordo SPS, rubricato *Assessment of Risk and Determination of the Appropriate Level of Sanitary or Phytosanitary Protection*, prevede: «Members shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations».

⁶³ La norma in esame mira a tutelare da possibili rischi transfrontalieri gli stessi beni giuridici che la VIA intende salvaguardare. Ciò non di meno, a differenza di quanto accade con la VIA, sul più classico obiettivo di non arrecare danni a terzi s'impone qui una logica prevalentemente difensiva, diretta a evitare che minacce provenienti da uno Stato membro dell'Organizzazione mondiale del commercio si diffondano a livello interno. Inoltre, al pari della VIA, anche la VR deve precedere il processo decisionale, il quale, però, riguarda in questo caso l'adozione di un provvedimento legislativo o amministrativo e non l'autorizzazione di un progetto edile, industriale o infrastrutturale.

⁶⁴ WTO Appellate Body Report del 16 gennaio 1998, *European Communities – EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) [EC-Hormones]*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 50, par. 129.

⁶⁵ Panel Report, *Australia-Salmon*, cit., 156, par. 8.71; in questo caso il Panel, trattandosi di una controversia commerciale, ha valorizzato fattori come la natura del prodotto, l'origine, la destinazione e la specifica situazione del Paese.

Da quanto evidenziato emerge, da un lato, che la Corte non ha mai inteso delineare un rinvio del diritto internazionale agli ordinamenti interni⁶⁶ – men che mai “in bianco” – e, dall’altro, che un controllo giudiziale resta comunque sempre possibile⁶⁷. In relazione al primo aspetto, sembra più ragionevole ritenere che la Corte si sia limitata a riconoscere che l’attuazione dell’obbligo necessariamente richiede un’attività di adattamento, dato che, affinché la norma possa operare sul piano interno, è necessario il coinvolgimento di quegli organi della pubblica amministrazione incaricati di sovrintendere alla realizzazione o all’autorizzazione di opere e attività che possano impattare sull’ambiente. Tale considerazione, tuttavia, in alcun modo intende riconoscere alle autorità nazionali la possibilità di determinare arbitrariamente il contenuto della norma in esame. Inoltre, come la Corte internazionale di giustizia ha rilevato nell’affare relativo alla *Costruzione di una strada*, uno Stato non potrebbe mai sottrarsi all’obbligo di VIA, o eluderlo, restringendone il campo di applicazione attraverso l’introduzione di deroghe e zone franche nella propria legislazione interna⁶⁸.

Con riguardo al secondo profilo, occorre ricordare come, nel 2014, la Corte internazionale di giustizia abbia rivisto criticamente la VIA condotta dal Giappone circa gli effetti della *Caccia alla balena*⁶⁹, in base a parametri di trasparenza (par. 88) e completezza delle informazioni (paragrafi 88 e 181), solidità delle prove (par. 179), coerenza interna (paragrafi 67, 193-198), ragionevolezza (paragrafi 172, 212, 227). Tale attività di controllo giurisdizionale da parte della Corte mal si concilia con la tesi per cui questa avrebbe inteso convalidare un atteggiamento deferente verso lo Stato quanto alla determinazione del

⁶⁶ Si veda in proposito l’opinione separata della giudice Donoghue, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 786, par. 15, in cui questa osserva che «[t]oday’s Judgment makes clear that the above-quoted passage from the *Pulp Mills* case does not give rise to a *renvoi* to national law in respect of the content and procedures of environmental impact assessment (...). Instead, the ‘[d]etermination of the content of the environmental impact assessment should be made in light of the specific circumstances of each case’ (...). This leaves scope for variation in the way that States of origin conduct the assessment, so long as the State meets its obligation to exercise due diligence in preventing transboundary environmental harm». Nella stessa direzione va l’opinione separata del giudice *ad hoc* Dugard, *ivi*, 849 par. 18, ma si veda *contra* l’opinione separata del giudice Bhandari, *ivi*, 799-800, par. 29.

⁶⁷ N. CRAIK, *Environmental Impact Assessment*, cit., 201.

⁶⁸ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 721-722, par. 157.

⁶⁹ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 31 marzo 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, in *ICJ Reports*, 2014, 226 ss.

contenuto dell'obbligo di VIA. Analogamente, nell'*Arbitrato sul Mare cinese meridionale* il Tribunale arbitrale, commentando due rapporti cinesi, non ha mancato di notare che gli stessi fossero «far less comprehensive than EIAs reviewed by other international courts and tribunals»⁷⁰. Analogamente, in *EC-Hormones*⁷¹, l'Organo di appello ha evidenziato che la valutazione del rischio non può consistere in uno studio generale, valido in astratto, ma deve aver considerato una possibile minaccia nelle specifiche circostanze del caso, giungendo così a negare che gli studi allegati dall'Unione europea per giustificare restrizioni alle importazioni di carni contenenti ormoni fossero «sufficiently specific to the case at hand» e compatibili con l'art. 5, par. 1, dell'Accordo SPS.

6. Nel già menzionato parere consultivo sulle *Attività nell'Area*, il Tribunale internazionale del diritto del mare ha invocato le raccomandazioni dell'Autorità internazionale per i fondali marini direttamente per chiarire la portata dell'obbligo di condurre una VIA. Richiamando la giurisprudenza esistente, i giudici hanno osservato che «in the view of the ICJ, *general international law does not 'specify the scope and content of an environmental impact assessment'* (paragraph 205 of the Judgment in Pulp Mills on the River Uruguay). While article 206 of the Convention gives only few indications of this scope and content, *the indications in the Regulations, and especially in the Recommendations referred to in paragraph 144, add precision and specificity to the obligation as it applies in the context of activities in the Area*»⁷².

È stato talvolta sostenuto che l'approccio “progressista” seguito dal Tribunale, nel senso di valorizzare strumenti normativi soprattutto non vincolanti⁷³, per definire la portata di obblighi generali come quello sulla VIA, segnasse una distanza dall'atteggiamento apparentemente più remissivo tenuto dalla Corte internazionale di giustizia nel

⁷⁰ *The South China Sea Arbitration*, cit., 396, par. 990.

⁷¹ Appellate Body Report, *EC-Hormones*, cit., 81, par. 200. Così anche WTO Appellate Body Report del 26 novembre 2003, *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples [Japan-Apples]*, WT/DS245/AB/R, 73-74, paragrafi 202-203.

⁷² *Activities in the Area*, cit., 51, par. 149 (corsivo aggiunto).

⁷³ Par. 10 delle Recommendations for the Guidance of Contractors for the Assessment of the Possible Environmental Impacts Arising from Exploration for Polymetallic Nodules in the Area, adottate dalla Commissione tecnico-giuridica dell'Autorità internazionale per i fondi marini il 13 febbraio 2002, ISBA/7/LTC/1/Rev.1.

caso delle *Cartiere sul fiume Uruguay*, la quale avrebbe consegnato agli Stati tali determinazioni⁷⁴.

Tale argomentazione non convince. Preliminarmente, occorre evidenziare che in entrambi i casi il ricorso a strumenti normativi ulteriori era richiesto, innanzitutto, dal quadro normativo (convenzionale) rilevante: l'Accordo attuativo della Parte XI dell'UNCLOS⁷⁵, nel primo giudizio, e lo Statuto del fiume Uruguay⁷⁶, nel secondo. Nel merito, è indubbio che in entrambi i casi le argomentazioni della Corte internazionale di giustizia e del Tribunale internazionale del diritto del mare, pur originariamente radicate nel contesto convenzionale di riferimento, abbiano finito per investire il diritto internazionale generale. Tuttavia, a un esame attento, risulta evidente come, anche su questo versante, non vi sia alcun conflitto nell'orientamento delle due autorità giurisdizionali: bisogna ricordare, infatti, che, come i giudici di Amburgo, anche la Corte, sul piano del metodo, ha tenuto conto di strumenti normativi estranei allo Statuto del fiume Uruguay (come gli Obiettivi e principi UNEP sulla VIA⁷⁷), ma, semplicemente, ha ritenuto di non poterne trarre elementi decisivi per il caso concreto⁷⁸.

Tale approccio risulta peraltro condiviso anche dal meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC che, nella sua giurisprudenza relativa all'Accordo SPS, ha riconosciuto come la discrezionalità degli Stati nella scelta delle modalità con cui procedere a una valutazione «as appropriate to the circumstances» viene circoscritta

⁷⁴ Tale sarebbe l'interpretazione di *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205 offerta da I. PLAKOPKE-FALOS, *op. cit.*, 139; L. PINESCHI, *The Duty of Environmental Impact*, cit., 429.

⁷⁵ Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, New York 28 luglio 1994, provvisoriamente entrato in vigore il 16 novembre 1994, in United Nations, *Treaty Series*, 1994, vol. 1836, 3 ss., la cui sezione 1, par. 7, dell'Allegato sancisce: «An application for approval of a plan of work shall be accompanied by an assessment of the potential environmental impacts of the proposed activities (...) in accordance with the rules, regulations and procedures adopted by the Authority». A sua volta, la Regola 38 delle Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area, ISBA/6/A/18, autorizza la Commissione tecnico-giurica ad adottare raccomandazioni di natura tecnico-amministrativa volte a guidare gli appaltatori nell'attuazione dei regolamenti dell'Autorità.

⁷⁶ Art. 41, lett. a).

⁷⁷ Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, Decisione dell'UNEP Governing Council n. 14/25 del 17 giugno 1987; successivamente, i principi hanno ottenuto l'autorevole sostegno dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite in Report of the World Commission on Environment and Development, risoluzione n. 42/187 adottata l'11 dicembre 1987.

⁷⁸ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205.

dall'esistenza di tecniche di valutazione del rischio sanitario sviluppate dalle organizzazioni internazionali rilevanti *ratione materiae*⁷⁹.

Non ci si trova, dunque, di fronte a un'ipotesi di frammentazione giurisdizionale; anzi, come si è avuto modo di evidenziare con riguardo a precedenti relativi all'Accordo SPS, all'UNCLOS, allo Statuto del fiume Uruguay e anche al diritto internazionale generale, le corti e i tribunali internazionali, una volta tanto, mostrano un approccio comune riguardo all'impiego di strumenti normativi come standard, linee guida o raccomandazioni, per definire la specifica portata di obblighi giuridici di carattere tanto convenzionale quanto di diritto generale. Si tratta, peraltro, di un orientamento da accogliere con favore, poiché, nella misura in cui atti di *soft law* riescono a rappresentare un consenso a livello internazionale circa lo standard minimo e le modalità più idonee da adottare rispetto a una determinata attività, essi restringono il margine di discrezionalità degli Stati, ovvero il ventaglio della possibilità di scelta che essi hanno nell'adempiere un obbligo positivo di diligenza⁸⁰. In altre parole, tali fonti intervengono, *ex ante*, a definire la portata di norme di diritto internazionale generale, per poi offrire, *ex post*, all'interprete un parametro utile – a volte, di fatto, decisivo – a valutare l'altrimenti imponderabile adempimento di obblighi generali, dal contenuto piuttosto vago. Ne deriva che, in base alle circostanze, la mancata adozione di tali standard può costituire una presunzione di inosservanza dell'obbligo di VIA, sicché spetterà allo Stato che non ne abbia tenuto conto esplicitare le ragioni di una tale scelta.

Ancora una volta, allora, viene sconfessata le tesi sostenuta da parte della dottrina, per cui il *soft law* rappresenterebbe una minaccia alla certezza del diritto e al principio di legalità. Non di rado, infatti, è piuttosto difficile definire il contenuto di norme di diritto internazionale generale e, in tali ipotesi, il *soft law* interviene a “puntellare” l'effettività del sistema delle fonti, rendendo prevedibili la portata

⁷⁹ Panel Report, *Australia-Salmon*, cit., 156, par. 8.71.

⁸⁰ A.E. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 905, osserva come gli standard prodotti da organismi tecnici internazionali «generally represent an authoritative technical and political consensus, approved by the Board of Governors or General Conference of the Agency. Despite their soft law status, it is relatively easy to see them as minimum internationally endorsed standards of conduct, and to regard failure to comply as presumptively a failure to fulfil the customary obligation of due diligence in the regulation and control of nuclear activities». In termini più generali, A.E. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford, 2007, 84-85. Più di recente, A. OLLINO, *op. cit.*, 235 e 241.

normativa degli obblighi giuridici esistenti e, conseguentemente, quella degli addebiti in caso di violazione⁸¹. Si tratta di una prospettiva che l'interprete farebbe bene a percorrere prima di concludere che la norma internazionale non dia prescrizioni specifiche di sorta, frustrando con ciò le sempre più pressanti istanze di regolazione in un'epoca in cui l'ordinamento internazionale aspira a disciplinare ogni settore della vita sociale internazionale e sempre maggiori sono le aspettative che riesca in tale sfida.

7. Occorre dedicare qualche cenno al regime di responsabilità applicabile alla materia in esame. In proposito, bisogna preliminarmente sottolineare che ci si occupa dell'inosservanza di un obbligo di natura procedurale, e di esso soltanto, prescindendo dunque dall'ipotesi in cui si venga a configurare anche una violazione dei doveri di *due diligence* e prevenzione. Nel caso in esame, infatti, l'illecito si configura allorché uno Stato realizzi un'opera omettendo del tutto la VIA (o conducendola con modalità manifestamente inefficaci in base alle circostanze) o, ancora, quando questo non assolva il dovere di notifica e consultazione. I due scenari appena ipotizzati si sono concretizzati, rispettivamente, nel caso relativo alla *Costruzione di una strada* e in quello delle *Cartiere sul fiume Uruguay*: in entrambi i giudizi la Corte internazionale di giustizia, per quanto concerne tali violazioni, ha riconosciuto esclusivamente la soddisfazione, nella forma della dichiarazione giudiziale.

⁸¹ Sul punto si veda P.-M. DUPUY, *Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution*, in D.B. MAGRAW (ed.), *International Law and Pollution*, Philadelphia, 1991, il quale osserva che «[i]n certain cases, these guidelines bring an important contribution to the definition of international standards on the basis of which the due diligence to be expected from 'well-governed' modern States can be established». Nel senso che standard, linee guida e raccomandazioni possano favorire la nascita di un consenso internazionale attorno alla portata dell'obbligo di VIA, che, come tale, consenta di superare soluzioni unilateralistiche, si è espresso I. PLAKOPKEFALOS, *op. cit.*, 139, secondo il quale «[t]his approach possibly leads the way to a wider understanding of the content of the EIA; an understanding that looks towards international bodies for the definition of the content of the EIA, thus working towards a global and not a narrow localised approach». Più di recente, questa posizione è stata ripresa da Y. TANAKA, *Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment (EIA) in International Adjudication: Interaction between Law and Time*, in *Nordic Journal of International Law*, 2021, 86 ss., 115, il quale rileva che «[i]t is hard to expect that detailed requirements of an EIA would be formulated in customary international law owing to the diversity of State practice concerning an EIA. Hence, the better approach is that the specific contents of an EIA should be provided in legal instruments», precisando in nt. 134 che «[c]ontents of an EIA can be specified in non-binding instruments».

In effetti, in questo contesto, le altre forme di riparazione non sembrano esperibili⁸². Non si configura, infatti, un obbligo di *restitutio ad integrum*, poiché la violazione consiste esclusivamente nell'omissione della VIA o della relativa notifica, le quali, comunque, non avrebbero potuto impedire la realizzazione di un'opera nel dominio riservato dello Stato territoriale, attività che, pertanto, in sé considerata, resta lecita da questo punto di vista e la cui eventuale illiceità andrà valutata alla luce di altre norme del diritto internazionale⁸³. Allo stesso modo, muovendoci in un orizzonte che prescinde (ancora) da un danno effettivo, neanche il risarcimento rappresenta un rimedio immediatamente percorribile⁸⁴.

Di contro, resta salvo il dato per cui lo Stato responsabile dell'illecito debba assicurare che analoghe violazioni non si ripeteranno in futuro e, se la realizzazione dell'opera non è completa, è comunque tenuto a condurre una VIA. Se, invece, i lavori sono già stati ultimati, omettendo la valutazione, lo Stato territoriale continua a soggiacere al dovere di VIA, in linea con il regime generale di responsabilità dello Stato, secondo cui «[t]he legal consequences of an interna-

⁸² N. CRAIK, *Environmental Impact Assessment*, cit., 203.

⁸³ D'altra parte, diversi atti internazionali precisano chiaramente che la disciplina concernente la prevenzione del danno ambientale, di cui l'obbligo di condurre una VIA fa parte, si applica innanzitutto ad attività lecite ai sensi del diritto internazionale: Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, cit., art. 1: «The present articles apply to activities not prohibited by international law which involve a risk of causing significant transboundary harm through their physical consequences».

⁸⁴ In *Pulp Mills*, cit., 104, par. 275 s., la Corte ha rilevato che «the procedural obligations under the 1975 Statute did not entail any ensuing prohibition on Uruguay's building of the Orion (Botnia) mill, failing consent by Argentina (...). Further, (...) the operation of the Orion (Botnia) mill has not resulted in the breach of substantive obligations (...). [Therefore] ordering the dismantling of the mill would not, in the view of the Court, constitute an appropriate remedy for the breach of procedural obligations. [T]he Court is likewise unable, for the same reasons, to uphold Argentina's claim in respect of compensation». Tornando sul punto cinque anni più tardi, la Corte ha precisato che «restitution and compensation are forms of reparation for material injury. The Court notes that, although Costa Rica did not comply with the obligation to conduct an environmental impact assessment, it has not been established that the construction of the road caused significant harm to Nicaragua or was in breach of other substantive obligations under international law. As such, restoring the original condition of the area where the road is located would not constitute an appropriate remedy for Costa Rica's breach of its obligation to carry out an environmental impact assessment (...). For the same reasons, the Court declines to grant Nicaragua's claim for compensation»: *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 739, par. 226.

tionally wrongful act (...) do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached»⁸⁵.

A conclusioni analoghe bisogna è necessario pervenire anche nel caso di un'opera completata prima che l'obbligo consuetudinario si consolidasse, considerato come il dovere di monitoraggio permanente sia naturalmente destinato a spiegare effetti nei confronti di opere realizzate nel passato e ancora in essere, le quali, pertanto, vengono trattate nel suo capo di applicazione. A maggior ragione, va da sé che lo Stato territoriale continui a soggiacere al dovere di VIA per ogni eventuale modifica o progetto da realizzare⁸⁶.

8. Alla luce dell'indagine svolta, è possibile trarre alcune conclusioni. In primo luogo, l'obbligo di condurre una VIA si conferma un elemento centrale di quel complesso di norme internazionali volte a prevenire un danno ambientale. In secondo luogo, la sistematica previsione dell'istituto nella stragrande maggioranza degli ordinamenti statali in numerosi accordi e atti internazionali offre prova sufficiente di una prassi accettata come giuridicamente doverosa tale da confortare l'idea per cui lo *status* consuetudinario della norma sia ormai consolidato. Pertanto, è da accogliere con favore quell'orientamento giurisprudenziale che espressamente riconosce tale sviluppo, mentre, allo stato attuale, meno convincenti appaiono le resistenze manifestate da una parte, minoritaria, della dottrina.

In terzo luogo, con riguardo al problema del momento in cui l'obbligo di effettuare una VIA diviene pienamente efficace, appaiono opportune alcune precisazioni. Uno Stato non è tenuto ad assolvere tale obbligo in relazione a qualsiasi attività o opera sia proposta all'interno della sua giurisdizione territoriale, ma solo per quelle da cui è probabile che derivi un significativo impatto negativo. Tuttavia, come si è avuto modo di segnalare nel corso della trattazione, per affermare la sussistenza di tali presupposti, è necessaria una valutazione preliminare di *screening* in relazione a qualsiasi attività o opera, nelle concrete circostanze del caso.

In quarto luogo, ancora con riguardo al campo di applicazione della norma, appare legittimo concludere che, al di là dei regimi setto-

⁸⁵ Cfr. art. 29 dei Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two.

⁸⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua e Construction of a Road*, cit., 725, par. 173.

riali esistenti, la norma consuetudinaria che sancisce l'obbligo di condurre una VIA, sebbene originariamente sorta nell'ambito dei rapporti bilaterali, al fine di prevenire danni transfrontalieri al territorio di altri Stati, ricomprende oggi anche la valutazione dell'impatto ambientale su aree territoriali e spazi marini – o, perché no, celesti – che si estendono al di fuori della giurisdizione statale e si trovano soggetti a regimi come quello dell'alto mare e del patrimonio comune dell'umanità⁸⁷.

Un ultimo aspetto che preme segnalare riguarda il contenuto materiale dell'obbligo. In proposito, l'analisi ha mostrato le ragioni per cui appaiono ingiustificate le preoccupazioni di quella parte della dottrina che ha visto nella posizione assunta dalla Corte internazionale di giustizia in *Cartiere sul fiume Uruguay* un atteggiamento di deferenza nei confronti della sovranità statale nella forma di un rinvio in bianco operato dal diritto internazionale in favore degli ordinamenti interni⁸⁸. Inoltre, si è avuto occasione di segnalare con favore l'approccio comune adottato da diverse giurisdizioni internazionali nel senso di prendere in considerazione e valorizzare standard tecnici, linee guida e raccomandazioni, quando si tratti di determinare il contenuto che, in base alle circostanze del caso, la VIA deve assumere. Questo approccio non fa altro che riflettere, sul piano giurisdizionale, la virtuosa interazione funzionale che, sul piano sostanziale, può venire a crearsi tra strumenti di *soft law* e obblighi generali caratterizzati da un limitato tenore prescrittivo. In un simile scenario, l'osservanza dei secondi, in ultima istanza, risulta poggiare sulla capacità dei primi di specificare la loro portata prescrittiva, chiarendo i caratteri che la condotta rilevante deve presentare, nelle circostanze del caso, per essere conforme a tali norme generali. Non si tratta quindi di riconoscere efficacia vincolante a strumenti che per loro natura ne sono privi, quanto, piuttosto, di riconoscere che, di fronte agli intrinseci limiti del diritto internazionale consuetudinario, il quale, nel regolare la prevenzione ambientale, difficilmente può prevedere una disciplina caratterizzata da un elevato grado di dettaglio, gli atti di *soft law* possono svolgere una funzione sussidiaria, nel senso più letterale di "sostegno". Nessuna

⁸⁷ Una conferma di ciò ci sembra possa rinvenirsi in diverse disposizioni – tra cui, in particolare, l'art. 22 – del Draft Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, 4 marzo 2023, attualmente oggetto di considerazione in seno alle Nazioni Unite, con l'obiettivo principale di garantire un approccio coerente da parte degli Stati.

⁸⁸ *Pulp Mills*, cit., 83, par. 205.

corte si è mostrata disposta a disconoscere qualsivoglia rilievo a standard tecnici, la cui rilevanza poggia, da un lato, sull'autorevolezza epistemica dell'organizzazione internazionale che li ha adottati e, dall'altro, sulla legittimità dei sistemi multilaterali a vocazione universalistica a cui gli stessi Stati hanno conferito il mandato di esercitare una funzione di *standard-setting*.

In chiusura, non ci si può esimere dal constatare il carattere inconseguente delle posizioni che, come si è avuto modo di evidenziare, la dottrina ha assunto rispetto al contenuto dell'obbligo di condurre una VIA. Da un lato, sono state mosse critiche alla Corte internazionale di giustizia, tacciata di deferenza verso la sovranità statale, deplorando l'unilateralismo in favore degli ordinamenti interni che questa avrebbe avallato interpretando l'obbligo di VIA come norma di rinvio in bianco. Dall'altro lato, voci di scetticismo si sono sollevate rispetto al ruolo degli strumenti di *soft law*, nonostante il dato per cui, allo stato corrente di sviluppo del diritto convenzionale e consuetudinario, essi offrono l'unica opzione concretamente percorribile, in chiave internazionalistica, in alternativa a soluzioni che si mostrano, queste sì, deferenti di fatto verso la volontà dello Stato nazionale, perennemente oscillando tra l'insoddisfazione per i limiti del quadro normativo esistente e l'attesa dell'intervento regolativo "definitivo".

ABSTRACT

Critical Remarks on the Obligation to Carry Out an Environmental Impact Assessment in International Law

Not a few uncertainties still surround the obligation to carry out an environmental impact assessment under international law. This paper aims at shedding light on debated issues such as the legal status of the norm, the extent of its scope, the determination of the obligation's content, and the legal consequences stemming from possible violations. With specific regard to the content of the norm, the paper seeks to clarify how much weight international courts and tribunals attach to soft law instruments adopted by technical bodies when called upon to determine the content of the obligation in a given case.

L'UNIONE EUROPEA E LA GESTIONE DEI DISASTRI: CONSIDERAZIONI DI NATURA SISTEMICA A PARTIRE DALLA REAZIONE SOVRANAZIONALE ALLA PANDEMIA DI COVID-19

FEDERICO CASOLARI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Verso una interpretazione più flessibile del principio di attribuzione delle competenze nella gestione dei disastri. – 3. Prerogative nazionali v. azione sovranazionale. – 4. Per una gestione leale dei disastri. – 5. Le ricadute sull'equilibrio istituzionale dell'Unione. – 6. Il crescente ricorso a strumenti *soft* ed informali nella gestione dei disastri – 7. Conclusioni.

1. Costituisce ormai una valutazione largamente condivisa la circostanza secondo cui l'Unione europea (d'ora in poi anche UE) sarebbe divenuta l'organizzazione internazionale regionale dotata dello strumento più elaborato (ed efficace) per la gestione dei disastri¹. Va detto, peraltro, che ciò non sorprende particolarmente, tenuto conto dell'elevato livello di integrazione politica e giuridica che l'Organizzazione è stata in grado di raggiungere nel corso degli anni. Ed invero, tale integrazione ha portato alla elaborazione di un quadro di cooperazione tra gli Stati membri che facilita grandemente una gestione condivisa dei disastri. Si pensi, per fare solo un esempio, alla realizzazione del mercato interno, nel cui ambito merci e persone possono circolare liberamente. Ebbene, non vi è dubbio che tale dimensione di cooperazione, che costituisce uno dei pilastri del processo di integrazione europea, abbia consentito il superamento

¹ M. GESTRI, *EU Disaster Response Law: Principles and Instruments*, in A. DE GUTTRY ET AL. (eds.), *International Disaster Law*, The Hague, 105 ss. In questo lavoro viene utilizzata la nozione di «disastro» che figura nella decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, relativa alla istituzione del Meccanismo Ue di protezione civile (GUUE L 347, del 20 dicembre 2013, 20 ss.). In base all'art. 4, par. 1, della decisione, così come da ultimo modificato, per «disastro» (*rectius*, «catastrofe») si intende «qualsiasi situazione che abbia o possa avere conseguenze gravi sulle persone, l'ambiente o i beni, compreso il patrimonio culturale». Il termine «calamità», che pure si rinviene nel contributo, è considerato come sinonimo di disastro.

di tutta una serie di ostacoli giuridici (dalle formalità doganali al rilascio di visti; dall'apposizione di quote all'importazione di merci alla necessità di ottenere un riconoscimento giuridico delle qualifiche professionali) che possono ritardare o, addirittura, impedire la cooperazione transfrontaliera nel caso in cui un Paese sia vittima di una calamità². Pure rilevante è il ruolo che, nell'ordinamento sovranazionale, è chiamato ad esercitare il concetto di solidarietà. È vero che tale concetto appare ancora circondato da una serie di dubbi quanto alla sua effettiva portata sul piano giuridico³. Tuttavia, è difficile negare che l'obiettivo di realizzare una solidarietà di fatto tra i Paesi membri, un obiettivo affermato per la prima volta in quello che è considerato il manifesto politico dell'integrazione europea, ossia la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950⁴, abbia contribuito a determinare una traiettoria (politica e giuridica) che ha consentito all'Unione di adottare una serie di strumenti applicabili in situazioni di disastro⁵.

Il presente contributo non intende compiere una panoramica complessiva su tali strumenti; né mira a valutarne l'efficacia⁶. Piuttosto, l'intento è quello di individuare e analizzare, dal punto di vista giuridico, i principali *trend* emersi dalla gestione sovranazionale della pandemia di COVID-19. In effetti, la reazione dell'Unione alla pandemia non costitui-

² Non a caso, il cosiddetto *International Disaster Law* ha sviluppato una serie di strumenti giuridici (vincolanti e non) proprio al fine di eliminare – o quanto meno attenuare – la portata di tali ostacoli. V., per tutti, E. SOMMARIO, *La lenta e tortuosa codificazione del diritto internazionale dei disastri*, in *Ars Interpretandi*, 2022, 47 ss.

³ Cfr. A. BIONDI ET AL. (eds.), *Solidarity in EU Law. Legal Principle in the Making*, Cheltenham-Northampton, 2028; F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economia europea*, Torino, 2020; P. MENGOZZI, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2022; M. KLAMERT, *Loyalty and Solidarity as General Principles*, in K.S. ZIEGLER ET AL. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham-Northampton, 2022, 118 ss., 134. Anche se, in un caso recente relativo al gasdotto OPAL, la Corte di giustizia UE ha riconosciuto che il principio di solidarietà «costituisce uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione»: sentenza del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*, ECLI:EU:C:2021:598, punto 38. Per un commento v. M. MÜNCHMEYER, *The Principle of Energy Solidarity: Germany v Poland*, in *Common Market Law Review*, 2022, 915 ss. e S. VILLANI, *Considerazioni sul principio di solidarietà energetica nel quadro giuridico dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2023, 118 ss.

⁴ In particolare, «[l']Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto»; disponibile su european-union.europa.eu.

⁵ V., per tutti, S. VILLANI, *The Concept of Solidarity within EU Disaster Response Law. A Legal Assessment*, Bologna, 2021.

⁶ Tali profili sono indagati, tra gli altri, da M. GESTRI, *op. cit.*, 2012; M. KOTZUR, *European Union Law on Disaster Preparedness and Response*, in *German Yearbook of International Law*, 2012, 253 ss.; A. DE GUTTRY ET AL. (eds.), *International Law and Chemical, Biological, Radio-Nuclear (CBRN) Events. Towards an All-Hazards approach*, Leiden-Boston, 2022.

sce solo la più significativa manifestazione delle potenzialità del c.d. *European Disaster Law*, ossia del quadro giuridico di cui si è dotata l'Unione per la gestione dei disastri⁷. Come acutamente osservato in dottrina, «[t]he pandemic has reopened old fault lines and amplified problematic trends in the Union, from economic disparities to diverging attitudes to the rule of law. Questions about cooperation, solidarity, trust, values, and thus about the fundamentals of integration and membership, are on the table»⁸. In quest'ultimo senso, la valutazione delle modalità tramite le quali l'Unione europea ed i suoi Stati membri hanno reagito alla pandemia consente anche di soppesare l'impatto che lo *European Disaster Law* è in grado di produrre sul quadro costituzionale dell'Unione, con ciò intendendosi, per usare le parole della Corte di giustizia UE, «una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro»⁹.

Alla luce di quanto precede, l'analisi qui sviluppata risulta articolata come segue. Anzitutto, si valuterà in che termini le misure adottate dall'Unione per la gestione della pandemia hanno inciso sul riparto di competenze tra l'Organizzazione e gli Stati membri (par. 2). È noto che la definizione della portata del principio di attribuzione delle competenze (articoli 4, par. 1, e 5 TUE), che è chiamato a governare tale riparto, costituisce (ancora) una delle questioni giuridiche più sensibili, se non addirittura uno dei *leitmotiv*, del processo di integrazione¹⁰. Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, la risposta alla pandemia ha contribuito a determinare un (parziale) mutamento di paradigma nella ricostruzione di tale principio, nell'ottica di garantire – al di là di una rigida separazione delle competenze tra l'Unione ed i suoi Stati membri – un'efficace colla-

⁷ Per una visione generale sull'azione intrapresa dall'Unione per far fronte alla pandemia v. G. DI FEDERICO, *Stuck in the middle with you... wondering what it is I should do. Some considerations on EU's response to COVID-19*, in *Eurojus.it*, 2020, 60 ss.; N. RUCCIA, *L'Unione europea e l'emergenza sanitaria da COVID-19*, in questa *Rivista*, 2020, 241 ss.; ed il *focus di European Forum, European Papers*, 1/2020, con saggi di C. BEAUCILLON, E. BROSSET, S. COUTTS, S. MONTALDO, F. MUNARI, B. PIRKER, A. ROSANÒ e O. STEFAN.

⁸ EDITORIAL COMMENTS, *Disease and recovery in (COVID-afflicted) Europe*, in *Common Market Law Review*, 2020, 619.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, punto 33.

¹⁰ Cfr. L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, e S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of competences between the EU and the Member States. Reflection on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2020. E del resto il principio in parola costituisce un elemento strutturale del diritto delle organizzazioni internazionali: v. M.R. MAURO, *La personalità giuridica internazionale delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, 60.

borazione per il superamento dell'emergenza. Dopo aver ricostruito i tratti distintivi di un simile mutamento di approccio si valuteranno quali sono i margini entro i quali gli Stati membri possono (ancora) esercitare prerogative sovrane rispetto al verificarsi di disastri, soprattutto con riguardo alla tutela della sicurezza nazionale ed al mantenimento dell'ordine pubblico (par. 3). Ciò al fine di verificare anzitutto in che termini l'azione degli Stati è tutt'ora in grado di limitare quella messa in campo dall'Unione europea *in subiecta materia*. In secondo luogo, tale valutazione consentirà di mettere meglio a fuoco la logica che è sottesa al cambio di approccio sopra richiamato (par. 4). Successivamente, si guarderà alle conseguenze che tale mutamento ha determinato con riguardo al ruolo svolto dalle istituzioni sovranazionali ed al principio dell'equilibrio istituzionale che ne informa il funzionamento (par. 5). Da ultimo, verranno individuati – sempre in un'ottica sistemica – i tratti salienti degli strumenti giuridici elaborati dall'Unione per reagire alla pandemia, con particolare riguardo all'accentuato ricorso ad atti di *soft law* (par. 6). Il lavoro si chiude con una sintesi dei risultati emersi dall'indagine (par. 7).

2. «Negli ultimi sei mesi, i nostri sistemi sanitari e i nostri lavoratori hanno fatto miracoli. Ogni Paese ha agito al meglio per i propri cittadini e l'Europa ha agito con uno spirito di unità mai visto prima. Quando gli Stati membri hanno chiuso le frontiere, abbiamo introdotto il sistema di 'corsie verdi' per le merci. L'UE ha rimpatriato da tutto il mondo oltre 600.000 cittadini rimasti bloccati. Quando certi Paesi hanno vietato l'esportazione di dispositivi medici essenziali, abbiamo detto no e abbiamo fatto in modo che le forniture mediche essenziali arrivassero dove era più necessario. Abbiamo collaborato con l'industria europea per aumentare la produzione di mascherine, guanti, test e ventilatori. Il nostro meccanismo di protezione civile ha reso possibile che medici rumeni andassero in soccorso dei pazienti in Italia o che la Lettonia inviassero mascherine ai suoi vicini baltici. *E ci siamo riusciti anche se non avevamo la competenza piena in materia*»¹¹. Queste parole, pronunciate solennemente dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen innanzi alla plenaria del Parlamento europeo in occasione del Discorso sullo stato dell'Unione del 2020, forniscono una plastica illustrazione di quale impatto abbia avuto l'emergenza determinata dalla pandemia di COVID-19 sul riparto di competenze tra Stati membri ed Unione.

¹¹ *Costruiamo il mondo in cui vogliamo vivere: un'Unione vitale in un mondo fragile, Discorso sullo stato dell'Unione*, 16 settembre 2020, disponibile su ec.europa.eu (corsivo aggiunto).

Ovviamente l'UE ha fatto ampio ricorso a strumenti preesistenti, riconducibili allo *European Disaster Law*, per fronteggiare la crisi del COVID-19. In particolare, come anche ricordato dalla Presidente della Commissione europea nel suo Discorso, il Meccanismo UE di protezione civile, che rappresenta ad oggi lo strumento più elaborato per fronteggiare sul piano sovranazionale situazioni di calamità¹², è stato attivato sia per fornire assistenza agli Stati (anche tramite la mobilitazione delle risorse mediche acquisite mediante *rescEU*¹³) che per organizzare il rimpatrio di cittadini dell'Unione europea che si trovavano in Stati terzi al momento dello scoppio della pandemia in Europa¹⁴. Un ruolo significativo nella gestione dell'emergenza è poi stato svolto dai meccanismi di coordinamento e supporto previsti dalla decisione n. 1082/2013/UE relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero¹⁵.

Sono stati impiegati pure strumenti emergenziali previsti dal diritto vigente in ambito economico, finanziario e monetario¹⁶. Tra le misure più significative si menzionano: la decisione di attivare la cosiddetta «clausola generale di salvaguardia» del Patto di stabilità e crescita¹⁷, l'adozione di un Quadro temporaneo per le misure di aiuti di Stato a sostegno dell'economia degli Stati membri¹⁸, la decisione della Banca centrale eu-

¹² Decisione 1313/2013, emendata per ben 3 volte (l'ultima modifica è del 2021). Una versione consolidata del testo è disponibile su eur-lex.europa.eu.

¹³ V. *infra*.

¹⁴ European Commission, *Coronavirus: Unique EU consular operation brought home over 500,000 EU citizens from abroad*, *Daily News*, 17 aprile 2020, disponibile su ec.europa.eu/commission.

¹⁵ Decisione n. 1021/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013 (GUUE L 293, del 5 novembre 2013, 1 ss.). La decisione ha cessato di produrre i suoi effetti alla mezzanotte del Natale 2022, venendo poi sostituita dal regolamento (UE) 2022/2371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 novembre 2022 (GUUE L 314, del 6 dicembre 2022, 26 ss.).

¹⁶ Per una ricognizione generale, v. J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, *A critical analysis on the European Union's measures to overcome the economic impact of the COVID-19 pandemic*, in *European Papers. European Forum*, 2020, 1399 ss.

¹⁷ Commissione europea, *Comunicazione sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita*, COM(2020) 123 final, 20 marzo 2020. La clausola consente agli Stati membri di essere autorizzati ad allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento verso l'obiettivo di bilancio a medio termine, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa.

¹⁸ Commissione europea, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, C(2020) 1863 final, 19 marzo 2020 (GUUE C 91I, del 20 marzo 2020, 1 ss.). V. anche A. ROSANÒ, *Adapting to Change: Covid-19 as a Factor Shaping EU State Aid Law*, in *European Papers. European Forum*, 2020, 621 ss.; A. BIONDI, O. STEFAN, *EU Health Union and State aid policy: with great(er) power comes great responsibility*, in *European Journal of Risk Regulation, Special Issue 4: Beyond COVID-19: Towards a European Health Union*, 2020, 894 ss.; A. PERFETTI, *Supporto alle imprese europee in tempi di COVID-19; il Quadro di riferimento temporaneo per gli aiuti di*

ropea (BCE) di adottare una misura non convenzionale di politica monetaria per fronteggiare i rischi derivanti dalla pandemia per l'Eurozona¹⁹, l'adozione di uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un contesto emergenziale (SURE)²⁰ e, ultimo ma non ultimo, il lancio di *Next Generation EU*²¹.

Nonostante l'ampio ricorso a strumenti preesistenti e tipizzati, è significativo che le istituzioni UE ne abbiano ampiamente ridefinito i tratti distintivi, al fine di rafforzare la capacità di reazione dell'Unione. Ciò è chiaramente visibile nelle misure adottate sulla base di competenze che conferiscono all'Unione un *soft power* in termini di coordinamento, vietandole di adottare qualsivoglia misura di armonizzazione. Si intende fare riferimento in particolare alle misure adottate nell'ambito delle competenze di supporto relative alla salute ed alla cooperazione civile (competenze disciplinate, rispettivamente, dagli articoli 168 e 196 TFUE)²². Invero, dette prerogative sono state esercitate in modo (quantomeno) "creativo", consentendo all'Unione di fornire assistenza reale ai suoi Stati membri. Una chiara testimonianza di ciò si ha, anzitutto, nel ricorso alle risorse di *rescEU* all'interno del Meccanismo UE di protezione civile. Trattasi di risorse acquistate, affittate, noleggiate o altrimenti acquisite tramite un supporto diretto della Commissione europea al fine di essere impiegate a livello europeo laddove altri strumenti non risultino efficaci per fronteggiare l'emergenza. Ad esse si è fatto ricorso al fine di costituire, per la prima volta nella storia dell'Unione, scorte europee di dispositi-

Stato, in questa *Rivista*, 2020, 455 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *Le risposte del diritto in situazioni di emergenza tra ordinamento italiano e dell'Unione europea*, Torino, 2021.

¹⁹ Decisione (UE) n. 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su di un Programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (GUUE L 91, del 25 marzo 2020, 1 ss.).

²⁰ Regolamento (UE) n. 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020 (GUUE L 159, del 20 maggio 2020, 1 ss.). A. NATO, *Il Meccanismo europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE): solidarietà in prestito nella crisi COVID-19?*, in questa *Rivista*, 2020, 265 ss.

²¹ Regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 (GUUE L 4221, del 22 dicembre 2020, 23 ss.). L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, 169 ss.

²² Si ricorda che ai sensi dell'art. 2, par. 5, TFUE, «[g]li atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei Trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Per una visione generale sulle misure adottate dall'Unione in tali ambiti per fare fronte alla pandemia di COVID-19, v. in particolare M. GATTI, *La risposta europea all'emergenza da COVID-19*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, 31 ss.

vi medici²³. Basandosi su di una interpretazione estensiva dei poteri di coordinamento che l'Unione europea può attivare nel settore della protezione civile, il legislatore sovranazionale ha dapprima individuato e poi rafforzato le prerogative che la Commissione europea può esercitare nel definire, acquisire, noleggiare, mettere a disposizione e smobilitare le risorse *rescEU* al fine di prestare assistenza in situazioni particolarmente pressanti per gli Stati membri in cui l'insieme delle risorse esistenti a livello nazionale nonché le risorse impegnate dagli Stati membri nel Meccanismo europeo di protezione civile non sono in grado di garantire una risposta efficace alle catastrofi naturali e provocate dall'uomo²⁴. Nel fare questo, il legislatore ha operato una limitazione della discrezionalità esercitabile da parte degli Stati in simili scenari, senza tuttavia mettere in discussione la circostanza secondo cui le risorse di *rescEU* possono essere dispiegate solo a seguito di una richiesta di assistenza formulata volontariamente da uno Stato membro (art. 12, par. 6, della decisione 1313/2013). L'elemento volontaristico dell'assistenza è rimasto, dunque, formalmente intatto²⁵.

Pure rilevante è la decisione di attivare la procedura per l'aggiudicazione congiunta di contromisure mediche ai sensi dell'art. 5 della decisione 1082/2013²⁶. Tale procedura è stata introdotta nel diritto UE facendo seguito alle difficoltà che gli Stati membri avevano incontrato nell'accedere *uti singuli* ai vaccini ed alle cure mediche per la pandemia di influenza H1N1 (2009); difficoltà che il COVID-19 ha ulteriormente esacerbato. Ciò che appare particolarmente significativo al riguardo è il fatto che si sia deciso di basare il meccanismo di aggiudicazione congiunta su di un accordo (il c.d. *Joint Procurement Agreement*) improntato sull'adesione volontaria degli Stati²⁷. Ebbene, nonostante la natura eminentemente volontaria del meccanismo, a partire dal 2020 sono 36 i Paesi che sono stati coinvolti in più di 200 contratti di fornitura di

²³ European Commission, *COVID-19: Commission creates first ever rescEU stockpile of medical equipment*, 19 marzo 2020, disponibile su ec.europa.eu.

²⁴ V. art. 12 della decisione sul Meccanismo UE di protezione civile.

²⁵ Ciò detto, e sebbene l'art. 12, par. 6, della decisione sul Meccanismo UE di protezione civile chiarisca che la Commissione è tenuta ad esercitare le proprie prerogative «in stretto coordinamento con lo Stato richiedente e con lo Stato membro che possiede, affitta o noleggia i mezzi», è difficile negare che l'istituzione UE sia chiamata ad esercitare una responsabilità primaria nella fornitura di assistenza, circostanza quest'ultima che, come già evidenziato in F. CASOLARI, *Europe (2018)*, in *Yearbook of International Disaster Law*, 2019, 349, porta a formulare più di un dubbio circa la piena conformità di *rescEU* con la natura *soft* della competenza che, da Trattato, l'Unione può esercitare nel settore della protezione civile.

²⁶ Sul ruolo della decisione nella gestione della pandemia, v. G. DI FEDERICO, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera alla prova della pandemia*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, 63 ss.

²⁷ Il testo dell'Accordo è disponibile su health.ec.europa.eu.

medicinali e terapie innovative²⁸. In parte, una adesione così ampia al meccanismo si giustifica alla luce della limitata capacità dei sistemi sanitari di diversi Paesi UE di gestire lo scenario di crisi, anche a causa di una pianificazione ed attitudine allo sviluppo della *health preparedness* in scenari emergenziali ancora poco adeguate. Non può tuttavia ignorarsi la decisione, assunta dall'Unione, di fare ricorso ad una significativa quota del *budget* disponibile nell'ambito del c.d. «Sostegno all'emergenza» introdotto tramite il regolamento (UE) n. 2016/369 per finanziare tali contratti, decisione che ha evidentemente consentito di mettere a disposizione degli Stati membri ingenti risorse supplementari per affrontare la pandemia²⁹.

Come emerge da questi elementi di prassi, sia il Meccanismo UE di protezione civile che la decisione sulle gravi minacce sanitarie transfrontaliere hanno contribuito ad elaborare una piattaforma integrata per la cooperazione nella gestione sovranazionale della pandemia. Significativamente, *tale risultato è avvenuto senza imporre obblighi ulteriori in capo agli Stati membri*. Più precisamente, facendo leva su meccanismi di condizionalità (eminentemente finanziari), sia l'attivazione del Meccanismo di protezione civile che quella del sistema congiunto di aggiudicazione di contromisure mediche hanno portato ad una armonizzazione di fatto – e di natura esclusivamente volontaria – tra gli Stati membri, facilitando la prevenzione, preparazione e risposta alla calamità.

Altrettanto significativo è il fatto che la creatività emersa in settori in cui le competenze dell'Unione appaiono, almeno dal punto di vista teorico, più attenuate, si sia avuta anche in ambiti in cui essa esercita una competenza esclusiva. Non sembra un caso, da questo punto di vista, che il Programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica lancia-

²⁸ Oltre ai Paesi UE hanno sottoscritto i contratti anche gli Stati dello Spazio economico europeo, il Regno Unito, l'Albania, il Montenegro, la Macedonia del Nord, la Serbia, la Bosnia-Erzegovina ed il Kosovo. Fonte: European Commission, *Preparedness and response planning*, disponibile su health.ec.europa.eu.

²⁹ Regolamento (UE) n. 2020/521 del Consiglio, del 14 aprile 2020, che attiva il Sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) n. 2016/369 e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di COVID-19 (GUUE L 117, del 15 aprile 2020, 3 ss.). Il Sostegno di emergenza è stato creato nel 2016 al fine di dare assistenza finanziaria alla Grecia nel corso della c.d. «crisi dei rifugiati». Esso è fondato sull'art. 122, par. 1, TFUE, che permette al Consiglio di decidere «le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia». Per una valutazione complessiva delle procedure di aggiudicazione congiunta nel contesto della pandemia v. poi E. MCEVOY, D. FERRI, *The Role of the Joint Procurement Agreement during the COVID-19 Pandemic: Assessing Its Usefulness and Discussing Its Potential to Support a European Health Union*, in *European Journal of Risk Regulation, Special Issue 4: Beyond COVID-19: Towards a European Health Union*, 2020, 851 ss.

to dalla BCE in reazione alla pandemia sia stato adottato sulla falsariga dello schema adottato dall'istituzione per fare fronte alla crisi economico-finanziaria, ossia il Programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari, il cui carattere innovativo non ha mancato di determinare tensioni a livello europeo, culminate, come noto, con la decisione della Corte costituzionale federale tedesca di dichiararne l'incompatibilità con il principio di proporzionalità³⁰.

A ciò si aggiunga anche il fatto che, come meglio si dirà a seguire, nell'emergenza pandemica le istituzioni hanno fatto largo ricorso a strumenti di *soft law*, allo scopo di favorire, ancora una volta senza imporre nuovi obblighi in capo agli Stati UE, il rafforzamento della cooperazione (e del coordinamento) tra di essi e con le istituzioni europee³¹.

Insomma, come anche suggerito da Ursula von der Leyen nel suo intervento innanzi al Parlamento europeo, il *fil rouge* che sembra ricondurre ad unità le diverse misure adottate a livello sovranazionale per far fronte alla pandemia pare essere rappresentato da una interpretazione maggiormente flessibile del principio di attribuzione delle competenze incardinato nel diritto primario³²; una interpretazione che, basandosi in larga parte (ma non solo!) sul ricorso a prerogative e strumenti *soft*, ha dato all'Unione la possibilità di assumere un ruolo di primo piano nella risposta all'emergenza tramite l'esercizio di ampi poteri di coordinamento, nonostante l'assenza, nei Trattati istitutivi, di uno specifico mandato ad agire in tal senso³³.

Una volta identificato il nuovo approccio nei confronti del riparto di competenze emerso nel corso della pandemia occorre ora verificare quale margine di azione gli Stati membri conservino in simili emergenze al fine di esercitare prerogative sovrane e quali conseguenze un simile approccio

³⁰ Si fa riferimento alla nota decisione assunta in data 5 maggio 2020: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16). Su di essa v., per tutti, R. ADAM, *Il controlimites dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, 9 ss.

³¹ V. *infra*, par. 6.

³² Circostanza, quest'ultima, tutt'altro che irrilevante, se solo si considera che l'art. 5, par. 2, TUE dispone quanto segue «[i]n virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri». Il principio di attribuzione è in effetti ripetutamente evocato nelle disposizioni che aprono il Trattato UE (articoli 1, 3, par. 6, 4, par. 1, e, appunto, 5), rappresentando un vero e proprio mantra che ben illustra l'«ossessione» degli Stati membri rispetto all'esigenza di limitare il mandato dell'Unione, «predeterminandone rigorosamente l'azione» (E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, III ed., 2020, 272).

³³ A. ALEMANNI, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination*, in *European Journal of Risk Regulation, Special Issue 4: Beyond COVID-19: Towards a European Health Union*, 2020, 307 ss.

possa avere nella ridefinizione della portata del principio strutturale dell'attribuzione delle competenze³⁴.

3. Nel richiamare il quadro di cooperazione che l'Unione ed i suoi Stati membri hanno elaborato per scenari calamitosi e, più nello specifico, nel riferirsi all'evoluzione del riparto di competenze nella gestione delle calamità che deriva dalla risposta al COVID-19, non si può ignorare il ruolo che è chiamata ad esercitare la clausola sulle identità nazionali. Codificata nell'art. 4, par. 2, TUE, essa impone, infatti, all'Unione un obbligo generale di rispettare le funzioni essenziali degli Stati membri, così come le prerogative di questi ultimi nel mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale. La clausola chiarisce anche che la sicurezza nazionale rappresenta una competenza esclusiva degli Stati membri³⁵. Da tale clausola si potrebbe pertanto inferire che solo gli Stati membri possano agire negli ambiti in essa richiamati, essendo pertanto precluso all'Unione europea di operare in modo tale da limitare le prerogative sovrane degli Stati membri, particolarmente rilevanti, come può intuirsi, in scenari emergenziali derivanti da eventi calamitosi. Insomma, si potrebbe sostenere che in simili scenari l'azione dell'Unione debba, per così dire, cedere il passo a quella nazionale, risultando pertanto limitata, almeno in potenza, la capacità di intervento dell'Organizzazione³⁶. Non vi è dubbio, del resto, che molti Stati membri abbiano deciso di fare ricorso a poteri emergenziali nel corso della pandemia di COVID-19, an-

³⁴. L'espressione «principio strutturale» è qui utilizzata secondo il significato attribuitole da M. CREMONA, *Structural Principles and their Role in EU External Relations Law*, in ID. (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, 16, ed è volta ad identificare i principi «defining and being inherent to the deep structure of the EU».

³⁵ Sulla clausola v., per tutti, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017, e B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law - The European Union Legal Order*, vol. I, Oxford, 2018, 350 ss.

³⁶ Dopo tutto, le prerogative statali richiamate in testo costituiscono un corollario del principio di sovranità che continua ad esercitare un ruolo primario nell'*International Disaster Law*. Ciò è riconosciuto anche nell'art. 10 del Progetto di articoli sulla protezione delle persone in caso di disastro elaborato nel 2016 dalla Commissione del diritto internazionale (CDI); tale disposizione prevede, infatti, che la responsabilità primaria per la protezione delle persone e per la fornitura di assistenza spetti allo Stato nel cui territorio si verifica l'evento (o la serie di eventi). V. International Law Commission, Report of the International Law Commission: Sixty-Eighth Session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016), UN Doc. A/71/10, 2016, 13. Sul rilievo assunto dal principio di sovranità nel lavoro della CDI v. anche G. BARTOLINI, *Il Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla «Protection of Persons in the Event of Disasters»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 677 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *International Law in Disaster Scenarios. Applicable Rules and Principles*, Cham, 2021, 57 ss.

che al fine di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale³⁷. Ciò ha comportato peraltro delle ricadute significative sul corretto funzionamento di ampi ambiti del diritto sovranazionale, oltre che su diritti e libertà fondamentali da quest'ultimo tutelati.

Se, tuttavia, si guarda alla prassi con più attenzione è possibile pervenire a conclusioni differenti. In particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle prerogative degli Stati membri sembra suggerire che non si possa concludere che l'esistenza di tali prerogative giustifichi *per se* la possibilità per gli Stati membri di bloccare (o limitare) l'applicazione del diritto dell'Unione. La dottrina elaborata al riguardo dai giudici di Lussemburgo – anche nota come teoria della «limitazione delle competenze» (*framing of powers theory*) – impone in capo agli Stati membri un obbligo generale di esercitare le proprie prerogative *avendo riguardo al diritto dell'Unione europea*³⁸. In pratica, oltre all'obbligo generale, direttamente derivante dalla *membership*, di rispettare i valori su cui si fonda l'Unione (art. 2 TUE)³⁹, obbligo quest'ultimo non negoziabile e sottoposto ad un principio di non regressione nel livello di tutela che ad essi deve venir riconosciuto⁴⁰, la clausola relativa alle identità nazionali andrebbe letta in combinato disposto con gli altri principi che governano l'interazione tra i Paesi membri e l'Unione e che sono menzionati nei restanti paragrafi dell'art. 4 TUE. Particolare rilievo assume a questo proposito il principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE), che fa sì che le identità nazionali non possano essere invocate dagli Stati membri come riserve generali rispetto all'efficacia del diritto

³⁷ V. European Parliament, *States of emergency in response to the Coronavirus crisis. Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during the first wave of the pandemic*, dicembre 2020, disponibile su www.europarl.europa.eu.

³⁸ Cfr. Corte di giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe dell'11 dicembre 2019, causa C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, ECLI:EU:C:2019:1067, punto 138. V. anche L. AZOULAI, *The «Retained Powers» Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, 192 ss.; L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *op. cit.*, 168 ss.; B. DE WITTE, *Exclusive Member States Competences - Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *op. cit.*, 59 ss.

³⁹ Cfr. L.S. ROSSI, *L'interpretazione dell'«identity clause» alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in Liber Amicorum Tizzano. *De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 859 ss.

⁴⁰ V., per esempio, Corte di giustizia, sentenza del 19 dicembre 2019, causa C-502/19, *Oriol Junqueras Vies*, ECLI:EU:C:2019:1115, nella quale la Corte ha riconosciuto che le immunità dei membri del Parlamento europeo, che concretizzano il valore della democrazia richiamato nell'art. 2 TUE, debbono per ciò stesso prevalere sulle misure adottate da uno Stato membro (la Spagna) per preservare la sua integrità territoriale a fronte di un tentativo di secessione. Il principio di non regressione nella tutela dei valori fondamentali è invece affermato nella sentenza del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica c. II-Prim Ministru*, ECLI:EU:C:2021:311 (con particolare riferimento al valore dello Stato di diritto).

dell'Unione europea⁴¹. Più precisamente, la valorizzazione degli obblighi di leale cooperazione che discendono da tale principio – ed in specie degli obblighi di astensione che ricadono in capo agli Stati membri e che risultano funzionali al perseguimento degli obiettivi dell'Unione (il par. 3 prevede, tra l'altro, che «[g]li Stati membri (...) si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione») – ha contribuito negli anni a rendere meno netta la distinzione tra il campo di azione dell'Unione e le prerogative dei suoi membri, favorendo di conseguenza una lettura meno rigida del principio di attribuzione delle competenze di cui all'art. 4, par. 1, TUE⁴².

Numerosi sono gli ambiti nei quali ha trovato modo di affermarsi per via giurisprudenziale la teoria sopra richiamata: dai modi di acquisto e perdita della cittadinanza⁴³ alla sicurezza sociale⁴⁴; dall'organizzazione del sistema educativo⁴⁵ a quella del sistema giudiziario⁴⁶ ed alla disciplina sulla fiscalità diretta⁴⁷. Significativamente, la Corte di giustizia ha avuto anche modo di chiarire la portata della teoria della limitazione delle competenze con riguardo alle prerogative in materia di ordine pubblico e sicurezza⁴⁸. In particolare, l'istituzione ha precisato che il riconoscimento di dette prerogative nazionali ad opera del diritto primario non può portare a dedurre «una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Ammettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo da presupposti specifici stabiliti dal Trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»⁴⁹.

⁴¹ G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri*, cit., 149, e F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 207.

⁴² F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., 88.

⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, ECLI:EU:C:1992:295, punto 10.

⁴⁴ Corte di giustizia, sentenza del 4 febbraio 2015, causa C-647/13, *Melchior*, ECLI:EU:C:2015:54, punto 21.

⁴⁵ Corte di giustizia, sentenza del 23 ottobre 2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Morgan and Bucher*, ECLI:EU:C:2007:626, punto 24.

⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531, punto 52.

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, ECLI:EU:C:1995:31, punti 21-24.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:1997:595, punti 33-35.

⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, ECLI:EU:C:2020:257, punto 143; corsivo aggiunto. Il ruolo del diritto UE nell'arginare derive antisistemiche da parte degli Stati membri fondate sul ricorso alla propria competenza in materia di sicurezza nazionale è

Da quanto precede si può dunque concludere che anche nel contesto di scenari emergenziali gli Stati membri non possano ignorare le conseguenze che l'esercizio delle loro prerogative può produrre sull'efficacia del diritto UE.

4. A ben vedere, però, il principio di leale cooperazione non solo rileva nella gestione sovranazionale delle calamità nel senso di limitare l'esercizio da parte degli Stati membri di proprie prerogative che confliggano con il perseguimento degli obiettivi dell'Unione; esso contribuisce anche a meglio chiarire il senso profondo del mutamento di approccio rispetto al riparto di competenze verificatosi nella reazione al COVID-19, del quale si è dato conto in precedenza. Due ulteriori esempi, relativi a tale emergenza, possono aiutare a focalizzare meglio questo punto.

Il primo riguarda le misure adottate per la gestione della circolazione delle merci e delle persone tra Stati membri. Come noto, tali libertà costituiscono due pilastri del mercato interno; quest'ultimo rappresenta poi una vera e propria pietra angolare del processo di integrazione europea. È anche noto il fatto che il diritto UE consente agli Stati membri di introdurre limitazioni e restrizioni a tali libertà allo scopo di preservare, tra le altre cose, la sicurezza pubblica e la salute pubblica⁵⁰. Tuttavia, mentre nelle passate emergenze gli Stati membri hanno ritenuto di esercitare questa facoltà in un'ottica prevalentemente unilaterale, mettendo a rischio la libera circolazione *intra*-UE⁵¹, nel caso della pandemia, dopo un iniziale periodo di indecisione⁵², si è deciso di introdurre un meccanismo

evidenziato anche da F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, I Post di AISDUE, 2019, 95 ss.

⁵⁰ V. gli articoli 35 e 46 TFUE, nonché le disposizioni relative al ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne contenute nel Codice frontiere Schengen (art. 25 ss. del regolamento (UE) n. 2016/6399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, GUUE L 77, del 23 marzo 2016, 1 ss.). In materia v. anche P. KOUTRAKOS (ed.), *Exceptions from EU free movement law. Derogation, justification and proportionality*, Oxford, 2016.

⁵¹ Ciò è emerso con particolare evidenza nel corso della cosiddetta "crisi dei rifugiati" (deflagrata nel 2015), dato che la maggior parte degli Stati membri decise di reintrodurre unilateralmente (e temporaneamente) i controlli alle frontiere interne per cercare di limitare flussi incontrollati di migranti irregolari, determinando in tal modo una sospensione *de facto* del sistema Schengen. In tema v. E. GUILD ET AL., *What is happening to the Schengen borders*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, 2015, n. 86, disponibile su www.ceps.eu.

⁵² Nella fase iniziale della pandemia la tendenza prevalente è stata quella di agire in via per lo più unilaterale. Molti Stati membri, ad esempio, hanno introdotto restrizioni all'esportazione di mascherine (OECD, *The face mask value chain the COVID-19 outbreak: Evidence and policy lessons*, 4 May 2020, disponibile su www.oecd.org) ed alla libera circolazione nell'area Schengen (European Commission, *Member States' notifications of the*

di coordinamento, nel tentativo di ridurre al minimo gli effetti distorsivi derivanti dalle decisioni sulle restrizioni e limitazioni introdotte dai Paesi UE. In pratica, si è richiesto di notificare agli altri Paesi e alla Commissione le misure unilaterali atte a limitare (e, successivamente, a ripristinare) la libera circolazione di merci e persone prima della loro effettiva introduzione⁵³. Significativamente, la Commissione ha assunto al riguardo un ruolo di coordinamento per evitare che l'azione degli Stati potesse produrre un impatto negativo sulla fornitura *intra*-UE di beni e servizi essenziali: ciò è avvenuto anche attraverso l'iniziativa volta ad individuare le cosiddette «corsie verdi» ai confini tra Paesi membri, ossia valichi di frontiere aperti a tutti i veicoli adibiti al trasporto merci ove l'attraversamento, inclusi gli eventuali controlli e *screening* sanitari, non richiedesse più di 15 minuti⁵⁴.

La medesima logica – vale a dire la necessità di considerare l'interdipendenza tra gli Stati membri e di garantire il corretto funzionamento del mercato interno⁵⁵ – informa la decisione di adottare una strategia sovranazionale per i vaccini contro il COVID-19. Invero, come chiarito dalla Commissione nel documento, «l'approvvigionamento sufficiente e rapido di un vaccino sicuro ed efficace [è] possibile solo se l'Ue e i suoi Stati membri agiscono insieme ed in modo tempestivo»⁵⁶. Per questa ragione, benché gli Stati siano rimasti responsabili delle rispettive politiche sanitarie (incluse quelle in materia di vaccinazione) nel rispetto dell'allocazione di competenze che i Trattati definiscono *in subiecta materia*, l'approccio comune definito nella Strategia dalla Commissione ha consentito di introdurre un meccanismo coordinato che ha preso corpo nella forma di *advance purchase agreements* negoziati e conclusi dalla Commissione stessa per conto degli Stati membri con le imprese farma-

temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, disponibile su ec.europa.eu).

⁵³ V. *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19*, (GUUE C 126, del 17 aprile 2020, 1 ss.). V. anche S. MONTALDO, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *European Papers. European Forum*, 2020, 523 ss.

⁵⁴ Commissione europea, *Comunicazione sull'attuazione delle corsie verdi («green lanes») previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, C(2020) 1897 final, 23 marzo 2020 (GUUE C 96I, del 24 marzo 2020, 1 ss.); *Comunicazione sul potenziamento delle corsie verdi per i trasporti al fine di assicurare la continuità dell'attività economica durante la fase di recrudescenza della pandemia di COVID-19*, COM(2020)685 final, 28 ottobre 2020.

⁵⁵ V. anche A.M. PACCES, M. WEIMER, *From Diversity to Coordination: A European Approach to COVID-19*, in *European Journal of Risk Regulation, Special Issue 4: Beyond Covid-19: Towards a European Health Union*, 2020, 283 ss.

⁵⁶ Commissione europea, COM(2020) 245 final, 17 giugno 2020.

ceutiche. Significativamente, i contratti sono stati finanziati facendo ricorso al summenzionato Sostegno all'emergenza, che ha consentito di sovvenzionare anche le aggiudicazioni congiunte di scorte mediche ai sensi della decisione 1082/2013⁵⁷.

Esattamente come nel caso delle misure adottate alla luce di quest'ultima decisione e di quelle messe in opera in base alla decisione sul Meccanismo UE di protezione civile, i due esempi appena richiamati confermano che, anche grazie all'acquiescenza prestata dagli Stati membri, l'Unione ha avuto l'opportunità di colmare alcune delle lacune presenti nel suo mandato relativo alla gestione delle emergenze, introducendo nuovi meccanismi di coordinamento e rafforzando quelli già esistenti. Ciò, ed è questo l'aspetto più rilevante che merita di esser enfatizzato, al fine di preservare – attraverso il prisma della leale cooperazione – alcuni dei risultati più importanti sin qui raggiunti nella realizzazione del processo di integrazione, a partire dal corretto funzionamento del mercato interno⁵⁸. Da questo punto di vista, il nuovo approccio mostrato rispetto al riparto di competenze riflette perfettamente la logica che ha ispirato l'affermazione, per via giurisprudenziale, della teoria della limitazione delle competenze⁵⁹: gli obblighi di leale cooperazione che ricadono in capo agli Stati membri richiedono a questi ultimi di dare vita ad un coordinamento sovranazionale nel caso di emergenze idonee a produrre effetti transfrontalieri e di astenersi dal porre in essere azioni unilaterali che impediscano il perseguimento degli obiettivi sovranazionali.

Ciò spiega anche la ragione per la quale quanto sin qui detto non solo è potuto avvenire a diritto costante, senza, cioè, che si rendesse necessario procedere ad una revisione formale del diritto primario, ma anche per il tramite di strumenti di *soft law*, da intendersi come riproduttivi di obblighi preesistenti direttamente riconducibili alla clausola di leale cooperazione contenuta nell'art. 4, par. 3, TUE.

5. Il nuovo approccio emerso rispetto all'esercizio delle competenze che deriva dalla reazione al COVID-19 ha inevitabilmente inciso anche sulla interazione tra istituzioni UE. La novità più rilevante, a questo proposito, sembra venire dal rafforzato ruolo della Commissione europea, che ha trovato un avallo importante da parte del Consiglio europeo. Non è certo la prima volta che le due istituzioni si sono trovate ad operare congiuntamente in scenari di crisi. Tuttavia, mentre nel recente passato – come osservato in dottrina – la Commissione ha per lo più rivestito un

⁵⁷ V. *supra*, par. 2.

⁵⁸ Cfr. anche F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., 192-202.

⁵⁹ V. *supra*, par. 3.

ruolo subalterno rispetto al Consiglio europeo, assumendone in sostanza le funzioni di segretariato⁶⁰, nel caso della reazione alla pandemia è emersa una maggior sinergia tra le due istituzioni, cosa che ha portato la Commissione ad esercitare poteri di coordinamento in diversi ambiti settoriali. Pure rilevante per l'assetto istituzionale dell'Unione è il fatto che numerosi meccanismi messi in opera nel corso dell'emergenza pandemica sono stati delineati in atti di *soft law*.

Entrambi questi aspetti sono ben visibili nella già richiamata *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento*, adottata nell'aprile 2020 e con la quale i Presidenti di Commissione e Consiglio europeo hanno definito una serie di raccomandazioni per gli Stati membri al fine di preservare la tutela della salute pubblica attraverso un graduale allentamento delle limitazioni e restrizioni introdotte su base nazionale nella prima fase acuta della pandemia. Benché l'atto, giuridicamente non vincolante, riconosca le prerogative esercitate (ed esercitabili) dagli Stati membri per la tutela della salute pubblica, esso chiarisce anche che il coordinamento delle misure adottate per contrastare la diffusione della pandemia costituisce «una questione di comune interesse europeo»⁶¹ ed affida alla Commissione europea, da un lato, ed ai dispositivi integrati per la risposta politica alle crisi⁶², dall'altro, il compito di coordinare l'azione degli Stati.

Ancorché sia ancora presto per stabilire quali conseguenze potrà produrre nel medio termine un simile approccio sull'equilibrio istituzionale dell'Unione, quest'ultimo rappresentando un ulteriore elemento strutturale del sistema sovranazionale ispirato alla logica che impone ad «ogni istituzione [di esercitare] le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni»⁶³, non può tacersi il fatto che gli sviluppi di cui è questione sembrano andare nella direzione di determinare una marginalizzazione (ulteriore) del Parlamento europeo, gettando dunque ombre significative sulla trasparenza e la legittimità democratica dell'operato delle altre istituzioni. Ciò anche tenuto conto del fatto che, come riconosciuto in una consolidata giurisprudenza della Corte UE, le

⁶⁰ In tema v. L.S. ROSSI, *A New Revision of the EU Treaties after Lisbon?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU After Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Cham, 2014, 3 ss.

⁶¹ Ivi, 4.

⁶² Tali dispositivi, il cui funzionamento è stato cristallizzato in un atto normativo UE, consentono un processo decisionale rapido e coordinato sul piano politico sotto l'egida delle Presidenza del Consiglio UE. V. decisione di esecuzione (UE) n. 2018/1993 del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, relativa ai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi (GUUE L 320, del 17 dicembre 2018, 28 ss.).

⁶³ Corte di giustizia, sentenza del 14 aprile 2015, causa C-409/13, *Consiglio c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:217, punto 64.

prerogative attribuite dai Trattati alle istituzioni UE – così come l'equilibrio istituzionale da essi stabilito –, «sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa del diritto dell'Unione»⁶⁴, non tollerando pertanto modifiche o deviazioni anche se dettate da situazioni emergenziali.

6. Come sopra ricordato, il fatto che l'Unione abbia agito nel contesto della pandemia anche in assenza di un chiaro mandato ha portato al proliferare di atti di *soft law*, che sono stati adottati (prioritariamente dalla Commissione) al fine di stabilire linee guida o raccomandazioni anzitutto per gli Stati membri⁶⁵. Si tratta di un *trend* chiaramente identificabile in molteplici ambiti settoriali interessati dalle misure di risposta al COVID-19: dalla gestione dei confini⁶⁶ alla cooperazione in ambito sanitario⁶⁷, alla tutela dei dati personali nell'implementazione di *app* di tracciamento⁶⁸.

In effetti, il ricorso a strumenti di *soft law* o di natura informale è divenuto piuttosto comune a livello UE, soprattutto in relazione a scenari

⁶⁴ Corte di giustizia, parere dell'8 marzo 2011, n. 1/09, *Creazione di un Sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, ECLI:EU:C:2011:123, punto 89.

⁶⁵ Come precisato dalla Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646, punto 13, «le raccomandazioni, le quali (...) non sono vincolanti, sono in genere adottate dalle istituzioni comunitarie quando queste non dispongono, in forza del Trattato, del potere di adottare atti obbligatori (...)».

⁶⁶ V., ad esempio, Commissione europea, *COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, COM(2020)115 final, 16 marzo 2020; *Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods*, C(2020)1753 final, 16 marzo 2020; *Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di COVID-19* (GUUE CI 102, del 30 marzo 2020, 12 ss.); nonché la raccomandazione (UE) n. 2020/914 del Consiglio, del 30 giugno 2020, relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione (GUUE LI 208, del 1° luglio 2020, 1 ss.); la raccomandazione (UE) n. 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020, per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19 (GUUE L 337, del 14 ottobre 2020, 3 ss.); e la raccomandazione (UE) n. 2020/2243 della Commissione, del 22 dicembre 2020, relativa a un approccio coordinato ai viaggi e ai trasporti in risposta alla variante di SARS-COV-2 identificata nel Regno Unito (GUUE L 436, del 28 dicembre 2020, 72 ss.).

⁶⁷ Commissione europea, *Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della COVID-19* (GUUE CI 111, del 3 aprile 2020, 1 ss.); *Orientamenti riguardanti i test diagnostici in vitro per la COVID-19 e le relative prestazioni* (GUUE CI 122, del 15 aprile 2020, 1 ss.); *Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la COVID-19*, COM(2020) 245 final, 17 giugno 2020.

⁶⁸ Raccomandazione (UE) n. 2020/518 della Commissione, dell'8 aprile 2020, relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi COVID-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità (GUUE L 114, del 14 aprile 2020, 7 ss.); Commissione europea, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di COVID-19 relativamente alla protezione dei dati* (GUUE CI 124, del 17 aprile 2020, 1 ss.).

emergenziali. Ciò si rinviene anche con riguardo all'azione messa in campo nel contesto della crisi economico-finanziaria ed in quello concernente la "crisi dei rifugiati"⁶⁹. Va pure detto che un simile *trend* non costituisce un tratto distintivo della cooperazione sviluppata a livello sovranazionale: il ricorso massiccio a strumenti di *soft law* nella reazione alla pandemia si rinviene anche sul piano internazionale ed a livello nazionale (o *sub-nazionale*)⁷⁰.

Si tratta di un *trend* che presenta vantaggi e svantaggi. I sostenitori di questo approccio potranno ritenere che esso sia maggiormente in grado di garantire una gestione rapida, flessibile ed efficace dell'emergenza, anche nei casi in cui il riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea risulta non del tutto definito. I detrattori potranno invece affermare che l'eccessiva flessibilità che (può) caratterizza(re) questo approccio si porta dietro dubbi rilevanti in termini di legittimità e trasparenza, impedendo dunque che si crei per tale via una piattaforma stabile di cooperazione tra l'Unione ed i suoi Stati membri⁷¹. Ed in effetti, nonostante la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia contribuito negli anni a chiarire gli effetti giuridici degli strumenti UE di *soft law*, arrivando a non escludere la possibilità di sindacarne la legittimità alla luce del diritto primario⁷², è evidente che l'informalità che contraddistingue tali atti rischia di ridimensionare il concetto di «Unione di diritto», che rappresenta un presidio fondamentale di tutela del quadro costituzionale composto dal diritto primario e dai principi strutturali del sistema di diritto fondato

⁶⁹ V. J. ALBERTI, *Challenging the evolution of the EMU: the justiciability of soft law measures enacted by the ECB against the financial crisis before the European courts*, in *Yearbook of European Law*, 2018, 626 ss., e F. CASOLARI, *The unbearable «lightness» of soft law: on the European Union's recourse to informal instruments in the fight against irregular immigration*, in F. IPPOLITO ET AL. (eds.), *Bilateral Relations in the Mediterranean. Prospects for Migration Issues*, Cheltenham-Northampton, 2020, 215 ss.

⁷⁰ Per una visione di insieme si rimanda ai lavori presenti nella *Special Issue 1/2021 su COVID-19 and Soft Law* dello *European Journal of Risk Regulation*. V. anche B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *A Comparative Study on Soft Law: Lessons from the COVID-19 Pandemic*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2021, 20 ss.

⁷¹ G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri*, cit., 77-78; M. ELIANTONIO, O. STEFAN, *The elusive legitimacy of EU soft law: An analysis of consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation, Special Issue 1: COVID-19 and Soft Law*, 2021, 159 ss.

⁷² V. Corte di giustizia, sentenze del 25 marzo 2021, causa C-501/18, *BT c. Baltarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249, e del 15 luglio 2021, causa C-911/19, *FBF c. ACPR*, ECLI:EU:C:2021:599, entrambe relative alla legittimità delle raccomandazioni (*per se non vincolanti*) adottate dall'Autorità bancaria europea. Per un commento, v. J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2022, 425 ss.

sui Trattati (incluso, come ricordato poco sopra, il principio dell'equilibrio istituzionale)⁷³.

Tre in particolare sono i fronti di maggior criticità aperti da tale prassi: anzitutto, come già ricordato, la messa in discussione della trasparenza e legittimità (democratica) dell'azione intrapresa dalle istituzioni, in assenza di un vero coinvolgimento del Parlamento europeo; a seguire, si segnala la mancanza di certezza giuridica quanto al quadro regolamentare che tali atti concorrono a definire; infine, occorre menzionare le difficoltà incontrate nel consentire la giustiziabilità o invocabilità di tali atti innanzi ad istanze giurisdizionali (nazionali o sovranazionali)⁷⁴.

È vero che alla fine del 2020, alla luce delle lezioni imparate nel corso della prima ondata della pandemia, la Commissione europea ha lanciato un pacchetto di iniziative finalizzato ad avviare il percorso che dovrebbe portare a costituire una Unione europea della salute, in modo da attribuire all'Unione un mandato chiaro e formalizzato «per prevenire le crisi sanitarie sia dell'UE che mondiali»⁷⁵. Un tassello determinante per la realizzazione di questo processo si è realizzato il giorno di Santo Stefano del 2022, con l'entrata in vigore del regolamento 2022/2371 relativo alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, che ha abrogato la decisione 1082/2013. Esso introduce un quadro giuridico rafforzato e meglio delineato per la preparazione e risposta alle crisi sanitarie e rafforza il ruolo dell'Unione per l'adozione di misure comuni che consentano di affrontare le future emergenze transfrontaliere. Particolarmente significativa appare la scelta dell'atto normativo, un regolamento, considerato – nella proposta presentata nel 2020 dalla Commissione – «lo strumento più adatto, giacché la proposta mira essenzialmente a stabilire procedure e strutture per la cooperazione su attività congiunte a livello dell'UE [che] non richiedono l'attuazione di misure nazionali e sono direttamente applicabili»⁷⁶. Ora, è evidente che l'adozione del regolamento contribuirà a rafforzare l'azione sul piano sovranazionale, tenuto conto dello statuto giuridico dell'atto nel sistema delle fonti di diritto UE (art. 288 TFUE). Non va tuttavia dimenticato che, proprio in virtù di tale sta-

⁷³ V. Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:1986:166, punto 23.

⁷⁴ F. CASOLARI, *C'è un Giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di austerità dell'Unione Europea*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, 2020, 229 ss., spec. 234-238; e M. ELIANTONIO, O. STEFAN, *op. cit.*

⁷⁵ Commissione europea, *Costruire un'Unione europea della salute: rafforzare la resilienza dell'Ue alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero*, COM(2020) 724 final, 11 novembre 2020, 2.

⁷⁶ Commissione europea, COM(2020) 727 final, 11 novembre 2020, 4.

tuto, i regolamenti sono utilizzati di regola per uniformare e armonizzare la legislazione nazionale. Da questo punto di vista, non può non segnalarsi un possibile contrasto con il dettato dell'art. 6 TUE, che vieta all'Unione di adottare misure di armonizzazione nell'esercizio di competenze di supporto e coordinamento, quale è quella relativa alla politica sanitaria.

Più in generale, benché l'iniziativa della Commissione presenti l'indubbio pregio di cercare di promuovere, a diritto costante, soluzioni più chiare e meglio formalizzate per il mandato esercitabile da parte dell'Unione in situazioni di emergenza (sanitaria), essa non sembra di per sé sufficiente ad evitare o, almeno, a ridurre il ricorso a strumenti *soft* od informali in simili contesti. Ciò a motivo del quadro generale di riferimento in cui l'Unione è chiamata a muoversi, così come esso risulta riprodotto nei Trattati. In assenza di una riforma strutturale di tale quadro, la questione relativa all'impiego di strumenti informali e *soft* è da considerarsi tutt'altro che superata⁷⁷.

7. Negli ultimi tre anni l'Unione europea si è trovata a gestire le conseguenze di un evento calamitoso dalle caratteristiche inedite. Ciò le ha imposto sfide non facili, a partire dalle necessità di individuare un bilanciamento tra l'imperativo del rispetto del principio di attribuzione delle competenze, così come ossessivamente ribadito nel diritto primario, e l'urgenza di elaborare soluzioni efficaci, anche al fine di preservare il corretto funzionamento – se non, addirittura, l'esistenza – del processo di integrazione europea. In questo contributo si è cercato di mettere in luce quali *trend* sono emersi dalla reazione sovranazionale al COVID-19 ed il loro impatto sull'attuazione ed evoluzione dello *European Disaster Law*, oltre che sul quadro costituzionale di riferimento dell'Unione. In proposito, è possibile trarre le conclusioni che seguono.

Non solo l'Unione europea ha elaborato un quadro articolato (e, forse, un po' troppo frammentato) per la reazione a disastri; essa ha anche

⁷⁷ Recentemente la Conferenza sul futuro dell'Europa – ossia il *forum* di discussione varato da Parlamento, Consiglio e Commissione per ragionare sulle sfide e priorità dell'Unione – ha redatto la sua relazione finale, raccomandando, tra le altre cose, una modifica dei Trattati nel senso che l'assistenza sanitaria e la salute risultino ricomprese tra le competenze concorrenti dell'Unione. Cfr. Conferenza sul futuro dell'Europa, Relazione sul risultato finale, maggio 2022, 50 (disponibile su futureu.europa.eu). Questa richiesta è stata fatta propria dal Parlamento europeo, che ha attivato la procedura di revisione ordinaria dei Trattati ai sensi dell'art. 48 TUE. V. le risoluzioni del Parlamento europeo, del 4 maggio 2022, sul seguito da dare alle conclusioni della Conferenza sul futuro dell'Europa (doc. P9_TA(2022)0141), e del 9 giugno 2022, sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati (doc. P9_TA(2022)0244). In particolare, il Parlamento ha chiesto che le soluzioni innovative sviluppate nella reazione alla pandemia di COVID-19 vengano trasformate «in un nuovo quadro istituzionale e politico permanente» (P9_TA(2022)0141, cit., punto 8).

dimostrato di essere in grado di sviluppare – anche grazie alla acquisizione degli Stati membri – un approccio flessibile nei confronti del relativo riparto di competenze codificato nei Trattati. Questa flessibilità, realizzata per lo più attraverso l'esercizio di competenze *soft* e l'adozione di strumenti informali o non vincolanti, ha portato a concretizzare specifici obblighi di coordinamento che costituiscono manifestazioni altrettanto concrete del più generale principio di leale cooperazione codificato nell'art. 4, par. 3, TUE. In effetti, il ricorso al principio di leale cooperazione – ed alla teoria della limitazione delle competenze che ne costituisce una ulteriore illustrazione – assume una particolare rilevanza nella gestione sovranazionale delle calamità, imponendo agli Stati membri di non invocare l'esercizio di prerogative nazionali al fine di limitare o “neutralizzare” l'azione dell'Unione.

Gli sviluppi espressione della maggior flessibilità manifestata nella gestione delle calamità costituiscono indubbiamente un fattore di primaria importanza – di valenza per certi versi costituzionale – per l'Unione. Non solo perché mirano a promuovere una maggior integrazione nella gestione sovranazionale delle emergenze. Più in generale, essi manifestano l'esigenza di dare vita ad uno spazio europeo di cooperazione nel quale i confini tra il mandato dell'Unione e la sovranità degli Stati membri si fanno meno evidenti, favorendo lo sviluppo di una sovranità condivisa (*shared sovereignty*), che faciliti l'assistenza e la mutua assistenza tra questi ultimi⁷⁸.

Si è però visto come una simile evoluzione non sia immune da rischi. Piaccia o non piaccia, la flessibilità ed informalità che contraddistinguono l'approccio oggetto di analisi sono in grado di determinare delle conseguenze rilevanti sul quadro costituzionale sovranazionale, mettendo a rischio l'equilibrio istituzionale e, ancor più, il rispetto dello Stato di diritto da parte dell'Unione. È per questa ragione che l'Unione ed i suoi Stati dovrebbero considerare la possibilità di elaborare soluzioni più stabili, magari approfittando della prospettiva apertasi con la decisione del Parlamento europeo di richiedere l'attivazione della procedura di revisione ordinaria dei Trattati di cui all'art. 48 TUE. Si tratta, tuttavia, di una prospettiva tanto lunga quanto incerta. Per questa ragione, è certamente da considerarsi con interesse la decisione della Commissione europea di adottare una proposta di regolamento volta a codificare le soluzioni informali individuate nel corso della pandemia per preservare il mercato interno attraverso la costituzione di uno strumento di emergenza

⁷⁸ V. anche F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., 201-202. Sul concetto di *shared sovereignty* v. invece, per tutti, S.D. KRASNER, *The Case for Shared Sovereignty*, in *Journal of Democracy*, 2005, 69 ss.

del mercato unico⁷⁹. Tale iniziativa contribuisce, infatti, a dare maggior stabilità e certezza ai meccanismi elaborati nel contesto pandemico, cristallizzando al contempo – tramite, peraltro, una rilettura della base giuridica generale relativa al funzionamento del mercato interno (ossia l’art. 114 TFUE) alla luce degli obblighi di astensione *ex art. 4, par. 3, TUE* – le (nuove) competenze esercitate dall’Unione in tale frangente.

ABSTRACT

*The European Union and Disaster Management:
A Critical Appraisal of the Supranational Response to COVID-19 Pandemic*

The purpose of this contribution is neither to provide a comprehensive analysis of all legal tools elaborated in Europe to face disaster scenarios nor to review their global effectiveness. Instead, it aims to carry out a legal assessment of the most relevant trends of EU disaster law in light of the EU reaction to the COVID-19 pandemic. Not only such a reaction has represented the most powerful illustration of the EU capacities to manage disaster scenarios, but it has given the opportunity to look at how the constitutional framework of the Union has been reshaped to face the pandemic. In particular, this contribution argues that a change in the EU approach towards disasters has been put in place in the context of the pandemic, leading to a more flexible reading of the principle of conferral.

⁷⁹ Doc. COM(2022) 459, 19 settembre 2022. Per un primo commento alla proposta, v. M. PIANOFORTE, *Il mercato unico in tempo di crisi: la proposta di uno strumento orizzontale per rispondere alle emergenze*, in *Eurojus.it*, 2023, 82 ss.

SVILUPPO SOSTENIBILE E MECCANISMI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE NEGLI ACCORDI COMMERCIALI CONCLUSI DALL'UNIONE EUROPEA: CRITICITÀ E NUOVE PROSPETTIVE

ANDREA MENSI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo dell'Unione europea nella promozione dei principi di sviluppo sostenibile. – 3. Gli obblighi in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio conclusi dall'Unione. – 4. I meccanismi di risoluzione delle controversie e sviluppo sostenibile precedentemente al 2022 – 5. Criticità e nuova strategia adottata dalla Commissione a partire dal 2022. – 6. Considerazioni circa la nuova strategia adottata dall'Unione. – 7. Conclusioni.

1. L'Agenda 2030 approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2015 ha posto le basi per la promozione a livello internazionale di uno sviluppo sostenibile basato sui pilastri economico, sociale e ambientale¹. L'esigenza di assicurare uno sviluppo che sia rispettoso anche di valori non economici, come la tutela dei diritti dei lavoratori e la protezione dell'ambiente, è oggi quanto mai attuale in un contesto globale caratterizzato da profonde trasformazioni sociali, degradazione ambientale e, non da ultimo, dagli evidenti effetti dei cambiamenti climatici. In tale contesto, vi è stato un esplicito riconoscimento del ruolo del commercio internazionale per la promozione dello sviluppo sostenibile².

La crisi istituzionale in cui attualmente versa l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e la rinnovata importanza assunta dagli scambi a livello preferenziale hanno avuto ripercussioni anche in ambito di promozione di valori non economici. A livello mondiale, infatti, sempre più accordi preferenziali includono disposizioni in materia di sviluppo sostenibile, con riferimento alla tutela di obiettivi sociali ed ambientali³.

In tale contesto, l'Unione europea (UE) ha assunto un ruolo guida nella promozione dei principi di sviluppo sostenibile tramite la sua politi-

¹ Assemblea generale, *Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development*, UN Doc. A/RES/70/1, 25 settembre 2015.

² Ivi, paragrafi 17.10-17.12.

³ G. SHAFFER, *Retooling trade agreements for social inclusion*, in *University of Illinois Law Review*, 2019, 1 ss.

ca commerciale. La strategia adottata dalla Commissione europea negli accordi conclusi dall'Unione fino al 2022 è stato quello di basare il rispetto di tali obblighi su un approccio diplomatico e collaborativo, escludendo la possibilità di ricorrere al meccanismo generale di risoluzione delle controversie previsto in tali accordi e all'adozione di sanzioni commerciali. Questa scelta ha sollevato legittime questioni da parte di Stati membri, istituzioni dell'Unione, portatori di interesse, nonché dalla dottrina circa l'adeguatezza di tale approccio per garantire il rispetto delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile. Anche a seguito di tali osservazioni, dal 2022 la Commissione ha adottato una nuova strategia basata sull'estensione del meccanismo di risoluzione delle controversie anche ai capitoli in materia di sviluppo sostenibile, nonché sulla possibilità di adottare sanzioni. In accordo con quanto previsto dalla nuova strategia, con tale termine nel corso dell'articolo si fa riferimento, precisamente, alla sospensione temporanea, e proporzionale alla violazione contestata, di concessioni commerciali previste nell'apposito accordo di libero scambio⁴.

Dopo significative novità introdotte nel *Trade and Cooperation Agreement (TCA)* siglato il 30 dicembre 2020 tra l'UE e il Regno Unito, il nuovo approccio è stato applicato per la prima volta nell'accordo con la Nuova Zelanda, le cui negoziazioni si sono concluse il 30 giugno 2022 e attualmente in attesa di entrare in vigore.

Lo scopo di questo articolo è identificare le principali caratteristiche dei meccanismi di risoluzione delle controversie applicabili alle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio conclusi dall'UE, confrontando le specificità di tali meccanismi prima e successivamente all'adozione della nuova strategia adottata a partire dal 2022⁵. Tra le peculiarità di tali meccanismi, l'articolo si focalizza sul ruo-

⁴ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 22 giugno 2022, *Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta*, COM(2022) 409 def., 11. Sulla disciplina delle contromisure commerciali nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC si veda anche A. PICONE, A. LUGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 599 ss.

⁵ Gli accordi di libero scambio presi in considerazione dall'articolo sono i seguenti: Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Nuova Zelanda, sottoscritto il 30 giugno 2022 ed in attesa di entrare in vigore (UE-Nuova Zelanda); *Trade and cooperation agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*, sottoscritto il 30 dicembre 2020 ed entrato in vigore il 1° maggio 2021 (UE-Regno Unito o TCA); Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica Socialista del Vietnam, sottoscritto il 30 giugno 2019 ed entrato in vigore l'1 agosto 2020 (UE-Vietnam); Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, sottoscritto il 19 ottobre 2018 ed entrato in vigore il 21 novembre 2019 (UE-Singapore); Accordo di partenariato economico tra

lo delle summenzionate sanzioni commerciali, analizzando l'efficacia, o meno, di tali strumenti e ponendosi in ottica critica, ma propositiva, nell'evidenziare possibili ulteriori iniziative che possano essere adottate in tale contesto.

2. L'UE è uno degli attori internazionali maggiormente impegnati nella promozione dei principi di sviluppo sostenibile⁶. Questo ruolo è confermato non solo nelle politiche interne adottate dall'Unione in materia di sostenibilità, ma anche attraverso la sua azione esterna e, in particolare, tramite la sua politica commerciale. Considerato il ruolo di primo piano svolto dall'UE nel commercio internazionale, la promozione dello sviluppo sostenibile attraverso accordi di libero scambio può avere un impatto significativo, influenzando ulteriori attori internazionali nella tutela di valori non economici in ambito sociale e ambientale⁷.

l'Unione europea e il Giappone, sottoscritto il 17 luglio 2018 ed entrato in vigore l'1 febbraio 2019, (UE-Giappone); Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, sottoscritto il 30 ottobre 2016 ed entrato provvisoriamente in vigore il 21 settembre 2017 (UE-Canada o *CETA*); Accordo tra l'Unione europea e il MERCOSUR, sottoscritto il 28 giugno 2019 ed in attesa di entrare in vigore (UE-MERCOSUR); Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, sottoscritto il 6 ottobre 2010 ed entrato in vigore l'1 luglio 2011 (UE-Corea); Accordo di partenariato economico tra l'Unione europea e gli Stati del CARIFORUM, sottoscritto il 30 ottobre 2008 ed entrato provvisoriamente in vigore il 29 dicembre 2008 (UE-CARIFORUM).

⁶ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 14 ottobre 2015, *Commercio per tutti Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, COM(2015) 497 def., 22.

⁷ G. ADINOLFI, *A cross-cutting legal analysis of the European Union preferential trade agreements' chapters on sustainable development: further steps towards the attainment of the sustainable development goals?*, in C. BEVERELLI, J. KURTZ, D. RAESS (eds.), *International trade, investment, and the sustainable development goals: World Trade Forum*, Cambridge, 2020, 18. Tra la letteratura in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio conclusi dall'UE: L. BARTELS, *Human rights and sustainable development obligations in EU free trade agreements in Legal Issues of Economic Integration*, 2013, 297; ID., *Social issues: labour, environment and human rights*, in S. LESTER, B. MERCURIO, L. BARTELS (eds.), *Bilateral and regional trade agreements: Commentary, analysis and case studies*, Cambridge, II ed., 2015; ID., *Human rights, labour standards and environmental standards in CETA*, in E. VRANES, A. ORATOR, D. FUHRER (eds.), *Mega-regional agreements: TTIP, CETA, TiSA: new orientations for EU external economic relations*, Oxford, 2017; A.R. YOUNG, *Liberalizing trade, not exporting rules: The limits of regulatory co-ordination in the EU's 'new generation' preferential trade agreements*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, 1253 ss.; G. GRUNI, *Labour Standards in the EU-South Korea free trade agreement*, in *Korean Journal of International and Comparative Law*, 2017, 100; K. MILEWICZ, J. HOLLWAY, C. PEACOCK, D. SNIDAL, *Beyond trade: The expanding scope of the nontrade agenda in trade agreements*, in *Journal of Conflict Resolution*, 2018, 743-773; B. MELO ARAUJO, *Labour provisions in EU and US mega-regional trade agreements: Rhetoric and reality*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2018, 233; I. BASTIAENS, E. POSTNIKOV, *Social standards in trade agree-*

Attraverso il Trattato di Lisbona la promozione dello sviluppo sostenibile, anche tramite la politica commerciale comune, è diventata un “imperativo costituzionale” per l’Unione⁸. Nel preambolo del TUE, infatti, lo sviluppo sostenibile viene menzionato sia nel contesto della realizzazione del mercato interno che in quello della protezione ambientale. Nelle successive disposizioni del Trattato, l’art. 3, par. 3 prevede come l’Unione si impegni per la promozione di uno sviluppo sostenibile basato su una crescita economica equilibrata e su un’economia di mercato che miri al progresso sociale, nonché su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità ambientale⁹. Analogo spirito promozionale è rinvenibile anche all’art. 3, par. 5 TUE, in cui viene affermato come l’Unione contribuisca alla promozione dello sviluppo sostenibile e ad un commercio libero ed equo nelle proprie relazioni esterne. Con particolare riferimento agli obiettivi dell’azione esterna, la promozione dello sviluppo sostenibile viene menzionata sia dall’art. 21, par. 2, lett. d) TUE con riferimento ai Paesi in via di sviluppo, che alla lett. f) della stessa disposizione dove viene dichiarato l’obiettivo di contribuire all’elaborazione di misure internazionali in materia ambientale e di gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali per assicurare lo sviluppo sostenibile.

Inoltre, l’art. 207 TFUE dichiara come la politica commerciale comune debba essere condotta nel contesto dei principi e degli obiettivi dell’azione esterna dell’Unione che, proprio considerando il summenzionato art. 21 TUE, comprende anche lo sviluppo sostenibile¹⁰. Tale asserzione trova conferma nel noto *parere 2/15* della Corte di giustizia, in cui viene dichiarato come l’obiettivo dello sviluppo sostenibile costituisca

ments and free trade preferences: An empirical investigation, in *The Review of International Organizations*, 2019, 923-940; H. GÖTT, *Linkages of trade, investment and labour in preferential trade agreements: Between untapped potential and structural insufficiencies*, in *2019 European Yearbook of International Economic Law*, 2020, 133-166; S. SCHACHERER, *EU foreign investment law*, Leiden-Boston, 2021, 225 ss.; S. FACCIO, *Gli accordi commerciali dell’Unione europea e sviluppo sostenibile*, in A. TANZI, L. CHIUSSI CURZI, G. FARNELLI, A. MENSI (a cura di), *Sostenibilità ambientale e sociale nel commercio internazionale, Tendenze e Prospettive fra Politica e Diritto*, Bologna, 2022; F. ROMANIN JACUR, *The contribution to sustainable development of “megaregional” free trade and investment agreements*, in S. CAFARO (a cura di), *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, Napoli, 2022, 59-86.

⁸ G.M. DURÁN, *Sustainable development chapters in EU free trade agreements: emerging compliance issues*, in *Common Market Law Review*, 2020, 1031-1068.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis*, punto 76. Si vedano anche gli articoli 9, 11 TFUE.

¹⁰ Si veda anche art. 205 TFUE, secondo cui l’azione esterna dell’Unione «si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali di cui al capo 1 del titolo V» del TUE, che comprende anche l’art. 21.

una parte integrante della politica commerciale comune¹¹. In tale contesto, risulta evidente come la sua promozione, sia nella dimensione interna che esterna e commerciale, rappresenti oggi un principio fondamentale nel, ed ispiratore del, diritto unionale.

Il ruolo di rilievo svolto dall'UE nell'affermazione dei principi di sviluppo sostenibile è particolarmente attuale per due ordini di motivi. In primo luogo, la crisi in cui versa l'OMC ha effetti pregiudizievoli anche per quanto riguarda la promozione dello sviluppo sostenibile sul piano multilaterale¹². Inoltre, l'UE rappresenta un attore chiave nella proliferazione degli accordi preferenziali, con particolare vigore a partire dal 2006 attraverso l'attuazione della *Global Europe Strategy*¹³. In tale occasione, peraltro, si prefigurava già la necessità di rafforzare lo sviluppo sostenibile tramite relazioni commerciali bilaterali, anche attraverso nuove disposizioni cooperative in materia di diritti dei lavoratori e protezione ambientale¹⁴.

È pertanto evidente come l'inclusione dello sviluppo sostenibile nelle relazioni commerciali dell'Unione rappresenti il risultato di una costante promozione dei valori sociali e ambientali.

3. La considerazione di valori non economici nella politica commerciale comune rappresenta da diverso tempo un aspetto caratteristico

¹¹ Parere 2/15 della Corte di giustizia, del 16 maggio 2017, punto 147: «(...) l'obiettivo dello sviluppo sostenibile costituisce ormai parte integrante della politica commerciale comune». Secondo la Corte tale obbligo deriva dalla lettura congiunta degli articoli 21, par. 3, TUE e 205, 207, par. 1, TFUE; G. ADINOLFI, *op. cit.*, 21; C. BEAUCILLON, *Opinion 2/15: Sustainable is the new trade. Rethinking coherence for the new common commercial policy*, in *European Papers*, 2017, 819-828; M. CREMONA, *Shaping EU trade policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017: ECJ, 16 May 2017, Opinion 2/15 free trade agreement with Singapore*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 231-259; G. GRUNI, *Towards a sustainable world trade law? The commercial policy of the European Union after opinion 2/15 CJEU*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2018, 4-12.

¹² Lo sviluppo sostenibile è, tuttavia, al centro delle proposte di riforma dell'OMC: I. ESPA, *Il dibattito sulla sostenibilità ambientale in seno all'Organizzazione mondiale del commercio* in A. TANZI, L. CHIUSSI CURZI, G. FARNELLI, A. MENSÌ (a cura di), *op. cit.*, 23-30. Sulla crisi dell'OMC si veda G. SACERDOTI, *The stalemate concerning the appellate body of the WTO: any way out?*, in *Question of International Law*, 2019, 37-59. Sull'organo d'appello dell'OMC e la risoluzione delle controversie commerciali si veda in generale anche A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova 1996; M. VELLANO, *L'organo d'appello dell'OMC*, Napoli, 2001.

¹³ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 4 ottobre 2006, *Europa globale: competere nel mondo*, COM(2006) 567 def.; J. PAUWELYN, W. ALSCHNER, *Forget about the WTO: The network of relations between preferential trade agreements (PTAs) and double PTAs*, in A. DÜR, M. ELSIG (eds.), *Trade cooperation: the purpose, design and effects of preferential trade agreements*, Cambridge, 2015, 497 ss.

¹⁴ Comunicazione *Europa globale*, cit., 9.

dell'UE¹⁵. Le prime disposizioni in accordi di libero scambio concepite specificamente in materia di sviluppo sostenibile furono incluse nell'*economic partnership agreement (EPA)* concluso tra l'UE e i Paesi del CARIFORUM nel 2008¹⁶. In questa prospettiva, l'accordo di libero scambio tra l'Unione e la Corea del Sud del 2011 rappresenta un punto di svolta attraverso l'adozione di un capitolo in materia di sviluppo sostenibile (*TSD Chapter*) all'interno dell'accordo¹⁷. Il trattato ha costituito, infatti, un modello per i successivi accordi di nuova generazione stipulati dall'Unione e, ad oggi, la presenza di capitoli dedicati alla promozione dello sviluppo rappresenta una prassi consolidata¹⁸. Come confermato dalla strategia *trade for all* approvata dalla Commissione nel 2015, le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile costituiscono gli strumenti principali con cui l'Unione promuove i propri impegni internazionali in un'agenda commerciale basata, anche, su valori non economici¹⁹.

¹⁵ K. HRADÍLOVÁ, O. SVOBODA, *Sustainable development chapters in the EU free trade agreements: Searching for effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, 1022; v. anche S. BĂR, R.A. KRAEMER, *European environmental policy after Amsterdam*, in *Journal of Environmental Law*, 1998, 315 ss.; P.A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, 219 ss.; S.R.W. VAN HEES, *Sustainable development in the EU: Redefining and operationalising the concept*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 60 ss.; S. SCHACHERER, *Sustainable development in EU foreign investment law*, Leiden, 2021, 100 ss. Sin dal 1995 la Comunità europea ha introdotto disposizioni in materia di diritti umani nei propri accordi di commerciali come ad esempio attraverso il *generalized system of preferences (GSP)*: comunicazione della Commissione europea, del 23 maggio 1995, *Sul richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo negli accordi tra la comunità e i Paesi terzi*, COM(1995) 216 def.; si veda anche Accordo Euro-mediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e lo Stato di Israele, dall'altra, sottoscritto il 20 novembre 1995, entrato in vigore l'1 giugno 2000, Titolo VIII e articoli 42 e 50.

¹⁶ UE-CARIFORUM, art. 1, lett. a), par. 3 e articoli 183-196. Sull'accordo si veda R. L. BERNAL, *Globalization, trade, and economic development, the CARIFORUM-EU economic partnership agreement*, New York, 2013. È, tuttavia, in ambito NAFTA che si assiste ad una prima inclusione di disposizioni in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio: *North american agreement on environmental cooperation*, 14 settembre 1993; *North american agreement on labour cooperation*, 14 settembre 1993. Si veda sul tema S. CHARNOVITZ, *The NAFTA environmental side agreement: implications for environmental cooperation, trade policy and American treaty-making*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 1994, 257-314.

¹⁷ G.M. DURÁN, *Innovations and implications of the trade and sustainable development chapter in the EU-Korea free trade agreement. The European Union and South Korea: the legal framework for strengthening trade, economic and political relations*, Edinburgh, 2013.

¹⁸ L. VAN DEN PUTTE, J. ORBIE, *EU bilateral trade agreements and the surprising rise of labour provisions*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, 263-283.

¹⁹ Comunicazione *Commercio per tutti*, cit., 15, 22-24. Si veda anche la comunicazione *Europa globale*, cit. Sulla risoluzione delle controversie e *TSD Chapters*, si veda E. BARONCINI, *L'approccio al contenzioso internazionale per il libero scambio dell'Unione europea*, in

In principio, le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile affiancano le concessioni commerciali con obblighi in materia ambientale e sociale²⁰. A partire dall'accordo con la Corea, si è potuto assistere nel tempo ad una progressiva evoluzione, diversificazione e rafforzamento delle disposizioni in ambito di sviluppo sostenibile. Come già discusso in dottrina, gli obblighi in materia di sostenibilità previsti negli accordi di libero scambio sono di diversa natura. È possibile classificare tali disposizioni in tre tipologie principali, ossia obblighi derivanti da trattati internazionali, obblighi prevalentemente correlati al diritto interno delle Parti contraenti e disposizioni dichiarative con riferimento a più ampi standard di protezione²¹.

Non è scopo di questo articolo analizzare nel dettaglio gli obblighi in materia di sviluppo sostenibile presenti in tali accordi²². Tuttavia, è funzionale riprenderne i tratti essenziali.

Da un primo punto di vista, le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile fanno riferimento ad obblighi derivanti da strumenti internazionali. Sono presenti, innanzitutto, obblighi di condurre *continued and sustained efforts* per la ratifica di trattati internazionali, con particolare riguardo ai trattati fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) in materia di diritti dei lavoratori²³. Con riferimento alla tutela ambientale, le disposizioni rilevanti per la ratifica di trattati multilaterali sono, laddove presenti, ancora più generali e di natura prettamente

E. BARONCINI, I. ESPA, M.L. MARCEDDU, L. MULAS, S. SALUZZO, *Enforcement & law-making of the EU trade policy*, Bologna, 2022, 1-40; S. VILLANI, *Settling disputes on TSD Chapters of EU FTAs: recent trends and future challenges in the light of CJEU's Opinion 2/15*, in A. BIONDI, G. SANGIUOLO (eds.), *The EU and the rule of law in international economic relations - an agenda for an enhanced dialogue*, Cheltenham, 2021, 107-125.

²⁰ P. MAZZOTTI, *Stepping up the enforcement of trade and sustainable development chapters in the European Union's free trade agreements: Reconsidering the debate on sanction*, European Law Institute, 2021, 5.

²¹ M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the sustainability standards in EU free trade agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, 24-27.

²² S. FACCIO, *op. cit.*, 63. Si veda anche J. ADRIANSEN, M. GONZÁLEZ-GARIBAY, *The illusion of choice: The European Union and the trade-labor linkage*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2013, 542 ss.; L.A. BARTELS, *The EU's approach to social standards and the TTIP*, in S. KHORANA (ed.), *The transatlantic trade and investment partnership (TTIP) negotiations between the EU and the USA: caught between myth and reality?*, Barcelona Centre for International Affairs, 2015, 87. Una parte della dottrina critica l'efficacia di tali disposizioni: J. HARRISON, M. BARBU, L. CAMPLING, B. RICHARDSON, A. SMITH, *Governing labour standards through free trade agreements: limits of the European Union's trade and sustainable development chapters*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, 262 ss.

²³ In diversi casi si tratta, tuttavia, di obblighi di condurre *best efforts* per la ratifica di questi trattati: UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 3.5; UE-Regno Unito, art. 399, par. 3; UE-Vietnam, art. 13, par. 4.3, lett. a); UE-Singapore, art. 12, par. 3.4; UE-Giappone, art. 16, par. 3.3; UE-Canada, art. 23, par. 3.4; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 4, par. 4; UE-Corea, art. 13, par. 4.3.

promozionale²⁴. Numerosi sono invece gli obblighi di rispetto, promozione e realizzazione dei principi fondamentali stabiliti dalle Convenzioni OIL²⁵. Con riferimento agli accordi multilaterali in materia ambientale, diverse disposizioni riconoscono l'importanza in generale di tali trattati, stabilendo l'impegno ad implementare effettivamente gli accordi e i protocolli in vigore per le Parti²⁶. Diversi *TSD Chapters* menzionano poi in modo esplicito il dovere di rispettare certi strumenti giuridici internazionali in materia di tutela ambientale²⁷. Ad esempio, l'accordo con la Nuova Zelanda del 2022 prevede una disposizione in materia di commercio e cambiamenti climatici dove viene previsto un obbligo per le Parti contraenti di implementare effettivamente la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) e l'Accordo di Parigi, inclusi gli impegni stabiliti nei rispettivi *nationally determined contributions (NDCs)*²⁸.

Il secondo tipo di obblighi riguarda, invece, la normativa interna delle Parti contraenti. In primo luogo, viene ribadito come il diritto delle Parti di regolamentare le proprie politiche in materia sociale e ambientale debba essere consistente con i rispettivi obblighi internazionali a cui fa

²⁴ Vengono previsti obblighi più generali per quanto riguarda la cooperazione verso la promozione della ratifica e dell'implementazione di accordi multilaterali ambientali rilevanti per il commercio: UE-Singapore, art. 12, par. 10, lett. b). In altre occasioni vengono invece stabiliti obblighi di scambio di informazioni per quanto riguarda i *progressi* nella ratifica di tali accordi: UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 5, par. 4; si veda anche UE-Regno Unito, art. 400, par. 3, lett. a), e UE-Vietnam, articoli 13, par. 5.3, 13, par. 14.1, lett. d). Pur non essendo obblighi di condotta, e quindi tantomeno di risultato, si tratta comunque di una terminologia che si pone in ottica promozionale verso la ratifica di ulteriori e futuri accordi multilaterali in materia ambientale. Si nota comunque che molti accordi ambientali siano già caratterizzati da un elevato numero di ratifiche: M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, 27.

²⁵ UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 3.3; UE-Regno Unito, art. 399, par. 2; UE-Vietnam, art. 13, par. 4.2; UE-Singapore, art. 12, par. 3.3; UE-Giappone, art. 16, par. 3.2; UE-Canada, art. 23, par. 3; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 4, par. 3. Si confronti *EU-Korea Panel Report*, cit., punti 120-122. In generale si veda C. ZHAO, *Implementing and enhancing labour standards through FTAs? A critical analysis of the panel report in the EU-Korea case*, in *Journal of World Trade*, 2023, 939-962; G.M. DURÁN, *Innovation and implications*, cit. I principi fondamentali dell'OIL considerati da queste disposizioni sono la libertà di associazione e il diritto alla contrattazione collettiva, l'eliminazione del lavoro forzato, l'eliminazione del lavoro minorile e l'eliminazione della discriminazione sul lavoro, tutelati dalle Convenzioni OIL n. 29, n. 87, n. 98, n. 100, n. 105, n. 111, n. 138 e n. 182; per esempio, UE-MERCOSUR, art. 4, par. 3; UE-Canada, art. 23, par. 3.1; OIL, *Declaration on fundamental principles and rights at work and its follow-up*, Ginevra, 1998.

²⁶ UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 5.1-2; UE-Regno Unito, art. 400, paragrafi 1 e 2; UE-Vietnam, art. 13, par. 5.1-2; UE-Giappone, art. 16, par. 4.2; UE-Canada, art. 24, par. 4.1-2; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 5, par. 1-2.

²⁷ UE-Nuova Zelanda, art. 19, paragrafi 6-10; UE-Vietnam, art. 13, paragrafi 6-9; UE-Giappone, art. 16, par. 4-8; UE-MERCOSUR, articoli 6-9.

²⁸ UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 6.2; si veda anche art. 19, par. 6.3.4.

rinvio lo specifico accordo di libero scambio²⁹. Altre disposizioni fanno riferimento al dovere di non ridurre i propri livelli di protezione domestica (*non-regression clause*) e a garantire l'*enforcement* delle proprie normative nazionali³⁰. Per entrambe le clausole, vale il principio secondo cui una regressione negli standard sociali e ambientali che costituisca una violazione degli obblighi internazionali a cui si fa rinvio nell'accordo di libero scambio costituisce, di per sé, una violazione del trattato stesso, senza che sia necessario un ulteriore nesso con l'aspetto commerciale³¹.

Quando, invece, tali azioni non violino gli obblighi internazionali considerati nell'accordo è necessario un collegamento con il commercio affinché si verifichi un inadempimento del trattato. In diversi accordi, infatti, è specificato come le predette condotte siano proibite quando siano attuate in modo da pregiudicare il commercio³². In altre occasioni, le stesse condotte sono vietate se attuate con il fine di incoraggiare il commercio³³.

Infine, è doveroso rilevare l'esistenza di diverse disposizioni di natura prettamente dichiarativa. In particolare, viene affermato un impegno nell'attuazione di politiche commerciali in grado di contribuire allo sviluppo sostenibile³⁴. Con specifico riferimento ai cambiamenti climatici, ad esempio, l'accordo con la Nuova Zelanda prevede l'impegno delle Parti a promuovere uno sviluppo del commercio e degli investimenti internazionali in grado di contribuire agli obiettivi di sviluppo sostenibile³⁵. Simili dichiarazioni di natura generale sono previste circa l'esigenza di innalzare gli standard di protezione in ambito sociale e ambientale³⁶.

In generale, le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile sono caratterizzate da obblighi di varia natura che, tuttavia, non fanno venire

²⁹ UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 2; UE-Canada, articoli 23, par. 2, e 24, par. 3; UE-Vietnam, art. 13, par. 2; UE-Singapore, art. 12, par. 2; UE-Giappone, art. 16, par. 2; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 2, par. 1; UE-Corea, art. 13, par. 3.

³⁰ UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 2.4-6; UE-Regno Unito, art. 387, par. 2 e 391, par. 2; UE-Vietnam, art. 13, par. 3.3; UE-Canada, articoli 23, par. 4 e 24, par. 5; UE-Corea, art. 13, par. 7.1-2.

³¹ M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, 30.

³² UE-Nuova Zelanda, art. 19, par. 2.6; UE-Regno Unito, articoli 387, par. 2, e 301, par. 2; UE-Vietnam, art. 13, par. 3.2; UE-Singapore, art. 13, par. 12; UE-Corea, art. 13, par. 7.1.

³³ UE-Vietnam, art. 13 par. 3.3; UE-Canada, art. 23, par. 4; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 2, paragrafi 3-5; UE-Corea, art. 13 par. 7.2.

³⁴ UE-Singapore, art. 12, par. 1; UE-Canada, art. 22; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 1(3).

³⁵ UE-Nuova Zelanda, art. 19 par. 1.3. Come anticipato, tale disposizione viene poi implementata, almeno in parte, agli articoli 19, par. 6.2-3.

³⁶ UE-Canada, art. 22 par. 3: «Le parti affermano che il commercio dovrebbe promuovere lo sviluppo sostenibile. Di conseguenza, ciascuna parte si adopera per promuovere flussi economici e commerciali e pratiche connesse che contribuiscano a migliorare la dignità del lavoro e la protezione dell'ambiente (...); UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 2.

meno il loro carattere vincolante. Nella disputa tra UE e Corea del Sud, il Panel di esperti istituito ai sensi del relativo accordo, ha dichiarato come anche le norme sulla ratifica di Convenzioni OIL abbiano forza vincolante, pur prevedendo obblighi di condotta e non di risultato³⁷. Nel contenzioso tra UE e Ucraina veniva sottolineato il carattere “promozionale” o “programmatico” delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile contenute nel Capitolo 13 del rispettivo accordo che sono state considerate dall’apposito Panel come un contesto rilevante per l’interpretazione di altre disposizioni dell’accordo stesso³⁸. Nella controversia tra l’UE e l’Unione doganale dell’Africa meridionale (SACU), invece, il Panel di esperti previsto dall’accordo di partenariato ha dichiarato come l’obiettivo di sviluppo sostenibile portato avanti dal trattato rappresenti un parametro per informare l’interpretazione delle sue disposizioni³⁹.

Da questo quadro generale si può percepire non solo la crescente importanza delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio, ma anche l’eterogeneità di queste norme. Pertanto, è già da ora evidente l’esigenza di assicurare la loro effettività e il loro rispetto, anche attraverso meccanismi di risoluzione delle controversie a cui fare ricorso in caso di inadempimenti.

4. A livello empirico è stato ampiamente dimostrato come le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile varino per quanto riguarda ulteriori fattori, tra cui la loro vincolatività, l’*enforceability* e la trasparenza⁴⁰. Tuttavia, almeno fino ai più recenti sviluppi illustrati nelle seguenti parti dell’articolo, è stato possibile rinvenire una certa uniformità per quanto riguarda l’architettura dei meccanismi di risoluzione delle controversie a cui è possibile fare ricorso in caso di mancato rispetto degli obblighi in

³⁷ Report finale del Panel di esperti del 20 gennaio 2021, *Proceeding Constituted under 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, punti 277-278, 288. Ad oggi sono quattro le dispute in materia di sviluppo sostenibile che hanno visto l’UE come Parte attrice di cui tre, con Corea del Sud, Ucraina e SACU che hanno visto l’approvazione di un report da parte del rispettivo panel e una, con l’Algeria, attualmente ancora pendente.

³⁸ Report finale del Panel arbitrale dell’11 dicembre 2020, *Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union*, punti 241-253.

³⁹ Report finale del Panel di esperti del 3 agosto 2022, *Southern African Customs Union – Safeguard Measure Imposed on Frozen Bone-In Chicken Cuts from the European Union*, punti 89, 169.

⁴⁰ E. POSTNIKOV, I. BASTIAENS, *Does dialogue work? The effectiveness of labor standards in EU preferential trade agreements*, in *Journal of European Public Policy*, 2014, 923-940; HIDD, *Social protectionist bias: The domestic politics of North-South trade agreements*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 2020, 347-366; J. HARRISON, M. BARBU, L. CAMPLING, B. RICHARDSON, A. SMITH, *op. cit.*, 260-277; A. POLETTI, D. SICURELLI, *The political economy of normative trade power Europe*, Basingstoke, 2018; E. POSTNIKOV, *Unravelling the puzzle of social standards’ design in EU and US trade agreements*, in *New Political Economy*, 2019, 181-196; J. ADRIANSEN, M. GONZÁLEZ-GARIBAY, *op. cit.*, 542-549.

ambito di sviluppo sostenibile. Lo scopo di questa parte dell'articolo è di illustrare i meccanismi di risoluzione delle controversie applicabili alle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile, precedentemente alla nuova strategia adottata dalla Commissione nel 2022.

In generale, gli accordi di libero scambio conclusi dall'UE sono soggetti a meccanismi di risoluzione delle controversie ispirati al modello OMC⁴¹. Tuttavia, tali meccanismi non si applicano alle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile⁴². Fino al 2022, l'unica eccezione è stata rappresentata dall'accordo di partenariato economico UE-CARIFORUM, dove è previsto un sistema di risoluzione delle controversie unico, caratterizzato da alcune particolarità rispetto agli altri accordi di libero scambio⁴³. Nella generalità degli altri accordi, infatti, la risoluzione delle controversie applicabile alle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile è basata su meccanismi specifici fondati su un approccio di tipo diplomatico e collaborativo. Precisamente, in caso di disaccordo tra le Parti sull'applicazione e l'interpretazione degli obblighi riguardanti lo sviluppo sostenibile, le stesse potranno ricorrere a consultazioni intergovernative⁴⁴. Nella fase di consultazioni, le Parti devono compiere ogni sforzo per addivenire ad una soluzione soddisfacente per entrambe e tenendo conto delle informazioni ricevute dall'OIL o dagli organismi multilaterali competenti in materia ambientale previsti dagli accordi ratificati da entrambe le Parti⁴⁵. Se una delle Parti ritiene necessarie ulteriori di-

⁴¹ Come noto, nei sistemi di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio non è presente un organo d'appello.

⁴² G. ADINOLFI, *op. cit.*, 39-41. Per esempio, UE-Giappone, art. 16, par. 17; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, articoli 15-17. Si tratta di un approccio diverso da quello seguito negli accordi di libero scambio conclusi dagli Stati Uniti dove, come confermato recentemente dall'accordo di libero scambio concluso con il Messico e il Canada (USMCA), nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie anche in materia di sviluppo sostenibile è prevista la possibilità di adottare sanzioni.

⁴³ In generale, è prevista una prima fase di consultazioni e, come seconda istanza, il ricorso ad un unico sistema di risoluzione delle controversie per l'intero accordo. La Parte inadempiente che non rispettasse il giudizio dell'organo di risoluzione delle controversie deve provvedere a compensazioni finanziarie alla parte attrice, mentre sono escluse in modo esplicito sanzioni commerciali: UE-CARIFORUM, art. 213; K. HRADILOVÁ, O. SVOBODA, *op. cit.*, 29; A. MARX, F. EBERT, N. HACHEZ, J. WOUTERS., *Dispute settlement in the trade and sustainable development chapters of EU trade agreements*, Leuven, Centre for Global Governance Studies, 2017, 24-25.

⁴⁴ UE-Singapore, art. 12, par. 16.2; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 16, par. 1 e par. 3; UE-Corea, art. 13, par. 14.1. Sui meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi di libero scambio, P. MAZZOTTI, *op. cit.*, 6-9; M. BRONKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, 36-37; OIL, *Social dimensions of free trade agreements*, *ILO Studies on growth and equity*, 2013, rev. ed., Ginevra, 2015, 21.

⁴⁵ UE-Singapore, art. 12, par. 16.3; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 16, par. 1; UE-Corea, art. 13, par. 14.2. Tale soluzione deve, evidentemente, essere anche rispettosa dello spirito e degli obiettivi dell'accordo stesso.

scussioni è possibile richiedere l'intervento del *TSD committee* che dovrà cercare una soluzione mutualmente soddisfacente per le stesse, avendo la facoltà di considerare le posizioni espresse dalla società civile tramite i *domestic advisory groups (DAGs)*, che possono presentare osservazioni anche di propria iniziativa⁴⁶. L'eventuale risoluzione della disputa dovrà quindi essere resa pubblica⁴⁷.

In caso di mancata risoluzione della controversia attraverso consultazioni, le Parti possono chiedere l'intervento di un Panel di esperti istituito appositamente in base alle disposizioni di ogni accordo. Il Panel può, a sua facoltà, avvalersi del parere delle Parti, dei *DAGs* e di organismi internazionali⁴⁸. Tuttavia, il Panel non è comparabile ad un vero e proprio organo di risoluzione delle controversie. Infatti, dopo l'approvazione di un rapporto provvisorio soggetto a commenti di entrambe le Parti, il Panel emette un report finale. Il report, che può contenere raccomandazioni per le Parti non ha, tuttavia, valore vincolante né può imporre l'adozione di sanzioni commerciali. Secondo l'attuale approccio, le Parti devono condurre i loro *best efforts* per rispettare il report e le raccomandazioni del Panel e discutere le azioni e le misure necessarie da essere implementate in tal senso⁴⁹. Seppur in assenza di un obbligo di risultato, appare ragionevole sostenere che le Parti abbiano, quantomeno, un obbligo di negoziare in buona fede la ricerca di una soluzione alla disputa⁵⁰. L'implementazione del report del Panel viene monitorata dal *TSD committee* e deve essere resa disponibile ai *DAGs* che possono, in principio, presentare osservazioni⁵¹.

L'esclusione delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile dall'ambito di applicazione generale dei meccanismi di risoluzione delle controversie è basata sulla condivisibile assunzione che in materia di valori sociali e ambientali un approccio collaborativo e diplomatico possa portare la parte inadempiente a rispettare i propri obblighi. Tuttavia, tale approccio limita, inevitabilmente, la vincolatività di queste disposizioni.

⁴⁶ UE-Singapore, art. 12, par. 16.4-5; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 16, par. 5-6; UE-Corea, art. 13, par. 14.3-4.

⁴⁷ UE-Singapore, art. 12, par. 16.6; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 16, par. 7; UE-Corea, art. 13, par. 14.3.

⁴⁸ UE-Singapore, art. 12, par. 17.1; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 17, par. 1; UE-Corea, art. 13, par. 15.1.

⁴⁹ UE-Singapore, art. 12, par. 17.9; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 17, par. 11. Tali disposizioni menzionano il dovere delle Parti di discutere misure appropriate da implementare tenendo in considerazione il report e le raccomandazioni del Panel di esperti; UE-Corea, art. 13(15)(2), riferendosi all'obbligo delle Parti di condurre *best efforts* per soddisfare le raccomandazioni del Panel di esperti.

⁵⁰ G. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 40.

⁵¹ UE-Singapore, art. 12, par. 17.8-9; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 17, paragrafi 10-11; UE-Corea, art. 13, par. 15.2.

Infatti, la possibilità di adottare contromisure commerciali, seppur non garanzia di per sé di un adempimento, rappresenta comunque uno strumento ulteriore per favorire il rispetto degli obblighi in esame. Gli effetti pregiudizievoli per l'efficacia degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile derivanti dall'assenza di un regime sanzionatorio sono stati, peraltro, oggetto di attento studio dalla dottrina⁵².

È doveroso ribadire come, facendo riferimento alle norme di diritto internazionale consuetudinario previste in caso di violazione di accordi internazionali e codificate nella Convenzione di Vienna del 1969, già nel *parere 2/15* la Corte di giustizia ha dichiarato la possibilità di terminare o sospendere le concessioni commerciali in caso di inadempimento degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile⁵³. Tuttavia, almeno fino al 2022, nessun accordo di libero scambio concluso dall'UE disciplinava la possibilità di adottare tali sanzioni commerciali in caso di violazione delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile.

5. L'approccio diplomatico e collaborativo è stato oggetto di critiche ormai da diversi anni all'interno della stessa UE, come dimostra la posizione adottata dal Parlamento europeo sin dal 2010⁵⁴. Nel 2017, i ministri per il commercio di Belgio, Finlandia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Svezia chiesero tramite una lettera alla Commissaria europea Malmström dei miglioramenti nell'implementazione dei *TSD Chapters*⁵⁵. Anche in conseguenza di queste pressioni, la Commissione pubblicava nello stesso anno un *discussion paper* che rappresentò la base per successive consultazioni con gli Stati membri, il Parlamento europeo e gli *stakeholders* sui possibili interventi per migliorare l'efficacia e assicurare l'implementa-

⁵² M. KETTUNEN, E. BODIN, E. DAVEY, S. GIONFRA, C. CHARVERIAT, *An EU green deal for trade policy and the environment: Aligning trade with climate and sustainable development objectives*, Brussels-London: Institute for European Environmental Policy, 2020, 20; M. BRONKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, 37.

⁵³ Parere 2/15, cit., punto 161: «(...) una violazione delle disposizioni in materia di protezione sociale dei lavoratori e di tutela dell'ambiente, contenute nel capo summenzionato, autorizza l'altra Parte – in conformità della norma consuetudinaria di diritto internazionale codificata all'articolo 60, paragrafo 1, della Convenzione sul diritto dei trattati, firmata a Vienna il 23 maggio 1969 (...) a porre fine alla liberalizzazione di questi scambi prevista nelle altre disposizioni dell'accordo summenzionato, ovvero a sospenderla».

⁵⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2010, *Resolution on human rights and social and environmental standards in international trade agreements*, 2009/2219(INI), punto 22; risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2016, *Resolution on implementation of the 2010 recommendations of parliament on social and environmental standards, human rights and corporate responsibility*, 2015/2038(INI), punti 21-22.

⁵⁵ Nello stesso periodo è da registrarsi la presa di posizione del governo francese a favore della possibilità di adottare sanzioni commerciali: France Diplomatique, *Mise en oeuvre du CETA: Le plan d'action du gouvernement*, 25 ottobre 2017.

zione delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile⁵⁶. In tale occasione, la Commissione evidenziò tuttavia l'assenza di dati empirici in grado di garantire una piena valutazione in materia di implementazione di tali obblighi⁵⁷. Queste osservazioni potrebbero avere ragionevolmente influenzato l'azione della Commissione circa la scelta di confermare sostanzialmente l'approccio adottato fino ad allora. Non va infatti dimenticato come i capitoli in materia di sviluppo sostenibile erano stati adottati sistematicamente solo dal 2011, un tempo relativamente breve per poter avere una valida percezione dell'efficacia di tali disposizioni.

Nonostante ciò, nell'ottobre 2017, la Commissaria europea Malmström apriva alla possibilità di un modello di *enforcement* delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile basato, essenzialmente, sulla possibilità di sospendere le concessioni commerciali previste dagli accordi di libero scambio⁵⁸. Allo stesso tempo, veniva evidenziato un progresso graduale nell'implementazione di tali obblighi⁵⁹. Al termine delle consultazioni iniziate nel 2017, la Commissione evidenziò la mancanza di un consenso necessario per l'introduzione di sanzioni commerciali, mentre veniva rilevata una convergenza circa la necessità di migliorare l'implementazione, e quindi l'effettività, delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile⁶⁰. Tra le aree di azione identificate come praticabili dalla Commissione, si segnala la promozione del ruolo della società civile⁶¹, la necessità di rendere più decisivo l'utilizzo degli attuali meccanismi di risoluzione delle controversie⁶², l'aumento delle risorse per l'implementazione dei principi di sviluppo sostenibile nei *partners* commerciali

⁵⁶ *Non-paper* della Commissione europea, dell'11 luglio 2017, *Trade and sustainable development (TSD) chapters in the EU free trade agreements (FTAs)*, 5-9.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Dichiarazione della Commissaria europea per il commercio Cecilia Malmström, del 6 ottobre 2017, *Trade and Sustainable Development*.

⁵⁹ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 9 novembre 2017, *Sull'implementazione degli accordi commerciali di libero scambio: 1 gennaio 2016-31 dicembre 2016*, COM(2017) 654 def. 27-29; comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 31 ottobre 2018, *Sull'implementazione degli accordi commerciali di libero scambio: 1 gennaio 2017-31 dicembre 2017*, COM(2018) 728 def., 38 s.

⁶⁰ *Non-paper* della Commissione europea, del 18 febbraio 2018, *Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*. Le raccomandazioni vennero raggruppate in quattro aree denominate *Working Together, Enabling Civil Society, Delivering, Transparency e Communication*; K. HRADILOVÁ, O. SVOBODA, *op. cit.*, 1030-1031.

⁶¹ *Non paper*, *cit.*, 5.

⁶² *Ivi*, 7-8.

dell'Unione⁶³ e l'opportunità di garantire maggiore trasparenza sul rispetto dei principi di sviluppo sostenibile, anche attraverso l'assicurazione di riscontri alle istanze degli *stakeholders*⁶⁴.

Seppur meritevoli, tali linee programmatiche non hanno messo in discussione il tradizionale approccio collaborativo adottato sino ad allora. In questa situazione, ulteriori pressioni sono state portate avanti nel corso degli anni, in particolare, dal Parlamento europeo⁶⁵. La conferma di un recepimento, seppur ancora iniziale, di questi rilievi può essere individuata nell'accordo di partenariato economico con il Giappone, il primo adottato in seguito a tale dibattito. L'accordo conferma pienamente l'approccio diplomatico tradizionalmente adottato dalla Commissione. Tuttavia, è da registrarsi una non trascurabile novità, ossia il fatto che nell'accordo è previsto come l'apposito Panel di esperti debba interpretare le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile in accordo con le regole consuetudinarie previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁶⁶. Questa novità si pone, ragionevolmente, nell'ottica di sottolineare l'importanza dell'imparzialità delle decisioni del Panel⁶⁷.

Uno sviluppo più significativo è da rinvenirsi nel 2020 con l'approvazione del *TCA* tra l'UE e il Regno Unito⁶⁸. L'accordo, che include disposizioni potenzialmente incisive in materia di lotta ai cambiamenti climatici⁶⁹, prevede delle novità significative rispetto ai trattati precedenti per quanto riguarda il meccanismo di risoluzione delle controversie. Infatti, da un lato viene confermato l'apparato istituzionale del sistema basato su consultazioni⁷⁰ e panel di esperti⁷¹. Tuttavia, a livello di *enforcement*, e con particolare riferimento alla *non-regression clause*, è previsto che in caso di mancato rispetto del report del Panel di esperti e delle di-

⁶³ Ivi, 9-10.

⁶⁴ Ivi, 10-11.

⁶⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 30 maggio 2018, *Resolution on the annual report on the implementation of the common commercial policy*, P8_TA (2018) 0230, 30, punto 44 ss. Un ulteriore tentativo del Parlamento europeo è da registrarsi nella proposta estendere le sanzioni ai *TSD Chapters* nell'ambito dell'emendamento proposto dalla Commissione al Regolamento UE 654/2014. La proposta non venne però adottata: P. MAZZOTTI, *op. cit.*, 9.; W. WEIB, *The EU in search for stronger enforcement rules: assessing the proposed amendments to trade enforcement regulation 654/2014*, in *Journal of International Economic Law*, 2020, 865.

⁶⁶ UE-Giappone, art. 21, par. 16; UE-MERCOSUR, *TSD Chapter*, art. 17, par. 8.

⁶⁷ G. ADINOLFI, *op. cit.*, 46.

⁶⁸ M. GILLIS, *Let's play? An examination of the 'level playing field' in EU free trade agreements*, in *Journal of World Trade*, 2021, 731-732; in generale, si veda G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito*, Torino, 2022.

⁶⁹ UE-Regno Unito, articoli, 387, par. 2, 391, par. 2, e 401 par. 2, lett. a).

⁷⁰ Ivi, art. 408.

⁷¹ Ivi, art. 409.

sposizioni dell'accordo, la Parte attrice possa in primo luogo continuare a disporre della possibilità di offerta di misure correttive temporanee previste dall'art. 749 dello stesso *TCA*⁷². Secondo tale disposizione, infatti, la Parte inadempiente deve effettuare un'offerta di compensazioni provvisorie su richiesta o dopo consultazioni con la Parte attrice⁷³. Inoltre, viene stabilita la facoltà di ogni Parte contraente di adottare sanzioni commerciali sotto forma di misure di riequilibrio di portata e durata limitata in caso di "ampia divergenza" tra le Parti in materia di lavoro, protezione sociale, tutela ambientale o climatica e controllo delle sovvenzioni⁷⁴. Queste misure devono essere strettamente necessarie e proporzionali per porre rimedio alla situazione oggetto della controversia⁷⁵.

Le novità introdotte nell'accordo con il Regno Unito hanno rappresentato il primo passo verso un definitivo cambio di approccio adottato dall'Unione a partire dal 2022, quando la Commissione europea attraverso la Comunicazione *The power of trade partnerships: together for green and just economic growth* concludeva la revisione delle azioni su commercio e sviluppo sostenibile identificate nel 2018⁷⁶. La Comunicazione ribadiva come gli impegni in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio debbano essere vincolanti e implementabili attraverso un sistema di risoluzione delle controversie, anche tramite il ruolo attivo della società civile⁷⁷.

La Commissione identificava una serie di azioni da adottare per rafforzare l'*enforcement* di tali obblighi nei successivi accordi. In primo luogo, veniva dichiarata l'intenzione di estendere il sistema di risoluzione delle controversie generale, inclusa la fase di *compliance*, anche ai *TSD Chapters*⁷⁸. Veniva inoltre delineato un maggiore coinvolgimento dei *DAGs* nella fase di monitoraggio e *compliance*. Infine, si introduceva in modo innovativo la possibilità di applicare, come strumento residuale,

⁷² Ivi, art. 410, par. 3. Sull'*enforcement* dal punto di vista del diritto domestico, si vedano anche gli articoli 388, in materia di diritti sociali, e 395 in materia di ambiente e cambiamenti climatici.

⁷³ Ivi, art. 749, par. 1. Le lettere a), b) e c) della stessa disposizione e il par. 2 stabiliscono una serie di condizioni necessarie affinché tale offerta debba essere effettuata dalla Parte inadempiente.

⁷⁴ Ivi, art. 411, paragrafi 1 e 2. Viene specificato come le ampie divergenze tra le Parti debbano incidere in modo rilevante sugli scambi o sugli investimenti tra le stesse e come debbano essere prioritarie le misure di riequilibrio in grado di provocare il minor turbamento possibile al funzionamento dell'accordo.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Commissione europea, *The power of trade partnerships: together for green and just economic growth*, cit.

⁷⁷ Ivi, 11.

⁷⁸ *Ibidem*.

sanzioni commerciali in caso di serio inadempimento di disposizioni in materia di sviluppo sostenibile.

Precisamente, tali sanzioni possono essere applicate, secondo la Commissione, in caso di inadempimento di obblighi in grado di violare l'oggetto e lo scopo dell'Accordo di Parigi, nonché in caso di seria violazione dei principi fondamentali e dei diritti previsti dall'OIL⁷⁹. In accordo con il regime generale previsto in caso di risoluzione delle controversie, le predette sanzioni possono essere applicate solo nel caso in cui il Panel dichiari una seria violazione degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile e la parte inadempiente non ponga rimedio all'inadempimento nei tempi richiesti⁸⁰. In ogni caso, le misure devono essere temporanee, proporzionate e possono essere costituite dalla sospensione delle concessioni commerciali, salva la possibilità delle Parti di raggiungere in ogni momento una soluzione reciprocamente favorevole⁸¹.

Questo sistema di sanzioni concepito dalla Commissione è pertanto sostanzialmente analogo a quello previsto dal sistema di risoluzione delle controversie generale⁸². Viene inoltre dichiarata, l'intenzione di garantire l'*enforcement* dei *TSD Chapters* sulla base dell'importanza degli obblighi in gioco, della serietà dell'inadempimento e dell'impatto di tale condotta sull'ambiente e sui lavoratori⁸³. Il nuovo approccio trova conferma nel report del 2022 della Commissione sull'implementazione e l'*enforcement* degli accordi di libero scambio⁸⁴.

Il primo degli accordi adottati in seguito a questa nuova strategia è quello concluso dall'UE e la Nuova Zelanda nel 2022⁸⁵. La novità più significativa è rappresentata dal fatto che il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal Capitolo 26 di tale accordo, si applica anche al Capitolo 19, ossia al *TSD Chapter*. Sono previste poi una serie di considerazioni specifiche per eventuali dispute in materia di sviluppo sostenibile. In particolare, viene dichiarato come, in caso di controversie collegate ad accordi multilaterali o strumenti menzionati nel *TSD Chapter*, le Parti debbano tenere in considerazione le informazioni fornite dall'OIL

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ivi*, 12.

⁸⁴ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'11 ottobre 2022, *Sull'attuazione e sull'applicazione degli accordi commerciali dell'UE*, COM(2022) 730 def.

⁸⁵ C. CERETELLI, *EU-New Zealand FTA: towards a new approach in the enforcement of trade and sustainable development obligations*, in *EJIL:Talk*, 22 settembre 2022; J. BALLINGALL, *Sustainability and the New Zealand-EU free trade agreement: a step up in accountability*, IISD, 15 gennaio 2023, reperibili *online*.

o da altri istituzioni o organizzazioni stabiliti dai rilevanti accordi multilaterali in materia ambientale, nonché cercare supporto da queste istituzioni o da altri esperti⁸⁶. È anche stabilito come ognuna delle Parti possa avvalersi dell'opinione dei *DAGs* o di altri esperti⁸⁷. È poi previsto che, in caso di disaccordo sulla composizione del Panel, o del suo *chairperson*, se la disputa riguarda il *TSD Chapter* si dovrà fare riferimento ai soggetti ricompresi nella specifica sotto-lista prevista dall'accordo (*TSD list*)⁸⁸.

Sono inoltre presenti altre disposizioni specifiche con riferimento alla fase di *compliance*⁸⁹. È stabilito che in caso di contenziosi derivanti dagli obblighi previsti nel *TSD Chapter*, la parte inadempiente debba informare il *DAGs* e il *contact point* della Parte contraente sulle misure prese, o che prenderà, per rispettare il report del Panel e che tale adempimento non deve essere effettuato oltre 30 giorni dal report finale⁹⁰. Inoltre, viene dichiarato come il *TSD committee* debba monitorare l'implementazione delle misure di *compliance* e che in questa fase i *DAGs* possono presentare osservazioni allo stesso comitato⁹¹.

Con riguardo all'*enforcement*, la Parte inadempiente, su richiesta della Parte attrice, deve avviare consultazioni per *accordare* una compensazione mutualmente accettabile se: (a) la Parte inadempiente notifica l'impossibilità di rispettare il report finale; (b) la Parte soccombente non notifica le misure di *compliance* entro i termini richiesti (c) il panel valuta che non sono state prese misure di *compliance*; (d) il panel determina che le misure prese sono inconsistenti con le disposizioni oggetto della disputa⁹². In particolare, in caso di dispute sul *TSD Chapter*, tali disposizioni si applicano in caso situazioni ricomprese alle precedenti lettere a), b) e c), se il report finale accerta la violazione di accordi e standard in materia di diritti dei lavoratori, previsti all'art. 19, par. 3.3 dell'Accordo⁹³; inoltre, le stesse disposizioni si applicano se il report individua una violazione dell'art. 19, par. 6.3 in materia di commercio e cambiamenti climatici nel caso in cui il Panel stabilisca che la Parte ina-

⁸⁶ UE-Nuova Zelanda, art. 26, par. 3.6.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Ivi, art. 26, paragrafi 5-7. Viene inoltre specificato come gli individui presenti nella *TSD list* debbano avere una conoscenza specifica in materia di diritto del lavoro o ambientale, delle tematiche del *TSD Chapters* o in tema di risoluzione delle dispute derivanti da trattati internazionali: art. 26, par. 7.3.

⁸⁹ Ivi, art. 26, par. 13.3.

⁹⁰ Ivi, art. 26, par. 13.3, lett. a).

⁹¹ Ivi, art. 26, par. 13.3, lett. b).

⁹² Ivi, art. 26, par. 16. L'utilizzo del termine "accordare" conferma come si tratti di una fase ancora basata su un approccio conciliativo.

⁹³ Ivi, art. 26, par. 16.2, lett. a), i).

dempiente non è stata in grado di astenersi da ogni azione o omissione che viola materialmente l'oggetto e lo scopo dell'Accordo di Parigi.⁹⁴ La possibilità di avviare tali consultazioni viene confermata anche nel caso previsto dalla summenzionata lett. d) se le medesime condotte siano riscontrate dal Panel nel corso della *compliance review* regolata dall'art. 26, par. 15⁹⁵.

Se la Parte attrice decidesse di non avviare consultazioni in relazione alle compensazioni, o se le Parti non si accordassero entro 20 giorni dall'inizio delle consultazioni su tali compensazioni, sarà allora possibile applicare un regime sanzionatorio. Infatti, in tal caso la Parte attrice può notificare alla Parte inadempiente l'intenzione di sospendere i propri obblighi previsti dalle disposizioni oggetto della violazione, specificando le caratteristiche di tale sospensione⁹⁶. Tali misure devono tuttavia essere proporzionali alla violazione, non potendo eccedere i suoi effetti⁹⁷. In ogni caso, la sospensione degli obblighi deve essere temporanea e deve interrompersi, in particolare, dopo il raggiungimento di una soluzione tra le Parti⁹⁸.

Infine, con specifico riguardo alla *compliance* di accordi multilaterali e strumenti considerati dal *TSD Chapter*, è da evidenziare come la posizione di esperti esterni o le informazioni richieste dal Panel "dovrebbero" includere informazioni e opinioni emesse dall'OIL e da altri istituti e organizzazioni previsti dagli accordi multilaterali ambientali⁹⁹.

L'accordo con la Nuova Zelanda ha rappresentato, pertanto, una concreta implementazione della nuova strategia adottata dalla Commissione, sia per quanto riguarda l'estensione del meccanismo di risoluzione delle controversie generale al *TSD Chapter*, che per la possibilità di adottare sanzioni commerciali in caso di inadempimento degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile, nonché per la valorizzazione di esperti in materia sociale e ambientale in caso di dispute. È rimasto, invece, ancora limitato il ruolo della società civile in tali meccanismi.

⁹⁴ Ivi, art. 26, par. 16.2, lett. a), ii).

⁹⁵ Ivi, art. 26, par. 16.2, lett. b).

⁹⁶ Ivi, art. 26, par. 16.3. La Parte attrice può sospendere i propri obblighi 10 giorni dopo la notifica alla Parte inadempiente.

⁹⁷ Ivi, art. 26, par. 16.5. Come disposto dal successivo paragrafo, se la Parte inadempiente non ritenesse soddisfatto il requisito della proporzionalità potrebbe rimettere la questione al Panel. In questo caso la sospensione degli obblighi non può avere effetto fino alla decisione del Panel stesso.

⁹⁸ Ivi, art. 26, par. 16.7, lett. a). Si vedano anche lett. b) e lett. c).

⁹⁹ Ivi, art. 26, par. 21.3.

6. L'adozione di una nuova strategia da parte della Commissione a partire dal 2022 e la conclusione dell'accordo di libero scambio con la Nuova Zelanda, hanno sancito un significativo discostamento dall'approccio prevalentemente diplomatico e collaborativo adottato sino ad allora in materia sviluppo sostenibile e risoluzione delle controversie. La tempistica di tali recenti sviluppi rende ad oggi impossibile valutare dal punto di vista empirico il concreto impatto della nuova strategia adottata dalla Commissione. Tuttavia, non è possibile ignorare le numerose istanze provenienti da diversi attori e istituzioni per assicurare una maggiore efficacia delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile. In tale contesto, è possibile affermare che i meccanismi di risoluzione delle controversie in esame rappresentano solo uno dei fattori in grado di incidere sull'effettivo rispetto delle norme in esame. Infatti, diversi sono i parametri che vanno tenuti in considerazione come, ad esempio, la forma e la sostanza degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile, l'architettura istituzionale che regge il funzionamento di tali disposizioni, il ruolo della società civile, la previsione di meccanismi di *enforcement* nei rispettivi diritti interni, nonché la presenza di efficaci strumenti di trasparenza.

In questa sede è possibile però effettuare una prima analisi limitatamente ai più recenti sviluppi che hanno interessato i meccanismi di risoluzione delle controversie, con particolare riguardo all'estensione del meccanismo generale basato sulla possibilità di adottare sanzioni commerciali. In primo luogo, appare evidente come anche le controversie in ambito di sviluppo sostenibile debbano essere risolte tramite un meccanismo che assicuri autorevolezza, competenza, indipendenza e *predictability* attraverso l'applicazione delle disposizioni dell'accordo e di norme di diritto internazionale¹⁰⁰. Su tale assunto non si ravvedono posizioni contrarie in dottrina ed è da riscontrare la tendenza nelle nuove strategie adottate dalla Commissione e nel trattato con la Nuova Zelanda a valorizzare la competenza e l'indipendenza degli organi di risoluzione delle controversie anche in ambito di sviluppo sostenibile.

Aspetto decisamente più controverso è rappresentato dalla possibilità di adottare sanzioni commerciali, per tali intendendosi la sospensione temporanea e, proporzionale alla violazione, di concessioni commerciali previste dall'accordo. Nella letteratura sono da registrarsi diverse opinioni circa la limitata efficacia, o l'inefficacia, delle sanzioni nell'influenzare la condotta di altri attori e favorire il rispetto degli obblighi internazionali¹⁰¹. Alla base di queste posizioni vi è, in principio, l'assunzione

¹⁰⁰ E. BARONCINI, *op. cit.*, 3; R. HOWSE, H. RUIZ-FABRI, G. ULFSTEIN, M.Q. ZANG (eds.), *The legitimacy of international trade courts and tribunals*, Cambridge, 2018.

¹⁰¹ G. HUFBAUER, J. SCHOTT, K. ELLIOTT, *Economic sanctions reconsidered*, III ed., Washington, Peterson Institute for International Economics, 2007; A. CHAYES, A. HANDLER

che l'accertamento di un inadempimento e il relativo costo reputazionale che ne deriverebbe rappresenterebbe già di per sé uno strumento efficace in confronto al ricorso a contromisure. Altri autori hanno valutato l'utilizzo di sanzioni come inadatte in ambito di sviluppo sostenibile considerando gli effetti economici negativi che tali strumenti potrebbero avere sul rispetto degli standard in materia sociale e ambientale¹⁰². In una prospettiva più moderata, e considerando quanto previsto dal *TCA*, è stato invece proposto di adottare sanzioni economiche limitatamente in alcuni casi, come ad esempio in caso di violazione della *non-regression clause*, valorizzando negli altri casi il ruolo della società civile¹⁰³.

A parere dello scrivente, posizioni perentorie contro l'adozione di sanzioni commerciali, così come peraltro valutazioni eccessivamente ottimistiche sulle stesse, appaiono contraddittorie alla luce delle recenti scelte della Commissione. Da un primo punto di vista l'aspetto reputazionale rappresenta, e deve continuare a rappresentare, un fattore significativo per il rispetto degli obblighi in materia sociale e ambientale. Tuttavia, è condivisibile l'opinione secondo cui in ambito preferenziale l'impatto di tale approccio, anche per via del numero di attori in gioco, risulta limitato rispetto ad un contesto multilaterale, come quello dell'OMC¹⁰⁴. Anche le critiche incentrate sul costo economico delle sanzioni commerciali non appaiono condivisibili dal momento che l'adozione di tali misure rappresenta un rimedio percorribile in caso di serio inadempimento degli obblighi in materia sociale e ambientale e, quindi, già in presenza di una violazione dell'accordo di libero scambio in grado di avere, di per sé, un costo economico. Apparirebbe, inoltre, contraddittorio considerare le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile come parte integrante degli accordi di libero scambio, e rivendicare la vincolatività di tali disposizioni, senza che ad esse si possa applicare il regime generale di *enforcement* previsto per l'intero trattato¹⁰⁵. Peraltro, come confermato dalla stessa Corte di giustizia nel *parere 2/15*, nonché da diverse iniziative intraprese dall'Unione¹⁰⁶, l'adozione di sanzioni commerciali in caso di inadempimento anche in materia di sviluppo sostenibile è pienamente coerente con le regole di diritto internazionale generale¹⁰⁷.

CHAYES, *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*, Harvard, 1998, 92-98.

¹⁰² G.M. DURÁN, *Sustainable development*, cit., 1061 s.

¹⁰³ S. FACCIO, *op. cit.*, 64.

¹⁰⁴ P. MAZZOTTI, *op. cit.*, 12.

¹⁰⁵ Vi è poi un tema di coerenza con il sistema GSP che, di fatto, si basa su un modello sanzionatorio, pur non nominandolo in modo espresso.

¹⁰⁶ E. BARONCINI, *op. cit.*, 28, nota 119.

¹⁰⁷ Assemblea generale, *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts – general commentary*, UN Doc. A/56/10, *Report of the international law*

Pertanto, se considerata nell'ambito di un più ampio processo di riforma delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile, la possibilità di adottare sanzioni commerciali rappresenta un passo significativo verso una maggiore efficacia di tali disposizioni, a patto che non rimanga l'unica iniziativa adottata in tal senso. Infatti, anche altri interventi garantirebbero, presumibilmente, una maggiore effettività e rispetto degli obblighi in esame. La valorizzazione del ruolo della società civile attraverso un ulteriore coinvolgimento dei *DAGs*, e una loro riforma per quanto riguarda composizione, indipendenza, finanziamento e prerogative, nonché nuove disposizioni volte a garantire maggiore trasparenza e obblighi più chiari e stringenti in materia ambientale, comporterebbero di per sé una maggiore efficacia degli obblighi in esame ancor prima di un'eventuale fase contenziosa¹⁰⁸. Tuttavia, laddove l'adozione di sanzioni commerciali possa rappresentare uno strumento di natura residuale, da adottarsi attraverso misure temporanee e proporzionali in caso di serie violazioni delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile, non si vede come le stesse possano avere un effetto pregiudizievole laddove altri strumenti di tipo collaborativo abbiano fallito nel loro scopo.

Peraltro, anche nella nuova strategia intrapresa dalla Commissione la sospensione delle concessioni commerciali rappresenta un'*extrema ratio* e non certo uno strumento ordinario che sostituisce interamente l'approccio collaborativo adottato fino ad ora. Non a caso, l'architettura prevista dall'accordo di libero scambio con la Nuova Zelanda va precisamente in questa direzione, prevedendo il ricorso a sanzioni come strumento residuale, senza abbandonare la prospettiva co-operativa su cui si basa il rispetto delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile. In virtù delle recenti novità, i successivi studi scientifici ed empirici nei prossimi anni saranno decisivi per fornire un riscontro circa l'efficacia, o meno, del nuovo approccio adottato dalla Commissione.

7. L'articolo ha evidenziato come la promozione dei valori in materia di sviluppo sostenibile, sia in ambito sociale che ambientale, negli accordi di libero scambio dell'UE rappresenti uno degli strumenti principali

commission on the work of its fifty-third session, del 23 aprile-1 giugno e 2 luglio-10 agosto 2001, *Official records of the General Assembly, fifty-sixth session, Supplement No. 10*, 137.

¹⁰⁸ Per una precisa analisi dei più recenti progressi in materia di partecipazione della società civile e disposizioni in materia di sviluppo sostenibile, E. BARONCINI, *op. cit.*, 31-40. In tal senso, si segnalano la nomina del primo *Chief Trade Enforcement Officer (CTEO)* nel 2020 e la possibilità per i *DAGs* e vari portatori di interesse, tra cui gli individui, di presentare *TSD complaints* in via telematica tramite il *Single Entry Point (SEP)* che ha visto la presentazione del primo *complaint* da parte di sindacati colombiani e peruviani: www.cnvinternationaal.nl. Tali eventi appaiono circostanze positive nell'ottica di una maggiore partecipazione da parte della società civile nella promozione dei principi in materia di sviluppo sostenibile e nella loro partecipazione agli eventuali contenziosi.

della politica commerciale comune. L'inclusione di disposizioni in materia di sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio, seppur con differenze non trascurabili tra i vari accordi, è caratterizzata da una progressiva valorizzazione dei valori non economici. Con il passare degli anni sono stati introdotti obblighi più significativi in materia sociale e ambientale, come dimostra l'inclusione di disposizioni specificamente dedicate a commercio e cambiamenti climatici negli accordi più recenti. Tale evoluzione ha riguardato anche i meccanismi di risoluzione delle controversie.

Rispondendo ad osservazioni da parte di Stati, istituzioni europee e portatori di interesse che chiedevano una maggiore efficacia e implementazione di tali principi, la Commissione a partire dal 2022 ha abbandonato il tradizionale approccio esclusivamente diplomatico e collaborativo che sino ad allora aveva caratterizzato i meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di sviluppo sostenibile. Come testimoniato dall'accordo di libero scambio con la Nuova Zelanda, alle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile presenti nei nuovi accordi di libero scambio si potrà applicare il sistema di risoluzione delle controversie generale previsto per l'accordo. Inoltre, laddove necessario e nel rispetto di determinati requisiti, sarà possibile fare ricorso anche a sanzioni sottoforma di sospensione delle concessioni commerciali previste dall'accordo.

Peraltro, questo nuovo accordo non abbandona interamente l'approccio collaborativo, includendo obblighi in materia di co-operazione e trasparenza tra le Parti. Le sanzioni commerciali sono infatti concepite come un rimedio residuale da adottare in caso di seria violazione delle disposizioni in materia di sviluppo sostenibile e tramite misure temporanee e proporzionali alla violazione.

Il nuovo approccio appare, in principio, in grado di garantire un maggiore rispetto degli obblighi in materia sociale e ambientale e non sembrano condivisibili le posizioni, espresse da parte della dottrina, di totale chiusura verso la possibilità di adottare tali sanzioni. Tuttavia, in attesa di studi empirici sull'efficacia di questi strumenti, risulta evidente come l'introduzione di sanzioni commerciali debba essere accompagnata da altri interventi di riforma strutturale di questi accordi che implementino integralmente le nuove strategie della Commissione. Tra i vari interventi, si segnala la necessità di continuare la strada già intrapresa verso l'adozione di obblighi sempre più precisi, sia in materia ambientale che sociale, anche con riferimento a trattati multilaterali in materia ambientale, nonché ad un più ampio ed effettivo coinvolgimento della società civile e al raggiungimento di più alti standard in materia di trasparenza.

ABSTRACT

Sustainable Development and Dispute Settlement Mechanisms in EU Free Trade Agreements: Critical Issues and New Trends

In a time characterized by unprecedented social and environmental global issues, as recognized by the 2030 Agenda, trade represents an essential instrument to promote sustainable development. Given the crisis of the WTO and of the multilateral system, the proliferation of preferential trade agreements has deep implications in such context. New generation trade agreements include innovative provisions related to social and environmental protection. Among international actors, the EU is playing a pivotal role in this framework. Since the conclusion of the preferential trade agreement with South Korea in 2011, the EU commercial policy stands out for the inclusion of ambitious sustainable development sections into its commercial agreements. Until 2022, the strategy adopted by the EU was based essentially on a diplomatic and collaborative approach. Indeed, general dispute resolution mechanisms of those agreements, as well as the possibility to adopt trade sanctions, did not apply to the provisions concerning sustainable development. After the concerns expressed by certain Member States, EU institutions and scholars, since 2022 the European Commission has adopted a new strategy which extended the general dispute resolution mechanisms to sustainable development sections and has included the possibility to adopt, in principle and as a residual remedy, temporary and proportional trade sanctions in case of violation of sustainable development obligations. The aim of this article is to illustrate the characteristics, evolution and critical issues of the dispute settlement mechanisms applicable to trade and sustainable development provisions in EU trade agreements. The article underlines the differences between the two approaches adopted by the EU Commission before and after 2022. Precisely, the paper focuses on the role of trade sanctions as an instrument to ensure the implementation of sustainable development provisions and on the opportunities offered by other complementary approaches, such as a better inclusion of the civil societies in dispute resolution mechanisms.

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

INDIPENDENZA DEI GIUDICI E PROCEDIMENTI DISCIPLINARI TRA DIRITTI UMANI E *RULE OF LAW*

EDUARDO SAVARESE

SOMMARIO: 1. Inquadramento e attualità del problema. – 2. Indipendenza dei giudici e garanzie minime per una “giusta” responsabilità disciplinare negli atti dell’ONU e a livello europeo. – 3. Il giusto procedimento disciplinare nei confronti dei giudici nazionali nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4. (*Segue*) e nella giurisprudenza della Corte interamericana. – 5. Procedimenti disciplinari e vita privata dei giudici nella giurisprudenza della Corte EDU. – 6. Procedimenti disciplinari e libertà d’espressione tra Corte EDU e Corte interamericana. – 7. La tutela dell’indipendenza dei giudici oltre i diritti umani: il ruolo della *rule of law* nella prassi recente della Corte di giustizia dell’UE.

1. L’indipendenza del giudice nazionale, secondo l’insegnamento delle corti internazionali, esige una serie di assetti istituzionali e operativi capaci, nel loro insieme, di garantire «safeguards against undue influence and/or unfettered discretion of the other state powers»¹. Solo un potere giudiziario indipendente consente l’attuazione effettiva del diritto e dei diritti, contribuendo a realizzare una comunità di Stati che si conformano alla *rule of law*². Come la Corte europea dei diritti umani (d’ora in avanti “Corte EDU”) ha affermato con vigore in alcuni recenti casi riguardanti giudici polacchi³, il sistema europeo di tutela dei diritti umani funziona in base al principio di sussidiarietà che intanto può operare in quanto i

¹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 9 febbraio 2021, ricorso n. 15227/2019, *Xhoxhaj v. Albania*, par. 290.

² G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013; rinviamo a E. SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale*, Napoli, 2018, 223-253, anche per la bibliografia ivi citata; si veda, anche, per l’influenza delle corti internazionali sugli assetti dei giudici interni, D. KOSAR, L. LIXINSKI, *Domestic Judicial Design by International Human Rights Courts*, in *American Journal of International Law*, 2015, 713 ss.

³ La Corte ha assegnato alla loro trattazione una corsia preferenziale, giungendo ad emettere molteplici misure cautelari. Su entrambi, v. M. FISICARO, *Safeguarding Judicial Independence (and Subsidiarity) Through Interim Measures: The New ECtHR’s Strategy at the Height of the Polish Constitutional Crisis*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 637 ss.

giudici nazionali siano indipendenti⁴. Nella stessa prospettiva, con riferimento alla *rule of law* quale principio generale di diritto UE, si è posta la Corte di giustizia.

Il principio di indipendenza viene sempre più frequentemente invocato dagli stessi giudici nella qualità di ricorrenti per proteggere taluni diritti umani che si atteggiano con contenuti – ed esigono modi di accertamento – peculiari proprio in ragione del loro *status*⁵. Le questioni più rilevanti sorgono dall’instaurazione di procedimenti disciplinari a carico degli organi giudiziari statali (ci riferiremo in termini generali ai “giudici nazionali”). Questi procedimenti chiamano in causa la «public confidence in the functioning and independence of the judiciary»⁶, ed è quella “fiducia pubblica” a porre le basi per una garanzia effettiva dell’esistenza stessa dello Stato di diritto. Questa prospettiva del diritto del singolo giudice ha trovato esplicitazione dapprima in alcune sentenze della Corte interamericana dei diritti umani e poi, in modo più sistematico, nell’opinione concorrente del giudice Sicilianos in occasione della sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Baka v. Hungary*⁷. Secondo quest’opinione, l’interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (d’ora in avanti, “CEDU”) attesterebbe l’esistenza di un diritto soggettivo all’indipendenza in capo al giudice, protetto autonomamente rispetto alla tutela di altri diritti umani. Ed è questa prospettiva ad essere stata largamente contestata nell’opinione dissidente espressa nel medesimo caso dal giudice Wojtyczek: non sono i giudici a poter pretendere, quali titolari di diritti

⁴ Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 22 marzo 2022, ricorso n. 43572/18, *Grzęda v. Poland*, par. 324; cfr. M. FISICARO, *op. cit.*, 654 s.; P. DUCOULOMBIER, *The Dialogue between the European Court of Human Rights and Domestic Authorities: Between Respect for Subsidiarity and Deference*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *Judicial power in a Globalized World*. Liber amicorum Vincent De Gaetano, Cham, 2019, 131 ss.

⁵ K. AQUILINA, *The Independence of the Judiciary in Strasbourg Judicial Disciplinary Case Law: Judges as Applicants and National Judicial Councils as Factotum of Respondent States*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *op. cit.*, 1 ss.

⁶ Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 6 novembre 2018, ricorsi n. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, par. 196; si veda M.N. PIKRAMENOS, *Public Confidence and the Judiciary in a Democratic Society*, in I. MOTOC, L. BRANKO, M. TSIRLI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, R. SPANO (eds.), *Fair Trial: Regional and International Perspectives*, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Bruxelles, 2020, 417 ss.

⁷ Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 23 giugno 2016, ricorso n. 20261/12, *Baka v. Hungary, Concurring Opinion of Judge Sicilianos*.

umani, il rispetto statale delle garanzie di indipendenza, essendo piuttosto queste ultime baluardi dello Stato di diritto⁸.

L'inquadramento del tema dei procedimenti disciplinari contro giudici interni in relazione alla tutela internazionale dei diritti umani non fa capo, dunque, a una prospettiva scontata. Esso sta richiedendo, come testimonia la crescente attenzione riservatagli dalle istituzioni e dalle corti internazionali, un'opera di approfondimento tanto più rigorosa quanto più i tribunali – secondo un fenomeno trasversale agli sviluppi politici degli ordinamenti interni e del diritto internazionale – divengono protagonisti della risoluzione di conflitti e tensioni socio-politici.

L'indagine che segue si articolerà innanzitutto nell'analisi delle caratteristiche salienti del "giusto" procedimento disciplinare, configurabile alla luce dell'esame dei documenti elaborati a livello internazionale (par. 2). Seguirà la disamina della giurisprudenza in materia di giusto procedimento disciplinare della Corte EDU (par. 3) e della Corte interamericana (par. 4). Questa analisi consentirà di delineare i contenuti specifici della tutela internazionale di due diritti umani in particolare: quello alla vita privata (par. 5) e la libertà di espressione del pensiero (par. 6). Delineati gli standard di tutela, concluderemo proponendo talune osservazioni alla luce degli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (par. 7).

2. Già i *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* adottati in seno all'ONU individuano il principio della necessaria sottoposizione a una revisione indipendente delle decisioni disciplinari, di sospensione e di rimozione che riguardino i giudici nazionali⁹. Nell'interpretare l'art.14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici dedicato al diritto a un giusto processo, il Comitato per i diritti umani ha posto l'attenzione sull'esigenza che i procedimenti disciplinari debbano concludersi con sanzioni appositamente stabilite per legge: in ogni caso, la destituzione dal corpo giudiziario può giustificarsi solo all'esito di procedure capaci di assicurare oggettività e imparzialità e in ragione di

⁸ Ivi, *Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek*, par. 5. Il giudice dissidente contesta l'intero impianto della sentenza, non ritenendo in nessun caso sussistenti garanzie aggiuntive per il godimento dei diritti umani derivanti dallo *status* di giudice.

⁹ I *Basic Principles* furono adottati in occasione del 7° Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei colpevoli, tenutosi a Milano nel 1985 e fatti propri dall'Assemblea generale con le risoluzioni 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985. Di essi si veda, in particolare, il par. 20. Cfr. anche i *Bangalore Principles on Judicial Conduct* adottati dal Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, composto da un gruppo di giudici di alte giurisdizioni, su invito del Centro dell'ONU per la prevenzione del crimine internazionale e nel contesto del Programma globale contro la corruzione: il documento risulta allegato alla risoluzione 2006/23 del 27 luglio 2006 dell'ECOSOC.

forme particolarmente gravi di cattiva condotta e/o incompetenza¹⁰. La prassi del Comitato ha riguardato, in effetti, soprattutto casi di decreti (anche non disciplinari) che imponevano la cessazione anticipata dall'ufficio di giudice¹¹.

L'attenzione dell'ONU è ulteriormente testimoniata dalla presenza, sotto l'egida del Consiglio dei diritti umani, di un Relatore speciale sull'indipendenza di giudici e avvocati i cui rapporti tematici, per un verso, inquadrano i procedimenti disciplinari quale eccezione al principio di inamovibilità del giudice¹² e, per altro verso, raccomandano che essi si svolgano dinanzi a un organismo, e secondo un meccanismo, indipendente¹³, preferibilmente riconducibile allo stesso corpo giudiziario così da integrare una forma di «internal institutional accountability»¹⁴. A questo riguardo, il rapporto del 2014 ha posto in luce due possibili limiti al funzionamento dei meccanismi di accertamento della responsabilità, anche disciplinare, di giudici e pubblici ministeri: «corporatism and the use of accountability proceedings as an instrument of reprisal or internal pressure»¹⁵. Che i meccanismi procedurali di accertamento di un illecito disciplinare commesso da un giudice debbano rispettare i principi dell'equo processo (presunzione di innocenza, speditezza e diritto di difesa) è ribadito nei rapporti tematici con ampi riferimenti alla casistica internazionale¹⁶. Nel 2018 il Relatore ha dedicato un rapporto ai “judicial councils” la cui istituzione è prevista in misura crescente dagli ordinamenti statali ai fini del governo del potere giudiziario¹⁷. Pur non potendosi predicare l'esistenza di un principio di diritto che esiga, a tutela

¹⁰ Comitato per i diritti umani, *General Comment no. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, CCPR/C/GC/32 del 23 agosto 2007, in specie par. 19 s.

¹¹ Comitato dei diritti umani, *Pastukhov v. Belarus*, comunicazione n. 814/1998, UN Doc. CCPR/C/78/D/814/1998 del 17 settembre 2003, par. 7.3, nonché i successivi, e analoghi, casi *Mundy Busyo et al. v. Democratic Republic of the Congo*, comunicazione n. 933/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/933/2000 del 19 settembre 2003, par. 5.2, e *Soratha Bandaranayake v. Sri Lanka*, comunicazione n. 1376/2005, UN Doc. CCPR/C/93/D/1376/2005 del 24 luglio 2008, par. 7.3: tutti implicanti la contemporanea violazione del diritto ad accedere senza discriminazioni a un servizio pubblico (art. 25, lett. c) e di quello a un giudice indipendente (art. 14).

¹² Consiglio dei diritti umani, *Guarantees of judicial independence/Major developments in international justice*, rapporto del 24 marzo 2009 del Relatore speciale Leandro Despouy, UN Doc. A/HRC/11/41, par. 57-58; cfr. anche il rapporto *Judicial Accountability* del 28 aprile 2014, redatto dal Relatore Gabriela Knaul, UN Doc. A/HRC/26/32, par. 72.

¹³ Consiglio dei diritti umani, *Guarantees*, cit., par. 61.

¹⁴ Consiglio dei diritti umani, *Judicial Accountability*, cit., par. 69 ss.

¹⁵ Ivi, par. 71.

¹⁶ Ivi, par. 80 ss., anche per la casistica internazionale citata.

¹⁷ Consiglio dei diritti umani, *Judicial Councils*, rapporto del 24 marzo 2019 del Relatore speciale Diego García-Sayán, UN Doc. A/HRC/38/38, par. 14.

dell'indipendenza dei giudici, la presenza di un "judicial council", il rapporto ne auspica la creazione onde attuare la separazione del potere giudiziario dagli altri¹⁸. Riguardo ai procedimenti disciplinari il rapporto evidenzia la necessità che l'avvio del procedimento, le indagini e la decisione siano condotti e assunti da un "judicial council" o da una corte interna, cioè da organismi indipendenti: il vantaggio "anticorporativo" che offre un "judicial council" sta nella sua composizione normalmente non di soli giudici, nonché nella circostanza che il procedimento disciplinare, in molti casi, è di competenza di un organismo separato all'interno del "judicial council", oppure addirittura esterno a quest'ultimo¹⁹.

A livello regionale, limitandoci all'Europa dove molta attenzione è stata a vari livelli riservata al tema dell'indipendenza dei giudici²⁰, rileva in primo luogo la prassi delle opinioni espresse dal *Consultative Council of European Judges* (d'ora in avanti, CCJE)²¹. Secondo una di queste opinioni, l'organo deputato a verificare la responsabilità disciplinare di un giudice dovrebbe essere composto da membri differenti rispetto a quelli dei "councils for the judiciary" (denominazione alternativa ma equivalente a quella, adoperata nell'ambito dell'ONU, di "judicial councils"), i cui membri sono in larga parte rappresentativi del corpo giudiziario e da questo scelti, di norma a mezzo elezioni²². La salvaguardia dell'indipendenza dei giudici si attua soprattutto evitando che la sanzione disciplinare possa dipendere dall'esercizio lecito dell'attività di giudicare²³. In questa prospettiva va letto il richiamo del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa all'irremovibilità del giudice interno se non per violazioni disciplinari o penali gravi²⁴. L'indipendenza del giudice interno è ripetutamente descritta come uno dei pilastri della *rule of law* dalla Commissione europea per la

¹⁸ Ivi, par. 39. Cfr. anche il par. 26 che richiama la prassi della Commissione interamericana dei diritti umani.

¹⁹ Ivi, par. 60 ss.

²⁰ M. VOLPI, *L'indipendenza della magistratura nei documenti europei e la rete europea dei Consigli di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 1754 ss. Vanno nondimeno citate, a livello extraeuropeo, le *Latimer House Guidelines for the Commonwealth on Parliamentary Supremacy and Judicial Independence*, adottate il 19 giugno 1998.

²¹ I principi enunciati nell'ambito della prassi dell'ONU che abbiamo richiamato trovano conferma integrale nella *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, adottata dal CCJE il 23 novembre 2001.

²² *Opinion no. 10(2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, adottata dal CCJE il 23-27 novembre 2007 e sottoposta all'attenzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, par. 8 e, specialmente, paragrafi 62-64.

²³ Ivi, par. 63.

²⁴ Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri, raccomandazione CM/Rec(2010)12 del 17 novembre 2010 *Judges: independence, efficiency and responsibilities*, par. 50 ss.

democrazia attraverso il diritto (meglio nota come “Venice Commission”)²⁵, dal momento che la sua attuazione, tutela e promozione non è solo responsabilità dello Stato, ma anche del singolo giudice, come ha cura di evidenziare la Magna Carta dei Giudici adottata dal CCJE nel 2010²⁶, nonché il rapporto esteso dalla medesima organizzazione nel 2018²⁷.

Vale da ultimo porre in risalto che la più recente opinione del CCJE riguarda l’evoluzione delle varie esperienze negli Stati membri del Consiglio d’Europa in materia di “councils for the judiciary”²⁸: in essi, in effetti, e nel loro concreto funzionamento, sono racchiuse le principali garanzie alla salvaguardia dell’indipendenza del giudice offerte dagli ordinamenti interni, anche sotto il profilo dei procedimenti disciplinari.

3. A fronte di questo spettro di principi e regole elaborati dalle principali istituzioni internazionali, la Corte EDU ha da tempo sviluppato una giurisprudenza vasta e articolata. Se le criticità più frequenti dei casi sottoposti attengono alla mancata attuazione del giusto procedimento disciplinare in violazione dell’art. 6 CEDU, ciò probabilmente dipende, come rilevato in dottrina²⁹, dal mutamento di giurisprudenza della Corte – a partire dalla nota decisione nel caso *Vilho Eskelinen*³⁰ – riguardo alla legittimazione attiva degli impiegati civili, categoria nella quale sono stati ricompresi anche i componenti degli ordini giudiziari: quale che sia la natura, giurisdizionale o amministrativa, del procedimento e delle sanzioni disciplinari, vengono infatti in gioco “civil rights” dei giudici interni, con conseguente applicazione dell’art. 6, par. 1. D’altra parte «the Court cannot but note the growing importance which international and Council of Europe instruments (...) are attaching to procedural fairness in

²⁵ Cfr. in particolare il *Report on Judicial Appointments* (CDL-AD(2007)028), adottato il 16-17 marzo 2007, e la *Rule of Law Checklist* (CDL-AD(2016)007), adottata l’11-12 marzo 2016 (si vedano, in specie, i paragrafi 74-79).

²⁶ I principi della Magna Carta erano stati già formulati nella Carta europea sullo statuto dei giudici dell’8-10 luglio 1998, par. 5.1. Cfr., da ultimo, *Opinion no. 18 (2015) on Position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy*, adottata dal CCJE il 16 ottobre 2015, par. 10.

²⁷ Si tratta del rapporto *Judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States in 2017*, adottato dal CCJE il 7 febbraio 2018.

²⁸ *Opinion n. 24 (2021) on the evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems*, adottato dal CCJE il 5 novembre 2021. A livello europeo, esiste pure l’European Network of Councils for the Judiciary, la cui Assemblea generale, a maggio 2012, ha adottato la Dichiarazione di Dublino che pone standard minimi in relazione all’assunzione, scelta, nomina e promozione dei membri del corpo giudiziario.

²⁹ K. AQUILINA, *op. cit.*, 14-16.

³⁰ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 aprile 2007, ricorso n. 63235/00, *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, par. 62.

cases involving the removal or dismissal of judges»³¹: un aumento di casi che dipende da un'accresciuta sensibilità e consapevolezza circa non solo la centralità dell'indipendenza del Giudiziario ma, al contempo, la sua fragilità in un contesto di crisi dello Stato di diritto³².

Talvolta le regole interne sul procedimento disciplinare dei giudici non sono state correttamente applicate nel caso concreto; altre volte, invece, la mancanza di un giusto procedimento disciplinare è strutturale. Più in particolare, le violazioni del giusto procedimento disciplinare sono state accertate principalmente per: a) assenza di un rimedio nel diritto interno; b) carenze procedurali (mancanza di un'udienza pubblica); c) scarse indipendenza e/o imparzialità degli organi decisori³³.

a) *Assenza di un rimedio interno*. I casi più rilevanti della prassi recente sono, da un lato, *Kövesi v. Romania*³⁴, che riguarda la posizione dei procuratori rumeni e, dall'altro, i casi turchi *Bilgen*³⁵ e *Eminağaoğlu*³⁶: la premessa di queste sentenze sta nel richiamo operato dalla Corte alla formazione di un consenso internazionale intorno alla necessità di opportune garanzie di revisione nei riguardi delle decisioni incidenti sullo svolgimento della carriera dei giudici nazionali³⁷. Nel caso da ultimo citato la Corte, accertata la natura amministrativa tanto dell'organo decisorio (la sezione disciplinare dell'HSYK – il consiglio della magistratura turco), quanto delle decisioni disciplinari da questo adottate³⁸, ha ritenuto che la mancanza di previsioni che assicurassero il diritto di richiederne la revisione a un giudice indipendente e imparziale implicasse un'evidente violazione dell'art. 6, par. 1³⁹. In questa prospettiva merita di essere segnalata la recente sentenza nel caso *Besnik Cani v. Albania*⁴⁰, dove la Corte, per la prima volta, ha applicato a una decisione di carattere disciplinare contro un giudice la giurisprudenza

³¹ Corte europea dei diritti umani, *Baka*; cit., par. 121.

³² R. LAWSON, *Protecting the independence of the judiciary: possibilities and limits of the European Convention on Human Rights*, in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2018, 249 ss.

³³ La giurisprudenza della Corte EDU sul giusto procedimento disciplinare riguarda anche altri aspetti dell'art. 6 CEDU: si vedano, in specie, con riguardo all'eccessiva lunghezza del procedimento disciplinare, la sentenza del 5 febbraio 2009, ricorso n. 22330/05, *Olujić v. Croatia*; la sentenza del 7 dicembre 2010, ricorso n. 18381/05, *Mishgjoni v. Albania*.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 maggio 2020, ricorso n. 3594/2019, paragrafi 145-158.

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 marzo 2021, ricorso n. 1571/2017.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 marzo 2021, ricorso n. 76521/12.

³⁷ L'assenza di qualsivoglia rimedio giudiziale contro la rimozione disciplinare di un giudice interno era stata già ritenuta non conforme all'art. 6 nel caso *Saghatelyan*, sentenza del 20 ottobre 2015, ricorso n. 3155/13; cfr. anche *Bilgen*, cit., par. 96.

³⁸ *Eminağaoğlu*, cit., par. 99.

³⁹ *Ivi*, par. 97.

⁴⁰ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 4 ottobre 2022, ricorso n. 37474/2020.

inaugurata nel caso *Guðmundur Andri Ástráðsson* e, cioè, il test di verifica del rispetto dell'obbligo di assicurare «a tribunal established by law»⁴¹. La Corte ha in effetti ritenuto che il ricorrente, rimosso dall'ordine giudiziario in applicazione della legislazione speciale anticorruzione, avesse ragione di lamentare la sussistenza di un grave vizio nella procedura di reclutamento di uno dei membri del “SAC”, giurisdizione superiore appartenente alla Corte costituzionale, che aveva deciso la sua rimozione⁴². Nella medesima prospettiva, la Corte, sottolineando la dipendenza del consiglio della magistratura polacco dai poteri legislativo ed esecutivo, in diversi casi recenti ha ritenuto che la nomina da parte del consiglio stesso dei giudici componenti le sezioni disciplinari della Corte suprema polacca comportasse l'impossibilità di considerarle alla stregua di tribunali «established by law»⁴³.

Infine, la giurisprudenza della Corte ha recentemente indagato un aspetto specifico della situazione polacca⁴⁴, cioè la rimozione (anche se non per ragioni disciplinari) – prima della scadenza naturale del loro mandato e in forza dell'applicazione immediata della riforma legislativa del sistema giudiziario polacco – dei giudici eletti a far parte del consiglio della magistratura. La Grande Camera ha affermato la totale equivalenza di tutela del principio di indipendenza sia rispetto al giudice che svolga la funzione giudiziaria, sia rispetto a chi siede come componente dell'organo di autogoverno della magistratura: l'assenza di un rimedio giudiziale che consentisse ai membri del consiglio della magistratura polacco anzitempo rimossi di chiedere la revisione della legittimità della misura subita ha costituito, secondo la Corte, un'evidente violazione del giusto processo, sotto il profilo del diritto di accesso al giudice.

b) Carenze procedimentali (mancanza di un'udienza pubblica). Con specifico riferimento al procedimento disciplinare la Corte EDU ha esaltato l'importanza di tenere almeno un'udienza pubblica anche quando esso abbia natura amministrativa. Già nel citato caso *Olujić v. Croatia* la Corte aveva ravvisato la violazione dell'art. 6 perché al ricorrente,

⁴¹ Ivi, paragrafi 83-93.

⁴² Ivi, paragrafi 94-116. La Corte ha considerato che un'immediata riammissione all'esercizio delle funzioni giudiziarie non fosse possibile e che, invece, la misura di riparazione più opportuna consisteva nella riapertura del procedimento interno. Ivi, par. 148 ss.

⁴³ Corte europea dei diritti umani, sentenza 22 del luglio 2021, ricorso n. 43447/19, *Reczkowicz v. Poland*; sentenza dell'8 novembre 2021, ricorsi n. 49868/19 e 57511/19, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*; sentenza del 6 ottobre 2022, ricorso n. 35599/20, *Juszczyszyn v. Poland*.

⁴⁴ Corte europea dei diritti umani, *Grzęda*, cit.; sentenza del 16 giugno 2022, ricorso n. 39650/18, *Żurek v. Poland*.

presidente della Corte Suprema croata, non era stata data l'opportunità di un'udienza pubblica. Nel successivo caso *Ramos Nunes*, riguardante la legislazione portoghese, la Corte ha ritenuto che l'assenza di una previsione di legge che consentisse al giudice sotto procedimento disciplinare di essere sentito davanti al consiglio della magistratura, sebbene il ricorrente ne avesse fatto richiesta, comporta la violazione dell'art. 6 proprio perché «the CSM did not exercise its discretionary powers on an adequate factual basis»⁴⁵. Nel caso *Xhoxhaj* la Corte ha ulteriormente chiarito che, benché la garanzia di un'udienza pubblica non implichi l'affermazione di un diritto assoluto, nondimeno la sua omissione, soprattutto a fronte di una richiesta del ricorrente, deve rimanere una misura eccezionale, che lo Stato convenuto ha l'obbligo di giustificare debitamente⁴⁶.

c) *Scarse indipendenza e/o imparzialità dell'organo decisorio*. L'organo decisorio può non assicurare al giudice sottoposto a procedimento disciplinare le dovute garanzie di indipendenza e imparzialità⁴⁷. Questa tipologia di doglianza attiene specificamente ai modi di scelta, composizione, esercizio dei relativi poteri degli organi interni deputati a regolare gli aspetti più rilevanti della vita dei membri dell'ordine giudiziario: è in occasione dei casi *Volkov*⁴⁸ e *Denisov*⁴⁹ che la Corte, rilevando la sistematica violazione dell'art. 6 da parte dell'Ucraina, ha avuto modo di enucleare una serie di criteri che, se rispettati, assicurerebbero un buon grado di indipendenza e imparzialità da parte dei consigli della magistratura nel decidere sugli illeciti disciplinari dei magistrati. Tra questi criteri meritano di essere segnalati: il numero di giudici che siedono nell'organo, il modo in cui vengono designati i componenti della sezione disciplinare dei consigli, le forme dei loro emolumenti, il peso rivestito dagli organi dell'accusa pubblica nei procedimenti disciplinari e il ruolo di coloro che si occupano della fase delle indagini

⁴⁵ Corte europea dei diritti umani, *Ramos Nunes*, cit., par. 198.

⁴⁶ *Xhoxhaj*, cit., par. 340.

⁴⁷ Non vengono discussi in questa sede i casi di specifiche forme di parzialità dell'organo competente a istruire il procedimento disciplinare e a deciderlo, dovute alla mancanza *in concreto* delle relative condizioni: si vedano i casi *Olujić*, cit.; sentenza del 20 novembre 2012, ricorso n. 58688/2011, *Harabin v. Slovakia*; sentenza del 7 gennaio 2016, ricorso n. 48783/07, *Gerovska Popčevska v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*; sentenza del 21 gennaio 2016, ricorso n. 29908/11, *Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*.

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 gennaio 2013, ricorso n. 21722/11 (sentenza che ha costituito la base per l'accoglimento dei diciotto ricorsi decisi nel caso *Kulykov and others v. Ukraine* con sentenza del 19 gennaio 2017).

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 settembre 2018, ricorso n. 76639/11.

rispetto alla fase decisoria⁵⁰. I difetti strutturali del sistema ucraino hanno portato la Corte, nel caso *Volkov*, a condannare lo Stato convenuto, per la prima volta, alla riparazione in forma specifica e, quindi, a riassumere il giudice illegittimamente destituito, laddove, di norma, la Corte si limita a richiedere allo Stato di riaprire il procedimento disciplinare⁵¹.

Nel caso *Mitrinovski* la Corte ha concluso che il sistema macedone, che consente a ciascun membro del consiglio della magistratura di sottoporre un'accusa disciplinare e di sedere, al contempo, nel *plenum* dell'organo stesso che deve decidere se confermare la sanzione disciplinare irrogata da una commissione interna, non garantisce l'imparzialità dell'organo nel suo insieme⁵². Al contrario, nel coevo caso *Lorenzetti* il fatto che il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, membro di diritto del consiglio della magistratura italiano, contribuisse a scegliere i componenti della sezione disciplinare non è stato considerato lesivo dell'indipendenza e imparzialità della sezione stessa, in quanto alla scelta dei magistrati che ne fanno parte concorrono ulteriori ventisei membri del consiglio⁵³.

Nell'importante caso *Ramos Nunes* la Grande Camera ha escluso che la duplice veste del presidente della Corte suprema portoghese, che presiede anche il consiglio della magistratura, minasse l'imparzialità oggettiva e l'indipendenza della stessa Corte suprema quale organo di controllo sulle decisioni disciplinari del consiglio⁵⁴. Quanto alla doglianza che gli stessi giudici della Corte suprema sono assoggettati al potere disciplinare del consiglio, la Corte ha ritenuto una tale evenienza di impatto quantitativamente ridotto. Il caso *Volkov* non può rappresentare un precedente significativo – ha argomentato la Grande Camera con un importante *distinguishing* –, a causa delle carenze

⁵⁰ *Volkov*, cit., par. 109, 112 ss. Alla luce di questi criteri, la Corte EDU ha ritenuto non conforme all'art. 6 sia la legge georgiana nel caso *Sturua v. Georgia* (sentenza del 28 marzo 2017, ricorso n. 45729/05, par. 34 s.), sia quella cipriota nel caso *Kamenos v. Cyprus* (sentenza del 31 ottobre 2017, ricorso n. 147/07 paragrafi 105-109). Cfr. anche *Denisov*, cit., par. 68.

⁵¹ I. JELIĆ, D. KAPETANAKIS, *European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJUE and the ECtHR*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, 45 ss., 70.

⁵² Corte europea dei diritti umani, sentenza del 30 aprile 2015, ricorso n. 6899/12, paragrafi 39-46. Conformi anche le successive decisioni sul sistema macedone del 7 gennaio 2016 nei casi *Jakšovski and Trifunovski* e *Poposki and Duma*.

⁵³ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 30 luglio 2015, ricorso n. 24876/07, *Lorenzetti c. Italie*, par. 41 ss. Sulla natura giurisdizionale della sezione disciplinare del CSM italiano e sulla modalità di designazione, atta a garantirne indipendenza e imparzialità (oggettiva), cfr. il precedente caso *Di Giovanni*, sentenza del 9 luglio 2013, ricorso n. 51160/06.

⁵⁴ *Ramos Nunes*, cit., paragrafi 153-156.

sistematiche dell'organizzazione giudiziaria in Ucraina⁵⁵. Piuttosto, aderendo a un criterio generale di apprezzamento, valido per i paesi dove l'indipendenza dei giudici è garantita dalla costituzione e dalle leggi, la Corte ha ritenuto che «the judges of the Supreme Court (...) are no longer subject to performance appraisals or in search of promotion, and the CSM's disciplinary authority over them is in reality rather theoretical»⁵⁶. Su questi aspetti, tuttavia, la decisione della Grande Camera non è stata unanime: alcuni giudici hanno dissentito, reputando che le previsioni portoghesi non fossero in grado di assicurare indipendenza e imparzialità della Corte suprema quale organo di revisione delle decisioni disciplinari⁵⁷.

La circostanza che la legislazione interna escluda che giudici in servizio possano sedere in un organo deputato a indagare e decidere su profili di potenziale corruzione di appartenenti al potere giudiziario può non implicare violazioni dell'art. 6 in casi di obiettiva eccezionalità. Tanto è accaduto nel caso *Xhoxhaj*, in cui la Corte ha esaminato la compatibilità con la CEDU dei cd. *vetting bodies*, organi speciali creati per combattere l'alto grado di corruzione dei giudici in Albania⁵⁸. Secondo la Corte, tale organo, deputato a svolgere indagini sulla base di criteri stabiliti per legge, può legittimamente raggiungere una conclusione preliminare che accerti una condotta di corruzione⁵⁹ dal momento che «did not assume the role of a prosecutor by bringing any charges or accusations against the applicant»⁶⁰.

Nel caso in cui la Corte accerti che i consigli della magistratura chiamati a fungere da organo disciplinare vadano qualificati come organi amministrativi e non siano essi stessi indipendenti e/o imparziali, quest'ultima non conclude automaticamente per la violazione dell'art. 6, ma procede a indagare se siano previsti rimedi adeguati contro le sanzioni irrogate. Questo tipo di indagine è particolarmente pervasivo⁶¹. Nel caso *Ramos Nunes* sopra citato la Grande Camera ha esaminato se la revisione assicurata dalla Corte suprema portoghese sulle decisioni amministrative del consiglio della magistratura fosse piena, sul presupposto che i provvedimenti di natura disciplinare non richiedono l'esercizio della discrezionalità tipica dell'azione amministrativa, sicché ricadono nel-

⁵⁵ Ivi, par. 157 s.

⁵⁶ Ivi, par. 163.

⁵⁷ *Jointly Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Vučinić, Pinto de Albuquerque, Turković, Dedov and Hüseyinov*, par. 12.

⁵⁸ *Xhoxhaj*, cit. Sulle specificità del *vetting process* in Albania, nel quale l'organo di revisione giudiziale è la Camera di Appello competente, si veda il par. 299.

⁵⁹ Ivi, paragrafi 304-308.

⁶⁰ Ivi, par. 306.

⁶¹ *Denisov*, cit., par. 76 s.

l'ambito di quell'indagine piena, in fatto e in diritto, che è propria della giurisdizione ordinaria di qualsiasi tribunale⁶². Indagine che deve essere tanto più rigorosa quando la sanzione disciplinare colpisce la posizione e la carriera di un magistrato, ciò che incide direttamente sulla "public confidence" nel funzionamento indipendente del potere giudiziario⁶³. La rigorosa ricostruzione dei fatti viene sollecitata in particolar modo in quanto momento cruciale di ogni accertamento disciplinare e soprattutto di quello riguardante i giudici destinatari di sanzioni significative⁶⁴. La Grande Camera ha concluso che, quale che sia la legislazione interna, l'organo giudiziario chiamato a decidere l'impugnazione contro una sanzione disciplinare irrogata nei confronti di un giudice ha il dovere di accertarsi della completezza della ricostruzione fattuale posta a base della sanzione stessa⁶⁵.

Questa decisione, nella parte in cui si sofferma sui limitati poteri d'indagine della Corte suprema portoghese, è rilevante, come dimostrano l'opinione concorrente di alcuni giudici e quella separata del giudice Pinto de Albuquerque. Secondo la prima, la Corte avrebbe indebitamente ampliato – rispetto alla sua consolidata giurisprudenza – i requisiti di conformità all'art. 6 delle norme interne sulla revisione giudiziale di decisioni amministrative⁶⁶, con ciò minando le specifiche competenze attribuite al consiglio della magistratura dalla Costituzione portoghese⁶⁷. Per di più, la Corte avrebbe inopportunamente finito col creare una vera e propria *lex specialis* per il regime di revisione delle sanzioni disciplinari riguardanti i giudici⁶⁸. Del tutto diverso l'approccio sotteso all'opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque, che ha invece esaltato la centralità di una significativa *judicial review* fattuale proprio quando il suo oggetto sia costituito da misure disciplinari contro giudici interni⁶⁹.

La verifica dell'imparzialità e indipendenza degli organi interni disciplinari è svolta col rigore dei parametri dell'art. 6 CEDU quando ai consigli di giustizia e/o alle rispettive sezioni/commissioni disciplinari venga attribuita invece, in base alle caratteristiche del diritto interno, la

⁶² Ramos Nunes, cit., par. 195.

⁶³ Ivi, par. 196.

⁶⁴ Ivi, par. 203.

⁶⁵ Ivi, par. 208: ed è proprio questo a implicare l'obbligo di accordare all'incolpato che ne faccia richiesta la celebrazione di un'udienza, pur non prevista dal diritto interno (cfr. par. 206 s.).

⁶⁶ *Joint Concurring Opinion of Judges Raimondi, Nussberger, Jäderblom, Mose, Poláčková and Koskelo*, par. 5.

⁶⁷ Ivi, par. 19.

⁶⁸ Ivi, par. 38. Cfr. anche il par. 39: «(...), the present case is about upholding judicial ethics – which is also a matter of high importance – and not about upholding judicial independence».

⁶⁹ Ivi, paragrafi 15-19.

natura di tribunale. Nondimeno, nel più recente caso *Todorova*, nonostante abbia accertato che la competenza disciplinare del consiglio della magistratura bulgaro viene esercitata in modi tipici di un organo giurisdizionale⁷⁰, la Corte è passata direttamente a esaminare (in luogo del procedimento disciplinare davanti al consiglio) la conformità all'art. 6 del procedimento di revisione giudiziaria della sanzione disciplinare irrogata⁷¹.

4. La Corte interamericana ha affrontato il tema dell'indipendenza del potere giudiziario principalmente in casi di rimozione di giudici interni per ragioni (anche disciplinari), talvolta in contesti di significative crisi istituzionali, come in Perù ed Ecuador⁷². La Corte ha reiteratamente inquadrato l'assetto istituzionale della separazione dei poteri – oggetto di un obbligo esplicito posto dall'art. 3 della Inter-American Democratic Charter – nelle garanzie di indipendenza dei giudici nel loro insieme (indipendenza esterna o istituzionale) e singolarmente considerati (indipendenza interna o personale)⁷³. Esse servono a evitare l'assoggettamento a costrizioni esterne al potere giudiziario medesimo oppure provenienti da giudici delle giurisdizioni superiori⁷⁴. Soprattutto la rimozione arbitraria di un giudice «leads to the objective doubt of the observer about their real possibility of deciding specific disputes without fear of reprisal»⁷⁵. La consolidata giurisprudenza della Corte interamericana dimostra che sono i procedimenti disciplinari contro i giudici a esigere in special modo il rispetto delle garanzie del giusto processo, in base all'art. 8 della Convenzione interamericana, a tutela dell'indipendenza «essential for the exercise of the judicial function»⁷⁶.

⁷⁰ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 ottobre 2021, ricorso n. 40072/13, par. 108.

⁷¹ Ivi, par. 109.

⁷² Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 31 gennaio 2001, *Case of the Constitutional Tribunal v. Peru*, Serie C No. 55; sentenza del 5 agosto 2008, *Case of Apitz Barbera et al. ("First Contentious Administrative Court") v. Venezuela*, Serie C No. 182; sentenza del 30 giugno 2009, *Case of Reverón Trujillo v. Venezuela*, Serie C No. 197; sentenza del 1° luglio 2011, *Case of Chocrón Chocrón v. Venezuela*, Serie C No. 227; sentenza del 28 agosto 2013, *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador*, Serie C No. 268; sentenza del 5 ottobre 2015, *Case of López Lone et al. v. Honduras*, Serie C No. 302; sentenza del 27 agosto 2020, *Case of Urrutia Laubreaux v. Chile, Preliminary objection, merits, reparations and costs*, Serie C No. 409.

⁷³ *Case of Apitz*, cit., par. 55. Si tratta di distinzione lungamente discussa nella *Partially Dissenting Opinion of Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot* nel caso *Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.)*, cit., par. 52 ss., anche per l'interessante sintesi del panorama dottrinale sudamericano in materia.

⁷⁴ *Partially Dissenting Opinion of Judge Eduardo Ferrer*, cit., par. 43.

⁷⁵ Ivi, par. 44.

⁷⁶ *Case of Reverón Trujillo*, cit., par. 67; *Case of Urrutia*, cit., par. 104.

Particolarmente significativo è il più recente caso *Urrutia v. Chile*, nel quale un giudice aveva scritto un articolo accademico in cui veniva criticato il ruolo assunto dai giudici della Corte suprema negli anni della dittatura militare. L'articolo provocava un procedimento disciplinare conclusosi con la sanzione della censura (poi rimodulata dalla medesima Corte suprema in reprimenda) per aver violato il divieto di screditare il lavoro di altri giudici. Anni dopo la Corte annullava la sanzione perché l'articolo veniva considerato legittima espressione della libertà d'espressione. La Corte interamericana ha comunque rilevato la violazione degli articoli 8 (giusto processo) e 9 (principio di legalità), sia perché alcuna contestazione del fatto illecito era mai stata notificata al giudice⁷⁷, sia perché l'irrogazione della sanzione era stata unilaterale⁷⁸ e non motivata⁷⁹, sia perché l'impugnazione contro la sanzione era stata decisa da quella stessa Corte suprema che aveva segnalato l'articolo accademico come illecito disciplinare: con ciò, dunque, non garantendo una revisione giudiziale imparziale⁸⁰.

La Corte ha inoltre evidenziato la vaghezza della formulazione dell'illecito disciplinare in questione. A tal riguardo, essa aveva già avuto modo di rilevare l'eccessiva discrezionalità del regime disciplinare dei magistrati in Honduras nel caso *Lopez*, a causa di previsioni dallo spettro troppo ampio⁸¹. Nel caso *Urrutia*, ricordando la centralità del principio di legalità al fine di proteggere l'indipendenza dell'ordine giudiziario⁸², la Corte ha considerato che l'assoggettamento dei giudici cileni al potere disciplinare nel caso di pubblicazione di documenti che in qualsiasi modo criticano membri del Giudiziario attribuisse all'organo disciplinare un potere ai limiti dell'arbitrio⁸³, implicante la violazione automatica del principio di indipendenza⁸⁴. A questo riguardo, secondo la Corte i limiti di riservatezza inerenti all'esercizio della giurisdizione non possono giungere al punto di richiedere ai giudici di non difendere il loro operato o di non criticare i loro colleghi, dovendo costoro addirittura munirsi dell'autorizzazione preliminare del presidente della Corte suprema. Lungi dall'assicurare il rispetto dell'art. 8 della Convenzione, un disegno

⁷⁷ *Case of Urrutia*, cit., par. 113 s.

⁷⁸ Ivi, par. 116 s.

⁷⁹ Ivi, par. 115.

⁸⁰ Ivi, paragrafi 118-124. Nella formulazione inglese che troviamo in sentenza, l'art. 324 par. 4 dell'*Organic Code of the Courts* cileno prevede: «Publishing, without authorization from the President of the Supreme Court, documents defending their official conduct or attacking, in any way, that of other judges or justices (...)».

⁸¹ *Case of Lopez*, cit., par. 264 e par. 267.

⁸² *Case of Urrutia*, cit., par. 131.

⁸³ Ivi, par. 134.

⁸⁴ Ivi, par. 136.

disciplinare di tal fatta mina irrimediabilmente l'indipendenza interna della magistratura a vantaggio di un modello gerarchico di giudici «with a propensity towards unconditional subordination to the authority of their own collegiate organs»⁸⁵.

La necessità di una tutela effettiva dell'indipendenza interna del giudice si misura anche sul piano dei rimedi alle violazioni perpetrate dagli Stati, come la Corte ha avuto modo di chiarire nel caso *Reverón Trujillo*. In particolare, quando il giudice statale sia stato illegittimamente rimosso, anche per ragioni disciplinari, lo Stato deve riparare l'illecito riassegnando a quel giudice la posizione precedente: la *restitutio in integrum* non soltanto previene illecite interferenze nell'esercizio della funzione, ma protegge anche i membri del potere giudiziario, impauriti dal vedere i loro colleghi «dismissed and then not reinstated even when the dismissal has been arbitrary»⁸⁶. Questo genere di timore colpisce fatalmente – ha evidenziato la Corte – l'indipendenza interna del corpo giudiziario «since it would promote that the judges follow instructions or abstain from contesting both the nominating and punishing entity»⁸⁷.

In questo caso, peraltro, partendo dal presupposto che, per lamentare una violazione del giusto processo, fosse necessaria la qualità di parte processuale, la Corte ha escluso l'esistenza di un autonomo diritto soggettivo del giudice al rispetto della propria indipendenza⁸⁸. Nella giurisprudenza successiva, però, la Corte stessa ha voluto ritornare su quest'affermazione, chiarendo che, ogni volta che le garanzie di indipendenza del potere giudiziario sono violate, sussiste comunque una lesione dell'art. 8 a danno del singolo giudice. Nel caso riguardante l'Ecuador, nel quale l'*impeachment* di un gruppo di giudici della Corte costituzionale, unitamente alla rimozione di membri della Corte suprema e del Tribunale elettorale, ha realizzato un vero e proprio attacco all'ordinamento democratico⁸⁹, la Corte ha infatti rilevato come «a direct relationship exists between the objective dimension of judicial independence and the right of judges to accede to and remain in office»⁹⁰. Confermando l'approccio analogo del Comitato ONU per i diritti umani, la Corte ha quindi concluso che ogni volta che la permanenza di un giudice nel proprio ufficio è colpita arbitrariamente, anche in forza di

⁸⁵ Ivi, par. 138.

⁸⁶ *Reverón Trujillo*, cit., par. 81.

⁸⁷ *Ibidem*. La peculiarità del caso in esame dipende dalla qualifica di “provisional judge” della ricorrente, nel più vasto quadro delle misure di riorganizzazione del potere giudiziario in Venezuela, per la cui ricostruzione si rimanda alla lettura della sentenza, in specie par. 100 ss.

⁸⁸ Ivi, par. 147 s.

⁸⁹ *Case of the Constitutional Tribunal*, cit., par. 207 ss.

⁹⁰ Ivi, par. 198.

sanzioni disciplinari, il diritto all'indipendenza è violato⁹¹. Questi principi hanno trovato ulteriore conferma nel caso *Lopez* dove, in termini ancora più espliciti, viene stabilito che la garanzia di indipendenza dei giudici «is directly related to the right of the judge to remain in office as a result of the guarantee of tenure»⁹², sicché la rimozione per ragioni disciplinari può trovare giustificazione soltanto «for conducts that are clearly inexcusable»⁹³. Più in particolare, la Corte ha stabilito che la garanzia di mantenere il ruolo e la professione di giudice implica che ogni rimozione deve essere rigorosamente giustificata in ragione di gravi illeciti disciplinari o manifesta incompetenza, e basata su procedure trasparenti, oggettive e imparziali⁹⁴: «judicial independence (...) is what is at stake in a disciplinary case»⁹⁵. La Corte interamericana tende dunque a condannare lo Stato alla riammissione nel corpo giudiziario del giudice illegittimamente rimosso mentre questo tipo di misura resta eccezionale nella prassi della Corte EDU: a ben vedere ciò dipende dalla gravità di crisi sistemiche dello Stato di diritto affrontate dalla Corte interamericana, in presenza delle quali, come il caso ucraino dimostra⁹⁶, la Corte di Strasburgo ha adottato la medesima soluzione.

5. Esaurito l'esame dei principi e della giurisprudenza internazionale sul giusto procedimento disciplinare nei confronti dei giudici nazionali, è possibile ora passare all'analisi della prassi della Corte EDU e di quella interamericana con riferimento ad altri diritti umani. Questi sono essenzialmente due: il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e il diritto alla libera espressione del pensiero (art. 10 CEDU e art. 13 della Convenzione americana). Partiamo dalla prima delle due disposizioni, che viene in rilievo sotto il profilo a) dell'eccessiva vaghezza dell'illecito disciplinare, b) dell'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento disciplinare, c) dell'incidenza del procedimento disciplinare sulla vita professionale.

a) *Eccessiva vaghezza dell'illecito disciplinare*. Nel già citato caso *Volkov*, dove l'illecito contestato al giudice ricorrente consisteva nella violazione del giuramento prestato dai giudici in servizio e la sanzione era stata la radiazione, la Corte ha esaminato la questione della tipicità e determinatezza (e, quindi, della prevedibilità degli effetti) della «legal

⁹¹ Ivi, par. 199. Il precedente par. 196 cita il caso del Comitato *Soratha Bandaranayake v. Sri Lanka* (cfr. *supra*, nota 11).

⁹² *Case of Lopez*, cit., par. 193. Cfr. anche il par 194.

⁹³ Ivi, par. 198.

⁹⁴ Ivi, par. 200.

⁹⁵ Ivi, par. 219.

⁹⁶ Cfr. *Volkov*, cit.

basis» di tale illecito disciplinare. Essa non ha escluso di per sé la legittimità di illeciti definiti con formule ampie ma, in tal caso, è necessario che altri fattori fungano da controbilanciamento⁹⁷. Il primo è rappresentato dall'esistenza di una prassi applicativa coerente e consolidata⁹⁸. Il secondo attiene alla previsione di limiti temporali all'esercizio del potere disciplinare e alla conclusione del relativo procedimento, senza dei quali sarebbe minato il principio di certezza del diritto⁹⁹. Il terzo esige il rispetto della proporzionalità nelle sanzioni irrogate¹⁰⁰. L'ultimo e più rilevante fattore sta nella garanzia di una revisione imparziale della decisione disciplinare¹⁰¹. Applicando questi principi in una delle più recenti sentenze contro la Polonia, la Corte è giunta ad accertare l'evidente arbitrarietà di una sanzione, quando il rilievo disciplinare della condotta del giudice consistente nell'adozione di un provvedimento giudiziale, già di per sé capace di compromettere seriamente l'indipendenza dell'organo giudiziario, risulti del tutto imprevedibile alla stregua della consolidata prassi applicativa interna¹⁰². E, nel recentissimo caso *Ovcharenko and Kolos*, le valutazioni negative sul sistema ucraino sono state reiterate con riferimento alla rimozione di due giudici costituzionali a seguito dei drammatici eventi di rivolgimento politico del 2013-2014¹⁰³.

b) *Utilizzo delle intercettazioni e procedimento disciplinare*. Nel caso *Terrazzoni c. France*, nell'interrogarsi sulla compatibilità di questo genere di interferenza con l'art. 8¹⁰⁴, la Corte si è soffermata in special modo sulla prevedibilità dell'uso delle intercettazioni in un procedimento disciplinare svolto contro una persona diversa da quella intercettata¹⁰⁵. Sebbene le norme del codice di procedura penale francese non lo prevedano, la giurisprudenza della Corte di cassazione è consolidata nel ritenere lecito tale uso¹⁰⁶. Nondimeno, occorre anche verificare la necessità di tali misure in una società democratica, profilo sul quale il diritto interno deve approntare idonee forme di controllo sui possibili abusi, soprattutto quando l'uso delle intercettazioni coinvolga la

⁹⁷ Ivi, par. 177.

⁹⁸ Ivi, par. 179.

⁹⁹ Ivi, par. 181.

¹⁰⁰ Ivi, par. 182.

¹⁰¹ Ivi, par. 184.

¹⁰² *Juszczyszyn*, cit., paragrafi 271-280.

¹⁰³ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 12 gennaio 2023, ricorsi n. 27276/15 e 33692/15, *Ovcharenko and Kolos*, paragrafi 100-109.

¹⁰⁴ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 29 giugno 2017, ricorso n. 33242/12. Cfr. par. 45, che riassume i consolidati principi della Corte sul punto.

¹⁰⁵ Ivi, par. 46.

¹⁰⁶ Ivi, par. 48.

posizione di un giudice: occorre, specificamente, che le intercettazioni non siano meramente strumentali all'ascolto indiretto delle sue conversazioni¹⁰⁷. Il controllo giudiziario "successivo" si rivela dunque essenziale¹⁰⁸: esso potrà essere esercitato dallo stesso organo che ha svolto il procedimento disciplinare, purché il giudice intercettato abbia potuto «demander, dans le cadre de la procédure disciplinaire, d'écarter des débats la transcription litigieuse»¹⁰⁹.

Applicando i medesimi principi nel caso *Karabeyoglu* ed evidenziando che la legge interna sulle intercettazioni deve essere particolarmente chiara su ogni aspetto del loro utilizzo¹¹⁰, la Corte è giunta a risultati opposti. Infatti, se la legge turca è conforme all'art. 8 in relazione alla disciplina delle intercettazioni nell'ambito del procedimento penale a carico del giudice ricorrente, non lo è in relazione al procedimento disciplinare, poiché nessuna disposizione del codice di procedura penale prevede l'utilizzabilità della prova acquisita mediante intercettazioni – in un procedimento penale del tipo di quello avviato contro il ricorrente – nel differente procedimento disciplinare, sebbene a carico della stessa persona¹¹¹. Questa posizione è stata più di recente confermata nel sopra menzionato caso *Eminağaoğlu* in cui il ricorrente lamentava, analogamente, la mancata distruzione delle intercettazioni e il fatto di aver subito una sanzione disciplinare (di trasferimento) in violazione dell'art. 8. Nonostante la Corte abbia accertato che quelle intercettazioni non avevano avuto rilevanza ai fini della decisione disciplinare¹¹², ha comunque concluso per la violazione dell'art. 8 per il fatto stesso di un utilizzo *extra legem* delle intercettazioni¹¹³.

c) *Procedimento disciplinare e vita professionale*. Nel già richiamato caso *Denisov*, la Grande Camera della Corte ha consolidato la sua giurisprudenza sui presupposti richiesti per l'accertamento di una violazione dell'art. 8 quando ad essere toccata sia la sfera professionale del ricorrente (il giudice ricorrente era stato revocato dall'incarico di vice presidente della corte d'appello di Kiev per ragioni dipendenti da sue asserite mancanze professionali sotto il profilo organizzativo). Sulla premessa che le ingerenze nella vita professionale possano rientrare nel perimetro dell'art. 8 quando siano in grado, alternativamente, di colpire le

¹⁰⁷ Ivi, par. 54 s.

¹⁰⁸ Posto che il controllo preventivo riguardava altra persona, e cioè l'indagato nel procedimento penale che si è trovato a conversare con la giudice poi sottoposta a sanzione disciplinare: ivi, par. 56.

¹⁰⁹ Ivi, par. 60.

¹¹⁰ *Karabeyoglu*, cit., paragrafi 67-72.

¹¹¹ Ivi, par. 114-116.

¹¹² *Eminağaoğlu*, cit., par. 157.

¹¹³ Ivi, par. 161.

relazioni sociali, lo *status* socio-economico o la reputazione personale del ricorrente¹¹⁴, la Corte non ha ravvisato effetti di apprezzabile gravità soprattutto perché la revoca era dovuta non all'inadempimento dei doveri di giudice, ma a certe inefficienze organizzative e amministrative: come a dire che, per un giudice, la reputazione che conta non è quella dell'organizzatore, ma del modo in cui la giurisdizione viene esercitata¹¹⁵. Per queste stesse ragioni la Corte ha invece ravvisato una violazione dell'art. 8 nel già citato caso *Juszczyszyn*, in ragione della durata della sospensione disciplinare (di quasi due anni e mezzo), della riduzione stipendiale del 40% e della veemenza della sentenza disciplinare polacca contro un giudice giudicato colpevole di gravi violazioni di legge, laddove questi aveva soltanto verificato il rispetto dei principi della *rule of law*¹¹⁶.

6. L'altro diritto umano la cui violazione è sempre più invocata nei ricorsi proposti da giudici è la libertà di espressione del pensiero collegata a procedimenti disciplinari. La giurisprudenza più ampia viene dalla Corte EDU che ha delineato, con risultati fatti propri anche dalla Corte interamericana, il delicato bilanciamento tra lo speciale dovere di riservatezza che incombe su chi esercita la funzione giudiziaria, a salvaguardia dell'immagine di imparzialità del potere giudiziario, e il diritto di esprimere liberamente il proprio punto di vista, soprattutto su questioni riguardanti l'amministrazione della giustizia¹¹⁷.

In occasione dell'importante caso *Baka* la Corte ha accertato che la legge ungherese che portò all'immediata cessazione delle funzioni del presidente della Corte suprema era stata motivata principalmente dalle critiche alle riforme governative in tema di giustizia mosse dal ricorrente.

¹¹⁴ *Denisov*, cit., par. 115 s.

¹¹⁵ *Ivi*, par. 125.

¹¹⁶ *Juszczyszyn*, cit., paragrafi 232-236. Si veda, sull'applicabilità dell'art. 8, l'opinione parzialmente dissidente dei giudici Wojtyczek e Paczolay, paragrafi 2.2-2.3, che reputa esservi una giurisprudenza ondivaga della Corte non sempre rispettosa del rigore probatorio richiesto dalla Grande Camera nel caso *Denisov*.

¹¹⁷ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 31 gennaio 2008, ricorso n. 38406/97, *Albayrak v. Turkey*, par. 41 s.; sentenza del 13 novembre 2008, ricorsi n. 64119/00 e 76292/01, *Kayasu c. Turquie*, par. 91 s.; sentenza del 26 febbraio 2009, ricorso n. 29492/05, *Kudeshkina v. Russia* (dove la ricorrente aveva partecipato alle elezioni politiche per il rinnovo della Duma nel 2003 e il procedimento disciplinare era iniziato in forza delle sue dichiarazioni espresse in campagna elettorale), par. 85 s.; *Baka*, cit., par. 140; *Eminağaoğlu*, cit., par. 121 s. A questo dovere di riservatezza corrisponde, peraltro, l'ammissibilità di critiche anche di carattere personale all'operato della magistratura, in quanto espressione di un potere istituzionale per sua natura suscettibile, in una società democratica, di essere oggetto di contestazione: sentenza del 1° marzo 2022, *Kozan c. Turquie*, ricorso n. 16695/2019, paragrafi 45-47.

Pur non riguardando un caso di procedimento disciplinare, è con questa sentenza della Grande Camera che la Corte, mettendo a punto una serie di principi e regole di accertamento a presidio della libertà riconosciuta dall'art. 10 CEDU, ha affermato il sicuro restringimento del margine di apprezzamento degli Stati quando la libertà d'espressione riguardi interessi di carattere generale, come quelli relativi al mondo della giustizia e dello Stato di diritto¹¹⁸. Al contempo, lo scrutinio deve appuntarsi sul duplice profilo della natura e dell'impatto della sanzione e dell'equità della procedura interna di revisione, se prevista¹¹⁹, onde mettere in luce e stigmatizzare ogni uso "politico" del procedimento disciplinare contro giudici "sgraditi" per il pensiero critico da loro espresso, in specie, in due forme: a) a titolo esclusivamente personale e b) nel partecipare ad attività associative nel mondo giudiziario. Ci soffermeremo, di seguito, sui casi più recenti.

a) *Libertà d'espressione a titolo esclusivamente personale*. Nel recente caso *Kozan*, il consiglio della magistratura turco aveva sanzionato con un'ammenda il giudice ricorrente per aver condiviso con colleghi su un gruppo chiuso Facebook un articolo di giornale che criticava la mancanza di indipendenza del consiglio stesso¹²⁰. Secondo il ricorrente la sanzione costituiva una punizione politica per non aver votato i candidati della "Piattaforma dell'unione della magistratura", movimento sostenuto dal Ministero di giustizia. Secondo la Corte, la rilevanza del tema dell'indipendenza del consiglio della magistratura turco dal potere politico è tale da controbilanciare il dovere di riservatezza incombente sul ricorrente in quanto giudice penale, posto che l'articolo in questione riguardava anche talune indagini per corruzione su persone vicine al governo¹²¹. Aver sanzionato disciplinarmente il giudice ricorrente per la condivisione di questo genere di articolo, dunque, ha integrato un'ingerenza niente affatto necessaria nell'esercizio del diritto di esprimere il proprio pensiero¹²². A ciò si è aggiunto l'ulteriore rilievo per cui contro la sanzione irrogata il diritto turco non prevede alcun rimedio giudiziale indipendente, proprio in un caso in cui il consiglio della magistratura turco «est intervenu en l'espèce en qualité à la fois d'autorité accusatrice et d'autorité décisionnelle de dernière instance, et

¹¹⁸ *Baka*, cit., par. 165.

¹¹⁹ Ivi, paragrafi 160, 161 e 166.

¹²⁰ *Kozan*, cit. Il caso merita speciale attenzione anche perché contro il ricorrente pendono giudizi penali e amministrativi, essendo stato egli revocato dall'ordine giudiziario in forza dell'accusa di aver fatto parte in vario modo dell'organizzazione denominata dalle autorità turche FETÖ/PDY ("Organizzazione terroristica Fetullahiste/Struttura di Stato parallela").

¹²¹ Ivi, par. 61.

¹²² Ivi, par. 64.

ce dans une affaire où étaient en cause certaines de ses propres décisions»¹²³.

b) *Libertà d'espressione nell'esercizio del diritto di associazione.* Nel più volte citato caso *Eminağaoğlu*, dove il ricorrente era impegnato in un'intensa attività di associazionismo giudiziario, la Corte di Strasburgo, sistematizzando la propria giurisprudenza, ha avuto modo di articolare tre concetti rilevanti. In primo luogo, essendo il dibattito tra gli appartenenti all'ordine giudiziario parte integrante di un sistema democratico, il criterio d'indagine, cui la Corte deve attenersi ogni volta che sia controverso il procedimento disciplinare attivato per condotte che realizzino la libertà di espressione di un giudice impegnato nella vita politico-associativa, è improntato a una «close scrutiny»¹²⁴. In secondo luogo, la libertà d'espressione di un giudice sui temi attinenti al funzionamento della giustizia, in quanto di pubblico interesse, «enjoys a high degree of protection under Article 10»¹²⁵. Infine, la libertà di espressione dei giudici assorbe, in questi termini, la preoccupazione circa potenziali implicazioni politiche di posizioni e dichiarazioni assunte pubblicamente e suscettibili di indebolire il rispetto del riserbo dovuto da chi esercita la funzione giudiziaria¹²⁶. Quando la libertà d'espressione di un giudice viene colpita da una sanzione, soprattutto se non proporzionata, si produce un deplorabile «chilling effect» sulla libertà d'espressione di tutti gli altri giudici¹²⁷.

Su questa triplice premessa, la Corte ha identificato i parametri utili a stabilire se un'interferenza nell'esercizio della libertà di espressione rappresentata da una sanzione disciplinare possa reputarsi necessaria in una società democratica: l'ufficio ricoperto dal ricorrente al momento dell'irrogazione della sanzione, le sue dichiarazioni e il contesto delle stesse, insieme con l'intero processo decisionale che ha condotto alla sanzione stessa¹²⁸. Nel caso *Eminağaoğlu*, la libertà d'espressione è stata considerata particolarmente pregnante in quanto il ricorrente era un componente della procura generale presso la Corte di cassazione turca, ruolo che imponeva uno specifico dovere di azione conforme alla salvaguardia delle libertà personali e della *rule of law*¹²⁹. A questo ruolo si aggiungeva, poi, quello di capo dell'associazione di giudici e procuratori

¹²³ Ivi, par. 69 s.

¹²⁴ *Eminağaoğlu*, cit., par. 123.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*, che conferma quanto già indicato nel caso *Baka*, cit., par. 165.

¹²⁷ Ivi, par. 124, che richiama il precedente *Kudeshkina*, cit. Il par. 126 ribadisce la necessità di verificare i mezzi di revisione giudiziale di tutte le misure che interferiscano con la libertà d'espressione.

¹²⁸ Ivi, par. 132.

¹²⁹ Ivi, par. 133.

Yarsav la quale, come tutte le organizzazioni non governative implicate in temi di pubblico interesse, doveva essere considerata un «social 'watchdog'» da tutelare, ai sensi della Convenzione, allo stesso modo della stampa¹³⁰. La Corte ha quindi passato in rassegna, analiticamente, le varie dichiarazioni pubbliche del ricorrente, distinguendo tra quelle relative direttamente ai temi della giustizia¹³¹ e quelle invece di carattere più ampio e politicamente sensibile, di queste ultime verificando l'assenza di «any gratuitous attacks on politicians or other judicial officers»¹³²: indagine che il consiglio della magistratura turca aveva mancato di svolgere¹³³.

Questi principi hanno trovato non solo conferma, ma ulteriore approfondimento nel più recente caso *Todorova*, nel quale la ricorrente, giudice del Tribunale di Sofia, pur essendo stata sanzionata disciplinarmente per i numerosi ritardi accumulati nel deposito di sentenze penali, ha ritenuto di aver subito in realtà un procedimento disciplinare come reazione alle dure critiche dalla stessa formulate in qualità di presidente di un'associazione di giudici, nei confronti di talune nomine giudiziarie in uffici apicali operate dal consiglio della magistratura bulgaro¹³⁴. La Corte ha ritenuto necessario e sufficiente un principio di prova sul nesso di causalità tra sanzione disciplinare e libertà d'espressione del ricorrente, integrato il quale incombe sullo Stato l'onere di provare il contrario¹³⁵: tale principio di prova è stato fornito dalla ricorrente, dal momento che la cronologia dei fatti ha dimostrato come le opinioni critiche formulate dall'associazione presieduta dalla stessa¹³⁶ avessero prodotto una reazione ostile sia del consiglio della magistratura sia del governo bulgari¹³⁷. La circostanza che i procedimenti disciplinari fossero giustificati per i ritardi nel deposito delle motivazioni, dunque, non ha tolto peso alla coesistenza di ragioni e scopi ulteriori. La Corte si è soffermata, piuttosto, sulla proporzionalità della sanzione disciplinare: il fatto che la ricorrente fosse stata espulsa dall'ordine giudiziario per un

¹³⁰ Ivi, par. 134: «Consequently, the applicant had not only the right but also the duty, as chair of this legally established association, which continued to engage freely in its activities, to express an opinion on questions concerning the functioning of the justice system».

¹³¹ Ivi, par. 144.

¹³² Ivi, par. 148.

¹³³ *Ibidem*. Cfr. anche il par. 151, dove la Corte ha rimproverato il consiglio della magistratura turco per non aver specificamente trattato la materia disciplinare alla stregua dei canoni normativi discendenti dall'art. 10 CEDU.

¹³⁴ *Todorova*, cit., i cui paragrafi 168-172 ripercorrono efficacemente i principi della giurisprudenza pregressa.

¹³⁵ Ivi, par. 156.

¹³⁶ Sull'importanza del ruolo di presidente dell'associazione, e sul modo di averlo esercitato, cfr. ivi, par. 174 s.

¹³⁷ Ivi, paragrafi 159-161.

anno (e poi riammessa dalla Corte amministrativa) ha avuto un innegabile «effet dissuasif tant sur la requérante que sur les autres juges, les décourageant d'exprimer des avis critiques sur l'action du CSM»¹³⁸.

Ultimo elemento utile a provare l'uso distorto del procedimento disciplinare è rappresentato dall'omertoso silenzio serbato dalla Corte amministrativa bulgara sui reali motivi sottesi alla sanzione¹³⁹. In definitiva, il caso *Todorava* ha chiarito che il solo sospetto che, dietro una sanzione disciplinare contro un giudice, vi siano motivazioni ulteriori alla legittima e proporzionata reazione a una condotta non conforme ai doveri professionali e deontologici degli appartenenti al potere giudiziario basta a fondare l'accertamento della violazione dell'art. 10¹⁴⁰.

La serie di principi elaborati da questa giurisprudenza è stata ampiamente invocata dalla Corte interamericana nei pochi casi riguardanti l'art. 13 della Convenzione in relazione a provvedimenti disciplinari contro giudici nazionali. Particolarmente degno di menzione è il già citato caso *López*, relativo ai procedimenti disciplinari di quattro giudici nel contesto del colpo di stato verificatosi in Honduras nel giugno 2009. I ricorrenti erano membri della *Asociación de Jueces por la Democracia* che, con diversi comunicati, aveva per l'appunto denunciato l'illegalità della rimozione dell'ex Presidente Zelaya, smentendo in tal modo la posizione ufficiale della Corte suprema di giustizia¹⁴¹. I procedimenti disciplinari erano stati intentati proprio in ragione delle azioni e delle dichiarazioni dei giudici ricorrenti, con violazione tanto del diritto a un giusto procedimento (disciplinare), quanto delle libertà di espressione e associazione. Tutti i comportamenti sanzionati disciplinarmente – ha concluso la Corte – non soltanto erano espressione di diritti protetti dalla Convenzione, ma del dovere di difendere la democrazia, sotteso alla Convenzione stessa e agli obblighi internazionali contratti dall'Honduras sottoscrivendola¹⁴². Richiamando sul punto, oltre i principi delle Nazioni Unite e quelli di Bangalore, anche la giurisprudenza della Corte europea, la Corte ha chiarito che, in linea di principio, chi esercita la funzione giudiziaria può subire limiti alla libera espressione del pensiero coerenti con le garanzie di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario¹⁴³. Essa ha evidenziato la formazione di un consenso regionale intorno al

¹³⁸ Ivi, par. 176. Cfr. anche *Kövesi*, cit., par. 209.

¹³⁹ Ivi, par. 177 s.

¹⁴⁰ Ivi, par. 180. Alla violazione dell'art.10 si è poi aggiunta la violazione dell'art. 18 (cfr., in specie, i paragrafi 194 e 200).

¹⁴¹ *López*, cit.

¹⁴² Ivi, par. 148 ss.

¹⁴³ Ivi, par. 170 s.

divieto di partecipazione dei giudici ad attività politiche¹⁴⁴. Nondimeno, nel contesto della crisi democratica in Honduras, le ordinarie limitazioni alle libertà di espressione, associazione e partecipazione alla vita politica degli appartenenti al corpo giudiziario vengono sostanzialmente meno, dovendo anzi i giudici esporsi per invocare il ripristino dello Stato di diritto, con la conseguenza che, in un quadro eccezionale di questo genere, anche il regime di ordinaria responsabilità disciplinare del magistrato non può trovare attuazione, se non a pena di violare i diritti umani dei singoli giudici¹⁴⁵.

La giurisprudenza delle corti internazionali a tutela dei diritti umani è giunta dunque a elaborare un significativo principio generale che connette indipendenza dei giudici, procedimenti disciplinari e difesa della *rule of law*: per i giudici interni la libertà di esprimere posizioni critiche proprio a salvaguardia dei principi essenziali di uno Stato di diritto si trasforma da diritto a vero e proprio dovere e ciò implica una tutela internazionale rafforzata.

7. Un peculiare sviluppo dei principi finora esaminati nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo e della Corte interamericana può essere infine rintracciato nella scelta della Corte di giustizia dell'Unione europea di inquadrare l'indipendenza del giudice nazionale dentro la *rule of law*. In effetti, la crisi dello Stato di diritto che l'UE va sperimentando da tempo mette al centro il tema dell'indipendenza dei giudici quale prerequisite fondamentale apparentemente scontato che, invece, ha dato origine a questioni apprezzabili solo se collocate nel contesto di una reazione a quella crisi¹⁴⁶. Una tutela giurisdizionale effettiva può essere garantita soltanto da un giudice indipendente e l'indipendenza del giudice, se minata, può dare luogo a vie di ricorso giudiziale dove il ricorrente è proprio il singolo giudice (o un'associazione di giudici), soprattutto nei casi in cui questi si trovi assoggettato a un procedimento disciplinare.

Questa chiara tendenza trova conferma negli sviluppi del diritto dell'Unione con una declinazione specifica¹⁴⁷. Ci riferiamo al rilevante

¹⁴⁴ Ivi, par. 172.

¹⁴⁵ Ivi, paragrafi 173-174 e 176.

¹⁴⁶ E.J. CRIDDLE, E. FOX-DECENT, *Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, 39 ss.; D. KOCHENOV, P. BARD, *The Last Soldier Standing? Courts vs. Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU*, in *The European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, 243 ss.

¹⁴⁷ A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 241 ss.; N. LAZZERINI, *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia sull'indipendenza dei*

corpus giurisprudenziale della Corte di giustizia, inaugurato dal caso *Associação Sindical* nel quale la Corte ha spostato l'attenzione dalla dimensione di diritto umano individuale (al giusto processo ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) alla prospettiva di una verifica di conformità generalizzata di misure interne riguardanti la giustizia, anche quando queste non ricadano affatto in materie di competenza dell'Unione e neppure costituiscano attuazione del diritto UE: assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, secondo quanto prescrive l'art. 19 TUE, è componente irrinunciabile dell'attuazione dei valori dello Stato di diritto, ex art. 2 TUE, integrante uno dei principi generali fondanti l'intero diritto dell'Unione¹⁴⁸. E siccome i giudici interni costituiscono il potere giudiziario diffuso chiamato ad attuare il diritto dell'Unione e a verificarne il rispetto, un potere giudiziario siffatto, ove non fosse indipendente, minerebbe, anche solo potenzialmente, il combinato disposto degli articoli 2 e 19 TUE¹⁴⁹. Indicazione, questa, del tutto sovrapponibile al richiamo operato dalla stessa Corte di Strasburgo al principio di sussidiarietà tra Corte e giudici interni nella tutela dei diritti umani¹⁵⁰.

Il precedente portoghese ha ricevuto importanti conferme e approfondimenti, com'è noto, non soltanto nelle diverse pronunce a vario titolo emesse dalla Corte di giustizia con riguardo alla situazione specifica e, per certi versi, "eccezionale", dell'indipendenza del potere giudiziario in Polonia¹⁵¹, ma anche in occasione di episodi più circoscritti, come nei casi riguardanti Malta¹⁵² e la Romania¹⁵³. Questa ricostruzione

giudici nazionali, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 171 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, 10 ss.; L. MONTANARI, *Il rispetto del principio di rule of law come sfida per il futuro dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2020, 75 ss.; I. JELIĆ, D. KAPETANAKIS, *op. cit.*; M. VILARAS, *The Rule of Law Milestone: Upholding Judicial Independence in the Member States under Union*, in I. MOTOC, L. BRANKO, M. TSIRLI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, R. SPANO (eds.), *op. cit.*, 709 ss.

¹⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*.

¹⁴⁹ Ivi, paragrafi 30-38.

¹⁵⁰ V. *supra*, nota 4.

¹⁵¹ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A. K. c. Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO c. Sąd Najwyższy*, punto 120; sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. contro Krajowa Rada Sądownictwa e a.* Si veda anche V. KRAJEWSKI, M. ZIOLKOWSKI, *EU Judicial Independence Decentralized: A.K.*, in *Common Market Law Review*, 2020, 57 ss. Rileva anche la pertinente giurisprudenza della Corte sul mandato d'arresto europeo: da ultimo sentenza del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 e C-563/21, *Openbaar Ministerie*.

¹⁵² Corte di giustizia, sentenza del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika v. Il-Prim Ministru (Malta)*.

sistematica ha trovato solido fondamento nel richiamo all'importanza, in uno Stato di diritto, di preservare la fiducia pubblica nel potere giudiziario, che è alla base, come abbiamo visto, della prassi internazionale sul principio di indipendenza del giudice. Il richiamo approfondito a quest'ultima e, in particolare, alla giurisprudenza della Corte EDU, è stato centrale ai fini dell'affermazione dell'Avvocato generale Tanchev nel caso *Commission v. Poland (Supreme Court)* secondo cui negli Stati membri dell'UE si è formato un «normative consensus» sulla salvaguardia dell'indipendenza del giudice nel contesto del rispetto della *rule of law* e dei diritti umani¹⁵⁴. L'indipendenza del giudice, che concretizza il principio generale che vuole che l'Unione conformi la propria azione ai valori dello Stato di diritto, diventa così un tema direttamente “giustiziabile”, non solo in un'eventuale procedura d'infrazione¹⁵⁵, ma anche, e soprattutto, per mezzo di rinvii pregiudiziali disposti proprio nell'ambito di procedimenti interni promossi da singoli giudici o associazioni giudiziarie a tutela della giurisdizione effettiva, che è tale se e in quanto resti realmente indipendente¹⁵⁶.

Per quanto riguarda, più in particolare, le norme che regolamentano il regime disciplinare dei giudici nazionali, il requisito dell'indipendenza impone, secondo la giurisprudenza ormai costante della Corte di giustizia (giunta all'utilizzo di penetranti misure cautelari nei confronti della Polonia¹⁵⁷), che tale regime presenti le garanzie necessarie per evitare

¹⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” e al.* Nel caso rumeno, la Corte ha chiaramente inibito agli Stati membri di adottare normative interne che rappresentino una regressione nella difesa del principio di indipendenza dei giudici: cfr. in specie punti 196-200 e, sull'effetto intimidatorio, punto 199.

¹⁵⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale E. Tanchev nella causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, presentate l'11 aprile 2019, par. 71 s. (la sentenza della Grande Sezione è del 24 giugno 2019).

¹⁵⁵ P.M. RODRIGUEZ, *Poland before the Court of Justice: Limitless or Limited Case Law on Art. 19 TEU?*, in *European Papers*, 2020, 331 ss.

¹⁵⁶ Corte di giustizia, *A.B.*, cit., punto 96, nonché, specificamente, i punti 129-130; è comunque sempre necessario che, in coerenza con la natura del rinvio pregiudiziale, la questione del rispetto dell'art. 19 TUE abbia diretta rilevanza per la soluzione della controversia in concreto pendente davanti al giudice del rinvio: la Corte lo ha chiarito proprio in occasione di alcuni rinvii pregiudiziali da parte di due tribunali polacchi contro il nuovo regime disciplinare riguardante i giudici interni, dichiarati irricevibili dalla Corte (sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz c. Skarb Państwa*, punto 47). Sul punto, si vedano I. JELIĆ, D. KAPETANAKIS, *op. cit.*, 61.

¹⁵⁷ Con riferimento al nuovo regime disciplinare dei giudici polacchi, la Corte è giunta a sospendere il funzionamento della Camera disciplinare, sul presupposto della superiore rilevanza dell'interesse generale dell'UE al funzionamento del proprio ordine giuridico: ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19R, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges, order)*, spec. punti 91-93, su cui si veda G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni*

qualsiasi rischio di suo utilizzo con finalità di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie: tipicità di illeciti e sanzioni, organo disciplinare indipendente, giusto procedimento disciplinare e possibilità di revisione giudiziale della sanzione¹⁵⁸. Si tratta, come si vede, delle garanzie minime uniformemente elaborate tanto nella prassi delle istituzioni internazionali quanto nella casistica giurisprudenziale delle corti a tutela dei diritti umani che abbiamo esaminato nei paragrafi precedenti. L'elemento aggiuntivo apportato dalla Corte di giustizia riguarda il disancoramento della tutela del principio di indipendenza del potere giudiziario dal campo dei diritti umani del singolo giudice: a prescindere dalla violazione eventualmente subita da questi, infatti, ogni concreta misura che impatti negativamente sull'indipendenza dei giudici può condurre, quanto meno, alla proposizione di un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte.

In questa prospettiva, si assiste al tendenziale superamento della dicotomia che abbiamo visto emergere nella giurisprudenza delle corti internazionali tra l'indipendenza come contenuto di un diritto umano del singolo giudice e l'indipendenza come garanzia "oggettiva" dello Stato di diritto. Infatti, ogni volta che, nello spazio giuridico europeo, dovesse registrarsi un arretramento del principio di indipendenza del potere giudiziario, saranno proprio i giudici a poterne rilevare la violazione, non soltanto come giudici *a quo*, ma anche come parti interessate direttamente legittimate a proporre questo tipo di controversia¹⁵⁹: in questi termini, l'indipendenza del potere giudiziario assurge a principio generale dell'ordinamento giuridico europeo capace di essere tutelato in concreto da coloro che a quel potere appartengano, i quali in tal modo divengono titolari non solo e non tanto di un diritto soggettivo, quanto di un interesse diffuso alla tutela dello Stato di diritto¹⁶⁰.

disciplinari lesive dello Stato di diritto, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 249 ss. Si confronti, per un esame sistematico dei casi polacchi decisi dalla Corte di giustizia in relazione al regime disciplinare dei giudici, L.D. SPIEKER, *The Conflict Over the Polish Disciplinary Regime for Judges – An Acid Test for Judicial Independence, Union Values and the Primacy of EU Law: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, 2022, 777 ss.

¹⁵⁸ Corte di giustizia, *Commissione c. Polonia*, cit., punto 77, nonché sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*, punto 114.

¹⁵⁹ Il potere-dovere di disapplicazione è stato chiaramente riconosciuto dalla Corte di giustizia nel caso *A.B.*, cit., punti 140, 146, 148-150 e 156, anche quando la norma interna in contrasto con l'art. 19 TUE abbia origine costituzionale.

¹⁶⁰ Ci sembrano muoversi in un'analogia direzione ricostruttiva I. JELIĆ, D. KAPETANAKIS, *op. cit.*, 57, e V. ROEBEN, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 29 ss.

ABSTRACT

*The Independence of Judges and Disciplinary Proceedings
Between Human Rights and Rule of Law*

The principle of independence of national judges is essential in order to comply with domestic rule of law. At the same time, according to international human rights law the right to a fair trial primarily requires such an independence. Disciplinary proceedings against national judges may jeopardize judicial independence. The recent case-law by both the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights brings to the surface that the principle of independence is enjoying an effective protection through claims directly submitted by national judges. These claims usually concern alleged violations of: a) fairness in disciplinary proceedings, b) respect for private life and c) freedom of association and thought. However, the emerging right of the single judge to his/her independence is far from being uncontested. In the troubled framework of the rule of law crisis within the EU, the Court of Justice approach to the principle of independence has focused on the rule of law as a foundational value more than on the human rights law perspective. Convergence of these legal paths leads to strengthen the principle of judicial independence – an important purpose in times of worldwide criticism.

L'APPLICABILITÀ EXTRATERRITORIALE DEGLI OBBLIGHI POSITIVI IN MATERIA DI DIRITTI UMANI: IL RIMPATRIO DEI FAMILIARI DEI *FOREIGN FIGHTERS* FRANCESI

ANNA FAZZINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza *H.F. e al. c. Francia* della Corte di Strasburgo *vis-à-vis* la decisione *L.H. e al. c. Francia* del Comitato ONU per i diritti del fanciullo. – 3. Il “pomo della discordia”: la questione della giurisdizione. – 4. L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi secondo l'approccio *funzionale*. – 5. Conclusioni.

1. Nella sentenza *H.F. e altri c. Francia*¹ del 14 settembre 2022, la Corte europea dei diritti umani (d'ora in poi Corte Edu) si è espressa in merito alla questione del rimpatrio dei minori francesi, figli di *foreign fighters*, e delle loro madri, soggetti a detenzione nei campi del Kurdistan siriano. La Corte non ha riconosciuto l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi in capo alla Francia ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)², ma ha affermato, sulla base delle specifiche circostanze del caso, l'esistenza di un nesso giurisdizionale in merito alla doglianza di cui all'art. 3, par. 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU (diritto di entrare nel proprio Paese)³. Al riguardo, ha riconosciuto la violazione della disposizione nel merito, soltanto in relazione alla mancanza di adeguate garanzie procedurali contro l'arbitrarietà nell'esame delle richieste di rientro nel territorio nazionale. Ha quindi negato, di fatto, l'esistenza di un obbligo sostanziale di rimpatrio in capo alla Francia nei confronti degli interessati.

¹ Corte Edu [GC], sentenza del 14 settembre 2022, ricorsi n. 24384/19 e 44234/20, *H.F. e altri c. Francia*.

² Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

³ Si noti che si tratta del primo caso in cui la Corte ha avuto modo di approfondire la portata di questa disposizione, vedi A. PIJENBURG, *HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers*, in *EJIL: Talk!*, 14 ottobre 2022, www.ejiltalk.org; in questo contributo, tuttavia, ci si soffermerà in particolare sulle questioni relative alla giurisdizione extraterritoriale.

Tali risultanze contrastano con l'orientamento assunto dal Comitato ONU sui diritti del fanciullo, che, nella decisione *L.H. e altri c. Francia* del settembre 2020 (cui segue *F.B. e altri c. Francia* del febbraio 2021)⁴, analoga ai fatti della sentenza succitata, ha affermato la giurisdizione francese in relazione alle doglianze lamentate. Nel merito, il Comitato ha poi riscontrato la violazione dell'art. 3 (interesse superiore del fanciullo), dell'art. 6, par. 1 (diritto alla vita), e dell'art. 37, lett. a (divieto di tortura), della Convenzione sui diritti del fanciullo e ritenuto che la Francia dovesse rimpatriare i minori francesi⁵.

Pertanto, nella sentenza *H.F.* la Corte di Strasburgo conferma il proprio approccio restrittivo in materia di giurisdizione extraterritoriale⁶. Secondo quest'ultimo, com'è noto, essa sussiste soltanto in via eccezionale, quando cioè lo Stato esercita un «effective control» sul territorio (paradigma spaziale) e «authority and control» sull'individuo (paradigma personale)⁷. Allo stesso tempo, però, si pone anche in linea con la recente tendenza a riconoscere, in casi specifici, l'applicabilità extraterritoriale di alcuni obblighi positivi, ma solo di natura procedurale,

⁴ Comitato ONU per i diritti del fanciullo, decisione sull'ammissibilità 30 settembre 2020, *L.H. e altri c. Francia*, comunicazioni nn. 79/2019 e 109/2019; nella decisione successiva, *F.B. e altri c. Francia* del 4 febbraio 2021, comunicazione n. 77/2019, il Comitato ha avuto il medesimo approccio. Di seguito, per ragioni pratiche, ci riferiremo soltanto alla prima decisione.

⁵ Si vedano le osservazioni conclusive depositate il 23 febbraio 2022, CRC/C/89/D/77/2019, CRC/C/89/D/79/2019, CRC/C/89/D/109/2019.

⁶ Sulla nozione di giurisdizione ai sensi della CEDU vedi *ex multis* G. GAJA, *Article 1*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo*, Padova 2001, 28; P. DE SENA, *La Nozione di Giurisdizione Statale nei Trattati sui Diritti dell'Uomo*, Torino, 2002; ID., *The Notion of Contracting Parties' Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR: Some marginal remarks on Nigro's Paper*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2010, 75 ss.; R.A. LAWSON, *Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M.T. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, 2004, 86; M. O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on "life after Bankovic"*, *ivi*, 125; E. LAGRANGE, *L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, 521 ss.; R. NIGRO, *The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extra-Territorial Application of the European Convention of Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2010, 11 ss.; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011; R. SAPIENZA, *Article 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 13 ss.; S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 1086 ss.; nonché ID., *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani*, *ivi*, 2021, 647.

⁷ Corte Edu [GC], sentenza del 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, *Al-Skeini et al. c. Regno Unito*, par. 137 s.

secondo l'approccio delle *special features*⁸. Così facendo, da una parte sembra voler superare la mera attenzione ai paradigmi tradizionali, dall'altra si mostra restia ad accogliere pienamente una nozione *funzionale* di giurisdizione, allontanandosi, quindi, dall'orientamento assunto non solo dal Comitato ONU sui diritti del fanciullo, ma anche da altri organi di controllo dei trattati sui diritti umani (come il Comitato ONU dei diritti umani)⁹. Infatti, i recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale evidenziano la tendenza a riconoscere un ampliamento dell'applicabilità extraterritoriale degli obblighi in materia di diritti umani alla luce della capacità dello Stato di *incidere* sull'effettivo godimento degli stessi, secondo un approccio definito, per l'appunto, "funzionale"¹⁰ e conosciuto anche come «control over rights' doctrine»¹¹.

La questione, dunque, solleva importanti interrogativi, in merito alla possibile "frammentazione" della giurisprudenza internazionale, e alla coerenza del diritto. Un punto è, inoltre, se quest'ultima debba essere assicurata anche in presenza di trattati diversi, i cui organismi di controllo hanno competenze e poteri differenti¹². Se così non fosse, bisognerebbe interrogarsi sulle ricadute giuridiche e pratiche che approcci interpretativi anche molto difforni potrebbero avere sulla tutela effettiva dei diritti umani. In questo contributo si vogliono esprimere delle considerazioni sul tema, discutendo in particolare della sentenza *H.F* e confrontandola con la decisione del Comitato ONU sui "minori francesi in Siria". In particolare, ci si soffermerà sugli aspetti relativi all'applicabilità

⁸ L'approccio delle *special features* è già stato introdotto nel caso *Güzelyurtlu*, in relazione agli obblighi procedurali di indagine ai sensi dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita), vedi *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia* [GC], sentenza del 29 gennaio 2019, ric. n. 36925/07.

⁹ Ci si riferisce in particolare agli orientamenti assunti dalla Corte interamericana dei diritti umani con il parere n. 23/2017 in materia di protezione ambientale e dal Comitato ONU per i diritti umani, con il Commento generale n. 36 del 2018 sul diritto alla vita; in proposito si rinvia al par. 3 di questo contributo.

¹⁰ Per una prima concettualizzazione dell'approccio funzionale della giurisdizione si veda in particolare P. DE SENA, *La Nozione di Giurisdizione Statale*, cit.; si noti, tuttavia, che in dottrina sono state elaborate diverse nozioni di giurisdizione "funzionale": per un'interpretazione di principio della nozione, basata sull'esercizio statale di *poteri pubblici*, vedi V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, 2020, 385 ss.; si veda, inoltre, applicato al diritto del mare, M. GAVOUNELI, *Functional Jurisdiction in The Law of the Sea*, Leiden, 2007.

¹¹ A. BERKES, *A New Extraterritorial Jurisdiction Recognized by the IACtHR*, in *EJIL: Talk!*, 28 marzo 2018, www.ejiltalk.org.

¹² In particolare, le sentenze della Corte Edu, organo giurisdizionale volto ad assicurare il rispetto di un trattato a carattere regionale (la CEDU), hanno effetti vincolanti per gli Stati parte, al contrario dei pareri dei Comitati ONU per i diritti umani e sui diritti del fanciullo, che si qualificano come organismi quasi-giudiziali, responsabili della supervisione di trattati a carattere universale.

extraterritoriale degli obblighi positivi di prevenzione e protezione, oggetto di entrambe le pronunce, nonché sulle difficoltà proprie della definizione di nozione di giurisdizione “funzionale”, ancora in via di consolidamento.

2. I fatti alla base della sentenza *H.F.* s’inseriscono nella più ampia vicenda relativa alle migliaia di persone di diverse nazionalità (ex-combattenti del Daesh, ma anche loro familiari), che, a seguito della dissoluzione dello Stato Islamico dell’Iraq e del Levante (ISIS), sono stati detenuti dalle Forze democratiche siriane (SDF) nei campi del nord-est della Siria¹³. I campi in questione versano notoriamente in condizioni disumane, per via di situazioni di violenza diffusa, abusi sessuali, mancanza di accesso a cibo, acqua e assistenza sanitaria di base¹⁴. Per questi motivi, in un primo momento, alcuni Paesi europei, come Germania, Belgio e Francia, avevano iniziato a rimpatriare i familiari dei *foreign fighters*, al fine di sottrarli a tali trattamenti inumani e degradanti e contrastare il rischio di radicalizzazione. Successivamente, tuttavia, gli

¹³ Sul caso vedi A. PIJENBURG, *op. cit.*; G. MINERVINI, *H.F. and others v. France: Has the time finally come to rethink extraterritorial jurisdiction?*, in *ADiM Blog*, novembre 2022, www.adimblog.com; le Forze democratiche siriane (SDF) operano come braccio armato dell’ “Amministrazione Autonoma della Siria del Nord-Est” (ANEES), costituitasi nel 2018, e naturale prosecuzione della “Amministrazione autonoma democratica del Rojava”, nata nel 2014. Il Kurdistan siriano è una ragione di fatto autonoma dal 2013 con una propria amministrazione; a partire dal 2014, in particolare, l’autorità politica e amministrativa curda si è gradualmente estesa a tutto il nord-est della Siria con la ritirata di Daesh (come ricostruito nella sentenza *H.F. e altri c. Francia*, ai par. 12-15). Il SDF, dunque, è stato riconosciuto dalla Corte Edu come un attore armato non statale, che detiene un controllo *de facto* su un territorio (dunque, vincolato, ad esempio, all’art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto internazionale umanitario, che si applica ai conflitti armati non internazionali, quale è il conflitto siriano, vedi par. 122 della sentenza *H.F.*); anche il Comitato sui diritti del fanciullo ha riconosciuto come i campi fossero sotto il controllo effettivo di un attore non statale (decisione *L.H. e altri c. Francia*, par 9.7); in merito alla discussione sullo status giuridico internazionale dell’amministrazione autonoma regionale curda, si rinvia a L. RADPEY, *Kurdish Regional Self-rule Administration in Syria: A new Model of Statehood and its Status in International Law Compared to the Kurdistan Regional Government (KRG) in Iraq*, in *Japanese Journal of Political Science*, 2016, 468; ID., *Self-Determination and Use of Force in Rojava*, in *Journal of Human Rights and Social Work*, 2021, 327.

¹⁴ Si tratta dei campi di *Al-Hol* e *Roj*, sulla cui situazione si vedano, *inter alia*, le dichiarazioni e i rapporti dell’Ufficio delle Nazioni Unite per gli affari umanitari, *Syria: Humanitarian Response in Al Hol camp, Situation Report No. 3 – As of 1 May 2019*, maggio 2019, www.unocha.org; dell’Organizzazione mondiale della sanità, *WHO statement on mortality in Al Hol camp, Syria*, settembre 2019, www.emro.who.int; i rapporti di RSI (Rights & Security International), *Europe’s Guantanamo: The indefinite detention of European women and children in North East Syria*, novembre 2020, e *Abandoned to Torture: Dehumanising rights violations against children and women in northeast Syria*, ottobre 2021, reperibili su www.rightsandsecurity.org.

Stati europei si sono mostrati sempre più riluttanti a proseguire in tale sforzo, ritenendo che rimpatriare gli ex-combattenti potesse costituire un rischio per la sicurezza e, per quanto riguarda i figli minori, che non fosse opportuno separarli dai genitori¹⁵. In questo contesto, dunque, tra il 2019 e il 2020, sono stati presentati i ricorsi dinanzi alla Corte Edu, ma anche le comunicazioni presso il Comitato ONU per i diritti del fanciullo.

In merito alla sentenza *H.F.*, i familiari dei cittadini francesi detenuti nei campi siriani, dopo aver avviato diversi procedimenti per richiedere il rimpatrio delle figlie e dei nipoti, senza ottenerlo, si erano rivolti alla Corte Edu, lamentando una violazione degli articoli 3 CEDU (tortura e trattamenti inumani e degradanti), 3, par. 2, Prot. n. 4 (diritto ad entrare nel Paese di cittadinanza), 8 CEDU (solo in un caso¹⁶) e dell'art. 13 CEDU in combinato disposto con l'art. 3, par. 2, Prot. n. 4.

Al riguardo, la Corte ha ritenuto opportuno prendere in esame solo gli articoli 3 CEDU e 3, par. 2, Prot. n. 4, considerando, così, di esaurire tutte le questioni sollevate¹⁷. Pertanto, in primo luogo, richiamando i propri principi in materia di giurisdizione, ha ricordato che, oltre ai paradigmi personale e spaziale come elaborati in *Al-Skeini*¹⁸, specifiche circostanze di natura procedurale possono giustificare l'esistenza di un nesso giurisdizionale in relazione ad eventi verificatesi all'estero¹⁹. Il riferimento è, appunto, all'approccio delle *special features*, proprio della giurisprudenza *Güzelyurtlu*, in cui la Corte ha riconosciuto l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi procedurali d'indagine ai sensi dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita) sulla base di specifiche circostanze del caso²⁰.

In secondo luogo, essa ha osservato che, nel caso di specie, la Francia non ha esercitato un controllo effettivo sul territorio della Siria nord-orientale, né autorità e controllo sui familiari dei ricorrenti (e che,

¹⁵ E. RAGAB, *Returning Foreign Terrorists: What Type of Security Challenges Are They Posing?*, IEMed Mediterranean Yearbook 2018.

¹⁶ Nella causa n. 44234/20.

¹⁷ Corte Edu, sentenza *H.F. e altri c. Francia*, cit., par. 153 ss.; in particolare, procedendo all'analisi dell'art. 3 par. 2, Prot. n. 4 anche per quanto riguarda i diritti procedurali degli interessati ed eventuali corrispondenti obblighi procedurali dello Stato nel contesto di un diniego di rimpatrio, ha ritenuto superfluo esaminare separatamente la doglianza relativa alla mancanza di un ricorso effettivo, ai sensi dell'art. 13 CEDU.

¹⁸ Vedi nota 7.

¹⁹ Corte Edu, *H.F. et al. c. Francia*, par. 184 ss.

²⁰ Corte Edu, *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, cit.; lo stesso approccio è stato adottato anche in casi successivi, tra cui *Georgia c. Russia* ([GC], sentenza del 21 gennaio 2021, ric. n. 38263/08) e *Hanan c. Germania* ([GC], sentenza del 16 febbraio 2021, ric. n. 4871/16); su quest'ultimo caso, vedi, *inter alia*, D. STEIGER, *(Not) Investigating Kunduz and (Not) Judging in Strasbourg? Extraterritoriality, Attribution and the Duty to Investigate*, in *EJIL: Talk!*, 25 febbraio 2020, www.ejiltalk.org; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Investigations in Hanan v. Germany; Extraterritorial Assassinations in New Interstate Claim Filed by Ukraine against Russia*, ivi, 26 febbraio 2021.

dunque, alla luce di ciò, non trovano applicazione i modelli spaziale e personale). Inoltre, ha osservato che il mero avvio di procedimenti a livello nazionale non crea un legame giurisdizionale tra lo Stato convenuto e i familiari dei ricorrenti, siano essi le istanze di rimpatrio (come nel caso delle richieste di visto umanitario in *M.N. e altri c. Belgio*²¹) o i procedimenti penali aperti dalle autorità francesi contro le figlie dei ricorrenti²². Nell'esaminare poi ulteriori specifiche circostanze che potrebbero giustificare la sussistenza del legame giurisdizionale, la Corte ha deciso di esaminare la questione in merito all'art. 3 CEDU e all'art. art. 3 par. 2, Prot. n. 4 separatamente.

In riferimento all'art. 3 CEDU, la Corte ha respinto l'argomentazione dei ricorrenti secondo cui la nazionalità francese dei loro familiari costituisce un legame sufficiente con lo Stato per stabilire un legame giurisdizionale²³ e, soprattutto, ha affermato che «France's *operational capacity to repatriate* (...) as a form of control or authority which it has wrongly failed to exercise (...) *does not suffice to constitute a special*

²¹ Si ricorda che, nel caso, la Grande Camera aveva ritenuto inammissibile il ricorso relativo alla richiesta di visti umanitari presentata da cittadini siriani presso l'ambasciata belga in Libano, dichiarando insussistente la giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU (Corte Edu [GC], decisione del 5 maggio 2020, ric. n. 3599/18, *M.N. e altri c. Belgio*); per un commento critico vedi M. BAUMGÄRTEL, *Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, in *Strasbourg Observers*, 7 maggio 2020, strasbourgobservers.com; A. DE LEO, J. RUIZ RAMOS, *Comparing the Inter-American Court opinion on diplomatic asylum applications with M.N. and Others v. Belgium before the ECtHR*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 maggio 2020, eumigrationlawblog.eu; T. GAMMELTOFT-HANSEN, N. F. TAN, *Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement*, ivi, 26 maggio 2020; C. DANISI, *A "formalistic" approach to jurisdiction in the European Court of Human Rights' decision on humanitarian visas: Was another interpretation possible?*, in *SIDIBlog*, 27 maggio 2020, www.sidiblog.org; A. LIGUORI, *Two Courts but a similar Outcome – no Humanitarian Visa*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (eds.), *Migration and Asylum Policies Systems Challenges and Perspectives*, Napoli, 2020, 159; A. SCHIAVELLO, M. STARITA, *M.N. e altri c. Belgio: qualche osservazione dissenziente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 555.

²² Ad avviso della Corte, a differenza della causa *Güzelyurtlu* e degli altri casi analoghi, che si riferiscono ad indagini penali avviate dagli Stati convenuti che rientrano nei loro obblighi procedurali ai sensi dell'art. 2 CEDU, nel caso di specie, i procedimenti penali avviati dalla Francia per partecipazione ad associazioni terroristiche contro le figlie dei ricorrenti non hanno attinenza con le violazioni oggetto di ricorso dinanzi alla Corte Edu. In merito, essa prende atto anche del fatto che un'interpretazione diversa sul punto dissuaderebbe gli Stati dall'avvio di indagini, sulla base del loro diritto interno o degli obblighi internazionali, nei confronti di persone coinvolte in atti di terrorismo. Ciò implicherebbe, infatti, solo su tale base, dover loro garantire i diritti della Convenzione anche se non si trovano sotto il loro effettivo controllo (par. 193 ss.).

²³ In questo senso, concorda con il Comitato per i diritti del fanciullo, che non ha considerato la nazionalità come elemento che giustifica *di per sé* l'esistenza della giurisdizione (il punto verrà ripreso successivamente).

feature capable of triggering an extraterritorial jurisdictional link». Pertanto, ad avviso della Grande Camera, non si può sostenere che «the French State's refusal to intervene constitutes an omission which provides a basis for the exercise of its jurisdiction in respect of the complaint under Article 3 of the Convention»²⁴. A tal proposito, la Corte ha specificato, inoltre, che il solo fatto che le decisioni statali abbiano avuto un "impatto" sulla situazione dei familiari dei ricorrenti non giustifica l'esercizio della giurisdizione e che né il diritto interno né quello internazionale impongono agli Stati di agire per conto dei propri cittadini e rimpatriarli (si ricorda, in più, che la CEDU non garantisce il diritto alla protezione diplomatica e consolare). Infine, pur considerando che la situazione in questione non rientra negli scenari classici di protezione diplomatica e consolare, ad avviso della Corte, né la circostanza per cui la Francia fosse la sola in grado di fornire assistenza, né la disponibilità al rimpatrio da parte delle autorità locali (che comunque porrebbe la Francia nella condizione di negoziare con loro le condizioni del rimpatrio)²⁵ possono giustificare l'esistenza della giurisdizione statale.

Queste specifiche circostanze, tuttavia, sono state di seguito considerate idonee ad affermare il legame giurisdizionale in relazione all'art. 3, par. 2, Prot. n. 4. In relazione a quest'ultima doglianza, infatti, la Corte ha affermato la necessità di considerare «the existence of a risk to the life and physical well-being of the applicants' family members, in particular their grandchildren»²⁶, dovuta alla condizione precaria dei campi, incompatibile con la tutela della dignità umana e il divieto di trattamenti degradanti. In proposito, dunque, la Corte ha evidenziato una serie di *special features* proprie del caso: l'eccezionalità della situazione dei campi in Siria, controllati da un gruppo armato non statale supportato da una coalizione di Stati (tra cui la Francia), che va dunque distinta dai classici casi di protezione diplomatica o consolare e dai meccanismi di cooperazione penale come l'extradizione, poiché rasenta una condizione di vuoto giuridico; l'obbligo della Francia ai sensi dell'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra di impegnarsi a che le autorità locali garantiscano il diritto internazionale umanitario; l'esistenza di una serie di richieste di rimpatrio allo Stato francese, nonché la disponibilità da parte delle autorità curde a cooperare a tal fine²⁷.

²⁴ Corte Edu, *H.F. et al. c. Francia*, par. 199 ; il corsivo è nostro.

²⁵ Riguardo alla disponibilità delle autorità locali al rimpatrio si veda la dichiarazione dell'AANES del 18 marzo 2021, riportata al par. 29 della sentenza *H.F.*

²⁶ Corte Edu, *H.F. et al. c. Francia*, par. 271.

²⁷ *Ivi*, par. 264 ss.

Ad ogni modo, la Corte non ha dedotto dall'analisi della norma in questione un obbligo generale di rimpatrio a favore di cittadini che si trovano all'estero, ma solo alcuni obblighi positivi di carattere procedurale che hanno il fine di garantire che il diritto di entrare nel proprio Paese sia pratico ed effettivo (come, ad esempio, il dovere rilasciare i documenti di viaggio per consentire l'attraversamento della frontiera). Alla luce di ciò, essa ha ritenuto di doversi limitare a verificare che siano state rispettate adeguate garanzie contro l'arbitrarietà nell'esame delle domande di rimpatrio. Nel merito, dunque, ha concluso per la violazione dell'art. 3 par. 2 del Prot. n. 4, poiché ha rilevato che nella vicenda in oggetto era mancata una decisione formale riguardo al diniego del rimpatrio ed era stato impossibile contestare i motivi adottati dalle autorità dinanzi ai tribunali nazionali²⁸. Tuttavia, è chiaro che, in assenza di un obbligo sostanziale di rimpatrio, la sentenza non assicura ai parenti dei ricorrenti una via d'uscita dai campi siriani, poiché un nuovo esame delle richieste di rimpatrio, con adeguate garanzie procedurali, potrebbe non condurre ad un esito diverso²⁹.

Come già affermato, l'approccio seguito dalla Corte Edu nella sentenza *H.F.* differisce invece sensibilmente da quello utilizzato dal Comitato sui diritti del fanciullo nella decisione *L.H.* Riguardo a quest'ultima³⁰, i ricorrenti avevano lamentato la violazione dei diritti dei loro nipoti detenuti in Siria, ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo, quali il diritto alla vita e quello a non essere sottoposti a torture e trattamenti inumani e degradanti, determinata dal mancato rimpatrio degli stessi da parte della Francia³¹. Nella decisione di ammissibilità, il Comitato ha ritenuto che sebbene le autorità francesi non esercitassero

²⁸ Ivi, par. 277 ss.; i tribunali nazionali, infatti, si erano dichiarati incompetenti ad esaminare le loro situazioni, poiché si trattava di atti che non potevano essere disgiunti dalla gestione delle relazioni internazionali della Francia.

²⁹ Si segnala in proposito l'opinione concorrente dei giudici Pavli e Schembri Orland, i quali sostengono che, limitandosi a questa verifica di carattere procedurale, «the Court has fallen short of establishing the State's substantive obligations to protect its own under-age nationals by taking good faith measures to secure the termination of their situation of *de facto* exile» (par. 5); *contra* le opinioni dei giudici parzialmente dissenzienti Yudkivska, Wojtyczek e Roosma, secondo cui invece la maggioranza si è spinta troppo in là nel riscontrare una violazione dell'art. 3, par. 2, Prot. n. 4.

³⁰ Sulla decisione vedi M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, in *EJIL: Talk!*, 10 novembre 2020, www.ejiltalk.org; H. DUFFY, *Communications No 79/2019 and 109/2019 L.H. et al. v. France and 77/2019 F.B. et al. v. France, case note 2021/3*, in *Leiden children's rights Observatory*, 2021, www.childrensrightsobservatory.nl; L. RAIBLE, *Extraterritoriality between rock and hard place*, in *Questions of International Law*, 30 giugno 2021, www.qil-qdi.org.

³¹ Nello specifico, i ricorrenti hanno lamentato la violazione degli articoli 2, 3, 6, 20, 24 e 37 della Convenzione.

alcun controllo effettivo sui campi di detenzione (detenuto invece dalle autorità curde), esse avessero comunque «*the capability and the power to protect the rights of the children in question*»³². Partendo dalla premessa secondo cui uno Stato eserciti giurisdizione «in respect of acts that are performed, or produce effects, outside its national borders»³³, il Comitato ha fatto emergere i fattori che a suo avviso giustificano tale “capability and power” e che fondano dunque il nesso giurisdizionale. Tra le “considerazioni rilevanti” sono stati infatti evidenziati i seguenti aspetti: il fatto che i minori in questione erano in possesso della cittadinanza francese; la disponibilità delle autorità curde a rimpatriare i minori in Francia; la necessità di considerare la condizione di vulnerabilità dei minori e quindi di agire in ragione del “best interest of the child”; l’esistenza di un rischio imminente di danno irreparabile. Nel merito, dunque, come già anticipato, il Comitato ha ritenuto che la Francia avesse violato l’art. 3 (interesse superiore del fanciullo), l’art. 6, par. 1 (diritto alla vita) e l’art. 37, lett. a (divieto di tortura) della Convenzione e che fosse suo dovere rimpatriare i bambini francesi detenuti nei campi siriani³⁴.

3. Nella decisione sui *minori francesi in Siria*, il Comitato ONU adotta una nozione molto ampia di giurisdizione extraterritoriale secondo un approccio “funzionale”, per di più nel difficoltoso contesto dell’applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi. La Corte di Strasburgo, invece, rifiuta una nozione di giurisdizione definita prevalentemente dal criterio dell’«impatto»³⁵ (o anche del «capability and power»³⁶) della condotta omissiva francese sull’effettivo godimento del diritto delle vittime ai sensi dell’art. 3 CEDU. Come affermato dalla stessa Corte di Strasburgo «*France’s operational capacity to repatriate (...) does not suffice to constitute a special feature capable of triggering an extraterritorial jurisdictional link*»³⁷. La stessa “capacità”, però, considerando le medesime circostanze del caso, è stata ritenuta sufficiente dal Comitato ONU.

³² Comitato per i diritti del fanciullo, decisione *L.H. e altri c. Francia*, par. 9.7; il corsivo è nostro.

³³ Ivi, par. 9.6; il corsivo è nostro.

³⁴ Vedi par. 6.9-6.11 delle osservazioni conclusive (nota 5).

³⁵ Trattano di “*functional-impact model*” e “*capacity-impact model*” rispettivamente M. GIUFFRÉ, *A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights*, in *Questions of International Law*, 30 giugno 2021, www.qil-qdi.org, e A. OLLINO, *The ‘capacity-impact’ model of jurisdiction and its implications for States’ positive human rights obligations*, ivi, 31 marzo 2022.

³⁶ S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale*, cit.

³⁷ Corte Edu, *H.F. et al. c. Francia*, par. 199; il corsivo è nostro.

L'approccio della Corte di Strasburgo, in effetti, non meraviglia, considerando la sua posizione restrittiva in materia, che tuttavia non è esente da contraddizioni e incertezze. Recenti pronunce della Corte di Strasburgo hanno infatti confermato l'approccio restrittivo assunto già con il controverso caso *Banković*³⁸, relativo al bombardamento aereo contro la Repubblica Federale di Jugoslavia nell'ambito delle operazioni militari NATO. Com'è noto, infatti, in quel caso, la Corte Edu aveva negato che la giurisdizione statale ai sensi della CEDU potesse dipendere da un nesso "causa-effetto", perché ciò avrebbe significato che «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State»³⁹. Questa posizione è stata confermata nella recente sentenza *Georgia c. Russia*⁴⁰, relativa alle ostilità verificatesi tra i due Stati nel 2008. Nel caso di specie, la Corte non ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Russia in merito alle presunte violazioni dell'art. 2 CEDU, sotto il profilo sostanziale, avvenute durante la fase attiva del conflitto, poiché, basandosi sui soli paradigmi tradizionali di giurisdizione, ha sostenuto che «the very reality of armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos means that there is no control over an area»⁴¹.

Allo stesso tempo, però, questa posizione stride con i casi in cui la Corte sembra aver riconosciuto la sussistenza della giurisdizione proprio sulla base di un test di "causa-effetto": si tratta dei casi relativi alle

³⁸ Corte Edu [GC], decisione del 12 dicembre 2001, ric. n. 52207/99, *Banković et al. c. Belgio et al.*

³⁹ Ivi, par. 75.

⁴⁰ Corte Edu, *Georgia c. Russia (II)*, cit.; vedi, *inter alia*, M. MILANOVIC, *Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Banković in the Contexts of Chaos*, in *EJIL: Talk!*, 25 gennaio 2021, www.ejiltalk.org; K. DZEHTSIAROU, *The Judgement of Solomon that went wrong: Georgia v. Russia (II) by the European Court of Human Rights*, in *Völkerrechtsblog*, 26 gennaio 2021, voelkerrechtsblog.org; G. GAVRON, P. LEACH, *Damage control after Georgia v Russia (II) – holding states responsible for human rights violations during armed conflict*, in *Strasbourg Observers*, 8 febbraio 2021, strasbourgothers.com.

⁴¹ Corte Edu, *Georgia c. Russia (II)*, par. 126 (il corsivo è nostro); nel caso di specie, la Corte ha ritenuto la Russia responsabile di numerose violazioni dei diritti umani avvenute nella fase di occupazione e cessazione delle ostilità (alla luce del paradigma spaziale di giurisdizione), ma, molto discutibilmente, non ha preso in considerazione le presunte violazioni dell'art. 2 CEDU avvenute durante la fase attiva del conflitto, immediatamente precedente (in questo caso, ha riconosciuto la giurisdizione russa solo in relazione alla detenzione degli individui sulla base del paradigma personale e in relazione agli obblighi procedurali ai sensi dell'art. 2 CEDU, in base all'approccio delle *special features*); al riguardo, è stato dunque sostenuto che la Corte Edu abbia operato una distinzione arbitraria, finalizzata ad evitare di estendere l'applicabilità della CEDU ai contesti di conflitto armato (M. MILANOVIC, *Georgia v. Russia No. 2*, cit.).

sparatorie ravvicinate, che riguardano «*isolated and specific acts involving an element of proximity*»⁴²; nonché della recente sentenza *Carter c. Russia*⁴³, relativa agli omicidi extraterritoriali precedentemente orchestrati, in cui la Corte, con un'interpretazione singolare della nozione di “prossimità”, ha qualificato la condotta omicidiaria posta in essere dalla Russia come l'equivalente dell'esercizio di «*physical power and control over his life in a situation of proximate targeting*»⁴⁴.

Con riguardo invece agli obblighi positivi, si è già accennato alla “timida” apertura della Corte in materia di applicabilità extraterritoriale degli obblighi procedurali d'indagine ai sensi dell'art. 2 CEDU, secondo l'approccio delle *special features*. È sulla base di quest'ultimo, che, nella sentenza *Georgia c. Russia*, la Grande Camera, se da una parte non ha accertato la violazione dell'art. 2 nel suo profilo sostanziale, dall'altra ha riconosciuto la violazione dell'obbligo della Russia di indagare sull'impiego illecito della forza letale, con riguardo anche alla fase attiva del conflitto⁴⁵. Tali risultanze generano, in effetti, molteplici perplessità.

⁴² Corte Edu, *Georgia c. Russia (II)*, par. 132 (il corsivo è nostro); si vedano ad esempio i casi *PAD et al. c. Turchia* (decisione del 28 giugno 2007, ric. n. 60167/00); *Andreou c. Turchia* (sentenza del 27 ottobre 2009, ric. n. 45653/99); *Jaloud c. Paesi Bassi* ([GC], sentenza del 20 novembre 2014, ric. 47708/08).

⁴³ Corte Edu, sentenza del 21 settembre 2021, ric. 20914/07, *Carter c. Russia*; vedi M. MILANOVIC, *European Court finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko*, in *EJIL: Talk!*, 23 settembre 2021, www.ejiltalk.org.

⁴⁴ Corte Edu, *Carter c. Russia*, par. 161 (il corsivo è nostro); è da notare, in questo caso, non solo la particolare interpretazione del concetto di prossimità, ma anche l'espressione utilizzata dalla Corte, che parla di «*physical power and control over life*», in un modo che ricorda molto l'approccio funzionale del Commento generale n. 36 del Comitato per i diritti umani, seppur questo non venga mai citato (sul punto vedi *infra*); alla luce di queste considerazioni, è stato giustamente affermato che nel caso la Corte Edu ha di fatto adottato un approccio funzionale della giurisdizione (M. MILANOVIC, *European Court finds Russia*, cit.).

⁴⁵ Nel giungere a questa conclusione, la Corte rileva una serie di *special features*: il fatto che, riguardo alle accuse di aver commesso crimini di guerra durante le ostilità, la Russia aveva l'obbligo di indagare questi eventi ai sensi del diritto internazionale umanitario e del diritto interno e che le autorità russe avevano già adottato provvedimenti in tal senso; il fatto che, sebbene gli eventi accaduti durante la fase delle ostilità non rientrassero nella sua giurisdizione, la Russia aveva istituito un controllo effettivo sul territorio immediatamente dopo le ostilità e che i potenziali sospetti si trovavano sul territorio russo, per cui alla Georgia era stato impedito di svolgere un'indagine efficace (Corte Edu, *Georgia c. Russia (II)*, par. 331-332); le valutazioni della Corte sono simili a quelle effettuate negli altri casi analoghi (tra cui *Hanan c. Germania*), e, tra l'altro, le circostanze “speciali” individuate si riscontrano nella maggior parte delle situazioni attinenti all'uso della forza letale oltre i confini territoriali, per cui sembra che la Corte abbia effettivamente affermato che gli Stati hanno l'obbligo positivo ai sensi dell'art. 2 CEDU di indagare su eventuali crimini di guerra anche se non commessi all'interno della giurisdizione dello Stato (M. MILANOVIC, *Extraterritorial Investigations*, cit.); sulla possibilità che l'approccio delle *special features* costituisca una “timida” apertura ad una nozione di funzionale di giurisdizione vedi F. GARELLI, *Il comitato sui diritti umani si pronuncia in materia di giurisdizione extraterritoriale degli stati durante le operazioni SAR*

Gli obblighi procedurali ai sensi dell'art. 2 sono stati introdotti proprio per rendere più efficace il rispetto di quelli sostanziali e realmente effettiva la tutela del diritto alla vita⁴⁶, per cui è quantomeno discutibile che si utilizzino approcci così differenti nell'accertare una loro violazione. Invece, per quanto riguarda l'applicabilità extraterritoriale dell'art. 2 CEDU, nel suo profilo sostanziale e negativo, appare apprezzabile il risultato della sentenza *Carter*, ottenuto sfruttando al massimo una nozione ambigua come quella di "prossimità". Tuttavia, resta alquanto contraddittoria la distinzione operata tra gli atti specifici e isolati caratterizzati da elementi di prossimità, che sono idonei dunque ad innescare il dovere di rispettare il diritto alla vita, e quelli che si verificano in situazioni di conflitto armato, che restano esclusi dall'ambito di applicazione della CEDU⁴⁷.

La Corte, pertanto, se da una parte sembra indirizzata a superare gradualmente i limiti posti dai paradigmi tradizionali, dall'altra si dimostra riluttante ad accogliere con chiarezza un approccio "funzionale" della giurisdizione. Questa tendenza, in conclusione, ci pare confermata anche dalle risultanze della sentenza *H.F.* oggetto d'esame.

Con riguardo invece all'approccio funzionale, nel cui solco si pone la decisione del Comitato sui diritti del fanciullo, si constata l'emergere di una nuova nozione di giurisdizione, che è tuttavia ancora in via di consolidamento. Tra gli sviluppi più importanti in proposito, si possono citare quelli della Corte interamericana dei diritti umani, che, nel parere n. 23 del 2017 in materia di protezione ambientale⁴⁸, ha accolto un nuovo legame giurisdizionale, da affiancarsi ai paradigmi tradizionali. Quest'ultimo sussiste «quando lo Stato di origine esercita un controllo effettivo sulle attività svolte che hanno *causato* il danno e la *conseguente* violazione dei diritti umani»⁴⁹. In particolare, il test elaborato dalla Corte

in alto mare: una possibile reciproca contaminazione interpretativa con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 201.

⁴⁶ Vedi il caso *McCann e altri c. Regno Unito*, ([GC], sentenza del 27 settembre 1995, ric. n. 18984/91), sul punto M. MILANOVIC, *Extraterritorial Investigations*, cit.

⁴⁷ M. MILANOVIC, *European Court finds Russia*, cit.

⁴⁸ Il parere era relativo al progetto di costruzione di un canale interoceano da parte del Nicaragua, che avrebbe potuto causare danni all'ambiente marino, a discapito delle popolazioni della Colombia (Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo n. 23 del 15 novembre 2017, reperibile su www.corteidh.or.cr/index.cfm); sul caso vedi M. FERIA-TINTA, S. MILNES, *The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights*, in *EJIL: Talk!*, 28 febbraio 2018, www.ejiltalk.org; A. BERKES, *op. cit.*; S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale*, cit., che, a partire dalle indicazioni emergenti nel parere della Corte, ha elaborato il suo modello di giurisdizione definito «degli effetti extraterritoriali».

⁴⁹ Corte interamericana dei diritti umani, parere n. 23/17, par. 104 (h); il corsivo è nostro.

consta di due parti: è necessario, in primo luogo, valutare se la condotta (azione o omissione) che è causa della violazione dei diritti fondamentali sia stata effettuata all'interno del territorio dello Stato parte o comunque sotto il suo controllo; in secondo luogo, è necessario verificare l'esistenza di un "nesso di causalità" tra il danno lamentato e tali attività⁵⁰. Sebbene il costrutto sia stato criticato, nella misura in cui non chiarisce con precisione quale debba essere il nesso causale tale da "attivare" la giurisdizione (nonché la soglia minima della gravità delle violazioni dei diritti umani, e la portata dei diritti lesi), si comprende che quest'ultimo deve essere rilevato alla luce dei criteri della prossimità, prevedibilità del danno o danno diretto⁵¹.

Il richiamo a tale approccio e il suo sviluppo sono evidenti poi soprattutto nella prassi del Comitato ONU per i diritti umani. La nozione di giurisdizione funzionale, infatti, viene delineata esplicitamente nel Commento generale n. 36 del 2018 sul diritto alla vita⁵², in cui si afferma che «a State party as an obligation to respect and to ensure the rights under article 6 of all persons (...) subject to its jurisdiction, that is, all persons over whose enjoyment of the right to life it exercises power or effective control»⁵³. Ad avviso di Shany⁵⁴, uno dei maggiori promotori dello sviluppo della nozione presso il Comitato per i diritti umani, l'approccio funzionale così delineato andrebbe limitato sulla base di due criteri chiave⁵⁵: 1) l'"intensità" delle relazioni di potere, che comportano un impatto "significativo", "prevedibile" e "diretto" sull'effettivo godimento del diritto umano; 2) l'individuazione di *special legal relationships*, in base a cui la piena realizzazione di uno specifico diritto viene a dipendere, di fatto, dallo Stato in questione. Sulla base di questi criteri, pertanto, il Commento generale n. 36 chiarisce che la giurisdizione in tal senso sussiste quando le condotte statali interferiscono con il diritto alla vita «in a direct and reasonably foreseeable manner»⁵⁶.

⁵⁰ S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale*, cit., 127-1128.

⁵¹ A. BERKES, *op cit.*

⁵² Comitato per i diritti umani, *General Comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

⁵³ Ivi, par. 63; il corsivo è nostro.

⁵⁴ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 2013, 47; ID., *The Extraterritorial Application of International Human Rights Law*, in *Recueil des Cours*, t. 409, 2020, 9; sul tema si veda anche D. MØGSTER, *Towards Universality: Activities Impacting the Enjoyment of the Right to Life and the Extraterritorial Application of the ICCPR*, in *EJIL: Talk!*, 27 novembre 2018 www.ejiltalk.org.

⁵⁵ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously*, cit., 63 ss.

⁵⁶ Comitato per i diritti umani, *General Comment No. 36*, cit., par. 63; il corsivo è nostro.

Com'è noto, un'applicazione significativa di quanto elaborato nel Commento generale n. 36, si è avuta nelle decisioni relative alla strage di Lampedusa, *A.S. e altri c. Malta*⁵⁷, e *A.S. e altri c. Italia*⁵⁸, relative al naufragio di più di 200 migranti nel mar Mediterraneo nel 2013, che i due Paesi convenuti non hanno provveduto a soccorrere e mettere in salvo⁵⁹. Il Comitato ha ritenuto che i migranti fossero contemporaneamente nella giurisdizione di Malta e Italia, e nel merito ha affermato la responsabilità dell'Italia per la violazione dell'obbligo positivo di proteggere la vita delle persone in mare⁶⁰. In entrambe le decisioni, il Comitato ha ritenuto che gli elementi complessivi del caso, fattuali e giuridici (quali gli obblighi in materia di diritto del mare in capo agli Stati), fossero idonei a comprovare il nesso giurisdizionale. Nel caso della giurisdizione maltese, ciò che si rilevato determinante a tal fine, è stato in particolare la circostanza per cui il naufragio era avvenuto nella zona SAR di Malta e, dunque, in conformità con gli obblighi in materia di diritto del mare⁶¹, lo

⁵⁷ Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 3043/2017 del 27 gennaio 2021, *A.S. e altri c. Malta*, UN Doc. CCPR/C/128/D/3043/2017.

⁵⁸ Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 3042/2017 del 27 gennaio 2021, *A.S. e altri c. Italia*, UN Doc. CCPR/C/130/DR/3042/2017.

⁵⁹ Vedi P. BUSCO, *Not All that Glitters Is Gold: the Human Rights Committee's Test for the Extraterritorial Application of the ICCPR in the Context of Search and Rescue Operations*, in *Opinio Juris*, 2 marzo 2021, opiniojuris.org; P. VELLA DE FREMEAUX, F. ATTARD, *Rescue at Sea and the Establishment of Jurisdiction: New Direction from the Human Rights Committee? Part I*, ivi, 3 marzo 2021; ID., *Rescue at Sea and the Establishment of Jurisdiction: New Direction from the Human Rights Committee? Part II*, ivi; G. CITRONI, *No More Elusion of Responsibility for Rescue Operations at Sea: the Human Rights Committee's Views on the Case A.S., D.L., O.I. and G.D. v. Italy and Malta*, ivi, 9 marzo 2021; M. MILANOVIC, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *EJIL: Talk!*, 16 marzo 2021, www.ejiltalk.org; F. GARELLI, *op. cit.*; G. MINERVINI, *Extraterritorial Jurisdiction before the Human Rights Committee: First Considerations on S.A. and Others v. Italy*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 588; A. FAZZINI, *Recenti sviluppi in materia di giurisdizione extraterritoriale a margine delle decisioni del comitato ONU per i diritti umani, A.S. E al. c. Malta e A.S. E al. c. Italia: quale prospettiva per la Corte di Strasburgo?*, in A. BUFALINI ET AL. (a cura di), *Annuario ADiM 2021*, Napoli, 2022, 210.

⁶⁰ Il ricorso contro Malta è stato poi dichiarato inammissibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne; riguardo all'Italia, dopo aver affermato la sussistenza della giurisdizione, il Comitato ha riconosciuto la violazione degli obblighi di *due diligence* ai sensi dell'art. 6, par. 1, del Patto, non essendo l'Italia riuscita a spiegare in modo convincente perché non ha risposto prontamente alle chiamate di soccorso, perché ha inviato in ritardo la nave *Libra* della propria Marina Militare, quali misure ha adottato per accertarsi che le autorità maltesi stessero effettivamente operando il soccorso, né a confutare le affermazioni secondo cui intercettazioni telefoniche dimostravano che alla nave *Libra* era stato detto di allontanarsi dal luogo del naufragio (Comitato per i diritti umani, *A.S. e altri c. Italia*, cit., par. 8.5).

⁶¹ In particolare, alla luce della Convenzione SAR (International Convention on Maritime Search and Rescue, adottata il 27 aprile 1979, sezione 2.1.9.) e SOLAS (International Convention for the Safety of Life at Sea, adottata il 1° novembre 1974).

Stato era tenuto a provvedere al coordinamento generale delle operazioni di ricerca e soccorso. Alla luce di ciò, il Comitato ha sostenuto «that the State party exercised effective control over the rescue operation, potentially resulting in a *direct and reasonably foreseeable causal relationship* between the States parties' acts and omissions»⁶².

Riguardo alla giurisdizione italiana, le conclusioni sono ancora più interessanti. Infatti, sebbene l'evento non si fosse verificato nella zona SAR dell'Italia, il Comitato ha reputato dirimenti una serie di circostanze idonee a instaurare «*a special relationship of dependency*» tra le autorità italiane e le persone in pericolo. Alla luce di tale relazione, ha affermato che «the individuals on the vessel in distress were *directly* affected by the decisions taken by the Italian authorities in a manner that was reasonably *foreseeable*»⁶³. Tra questi elementi rilevanti, oltre al dovere di cooperazione ai sensi del diritto del mare, il Comitato ha evidenziato le circostanze per cui le autorità italiane avevano risposto inizialmente alla richiesta di soccorso ed erano state più volte chiamate ad intervenire da Malta, nonché la presenza di una nave della Marina Militare italiana in prossimità del luogo del naufragio.

La decisione del Comitato sui diritti del fanciullo sui *minori francesi in Siria* si pone dunque in questo solco⁶⁴. Le critiche che sono state avanzate al riguardo sono simili a quelle rivolte agli altri casi⁶⁵. In particolare, viene osservata l'assenza di un *principled reasoning*, dal

⁶² Comitato per i diritti umani, *A.S. e altri c. Malta*, par. 6.7.; il corsivo è nostro.

⁶³ Ivi, par. 7.8.; il corsivo è nostro.

⁶⁴ In proposito, inoltre, è da segnalare anche la decisione di inammissibilità del Comitato sui diritti del fanciullo nel caso *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, in cui i ricorrenti avevano accusato gli Stati convenuti (oltre all'Argentina, anche Francia, Germania, Brasile e Turchia), di aver contribuito all'aggravarsi della crisi climatica alla base degli estremi eventi naturali che li avevano interessati da vicino, ledendo i loro diritti. Per i ricorrenti, dunque, essi avevano violato il loro diritto alla vita (art. 6), alla salute (art. 24), alla partecipazione alla vita culturale (art. 30) e il diritto di vedere considerato prioritariamente il supremo interesse del minore nell'adozione di politiche statali (art. 3). La decisione è stata giudicata inammissibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ma è di grande rilievo, in quanto il Comitato riprende quanto stabilito nel parere della Corte interamericana del 2017, per affermare che, nei casi di violazione dei diritti umani derivanti da danni ambientali transfrontalieri, sussiste il legame giurisdizionale quando è possibile riscontrare un nesso causale tra la condotta statale e l'effetto pregiudizievole che si concretizza al di fuori dei confini statali (per approfondimenti vedi M. LA MANNA, *Cronaca di una decisione di inammissibilità annunciata: la petizione contro il cambiamento climatico Sacchi et al. c. Argentina et al. non supera il vaglio del Comitato sui diritti del fanciullo*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2021, www.sidiblog.org; A. LIGUORI, *Cambiamento climatico e diritti umani dinanzi al Comitato dei diritti del fanciullo*, in questa *Rivista*, 2022, 117); per gli estremi delle comunicazioni: n. 104/2019 (Argentina), n. 105/2019 (Brasile), n. 106/2019 (Francia), n. 107/2019 (Germania), n. 108/2019 (Turchia).

⁶⁵ Sulle critiche alle decisioni *A.S. e al. c. Malta* e *A.S. e al. c. Italia* si rimanda alla dottrina in nota 59, nonché alle opinioni dei giudici dissenzienti.

momento che la decisione non rende palese quali sono le basi giuridiche su cui si fonda la nuova concezione di giurisdizione, ma piuttosto si limita ad individuare i fattori contestuali che la renderebbero sussistente⁶⁶.

Ad ogni modo, alla luce degli sviluppi qui brevemente riassunti, è stato osservato⁶⁷ come il fulcro della nozione di giurisdizione funzionale sia proprio il nesso “causale” esistente tra le condotte (commissive o omissive) statali e le violazioni lamentate, in ragione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalle prime sull’effettivo godimento dei diritti lesi. Nei recenti sviluppi giurisprudenziali non sembra riscontrabile uno schema causale univoco nell’accertamento della sussistenza della giurisdizione. Tuttavia, si deduce comunque che, alla luce dei criteri di volta in volta evidenziati, relativi all’intensità di tali effetti e al test *directedness and reasonable foreseeability*, si dovrebbero rilevare quegli elementi (di fatto e di diritto) funzionali ad accertare, caso per caso, l’esistenza di un link causale valido ai fini dell’affermazione della giurisdizione.

4. Sebbene sia controintuitivo estendere la portata degli obblighi positivi laddove non sussista l’esercizio di un controllo effettivo da parte dello Stato sul territorio o sugli individui⁶⁸, i recenti sviluppi analizzati sembrano indicare un ampliamento degli effetti extraterritoriali della giurisdizione secondo un approccio funzionale proprio quando entrano in gioco i doveri di prevenzione e protezione. Ciò conduce ad interrogarci su alcune questioni problematiche che un’evoluzione di questo tipo comporta.

In primo luogo, infatti, accertare il nesso causale tra una condotta omissiva e la violazione lamentata è più complesso che rilevare il contributo causale determinato da una condotta commissiva, cioè da un’azione statale, che, di fatto, produce “naturalmente” delle modificazioni nella realtà empirica⁶⁹ (si pensi, ad esempio all’atto di provocare la

⁶⁶ L. RAIBLE, *op. cit.*; tuttavia, vi è anche chi ritiene preferibile uno standard flessibile come quello adottato dal Comitato, in grado di attribuire rilievo alle specificità delle circostanze e agli elementi fattuali e giuridici riscontrabili caso per caso, vedi H. DUFFY, *op. cit.*

⁶⁷ S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale*, cit.; ID, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale*, cit.

⁶⁸ Si veda sul punto in particolare M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, cit., che propone un modello di giurisdizione basato sulla distinzione tra la dimensione tradizionale degli obblighi negativi, considerati come territorialmente “illimitati” e quella degli obblighi positivi, la cui applicabilità dovrebbe essere limitata al territorio o comunque ai casi in cui sussiste l’esercizio statale di un «effective overall control».

⁶⁹ Per approfondimenti sulla nozione di causalità commissiva e omissiva vedi A. OLLINO, G. PUMA, *La causalità e il suo ruolo nella determinazione dell’illecito internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, 313.

morte di un individuo sparandolo, che si differenzia dalla “capacità” di prevenire tale esito⁷⁰). Considerando, dunque, gli sviluppi giurisprudenziali in materia, un punto molto dibattuto è se la “mera” capacità fattuale di prevenire la violazione del diritto in questione sia sufficiente per rilevare il legame giurisdizionale o se sia necessaria la presenza di ulteriori elementi (di diritto o di fatto) che attestino una adeguata prossimità tra l’omissione dello Stato e l’effetto pregiudizievole causato⁷¹. Al riguardo, è stato sostenuto che se si adotta un approccio funzionale della nozione di giurisdizione, specialmente in relazione agli obblighi positivi, individuare elementi che possano limitare l’applicazione extraterritoriale dei diritti umani potrebbe risultare complesso e comportare il rischio di introdurre linee di demarcazione del tutto arbitrarie (come potrebbe essere stato il fattore della cittadinanza nella decisione sui *minori francesi in Siria*: se i bambini fossero stati di nazionalità diversa, sarebbe stata ugualmente riscontrata la giurisdizione francese?⁷²). Secondo questa posizione, pertanto, sarebbe più coerente affermare che l’obbligo positivo di protezione e prevenzione del diritto alla vita⁷³ deve essere rispettato in ogni situazione in cui lo Stato ha “l’effettiva capacità” di adempiere a tale dovere⁷⁴. Tuttavia, adottando un

⁷⁰ Sul punto M. MILANOVIC, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee*, cit.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² In proposito, è stato infatti sostenuto che ritenere il fattore della “cittadinanza” un requisito valido ai fini dell’affermazione della giurisdizione potrebbe condurre a risultati assurdi, quali, ferme restando le medesime circostanze del caso, includere nell’ambito di applicazione della Convenzione minori francesi ed escludere minori di diversa cittadinanza (L. RAIBLE, *op. cit.*). In questa sede, ad ogni modo, si concorda con gli autori che hanno messo in rilievo come, in questo caso, il possesso della cittadinanza francese è rilevante non tanto quale requisito a sé stante per l’accertamento del legame giurisdizionale, quanto come elemento che, insieme alla disponibilità dei curdi al rimpatrio verso lo Stato di cittadinanza, attesta la “capability” della Francia di porre fine ai trattamenti inumani e degradanti cui i minori erano sottoposti (H. DUFFY, *op. cit.*; vedi anche S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 665).

⁷³ Si cita il diritto alla vita, considerando le principali evoluzioni in materia (vedi il Commento generale n. 36 del Comitato ONU per i diritti umani). Ci sembra ragionevole supporre, ad ogni modo, che l’approccio funzionale possa ragionevolmente essere esteso anche all’applicabilità di altri diritti importanti, quali il divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti.

⁷⁴ M. MILANOVIC, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee*, cit.; Questa conclusione sarebbe in linea, inoltre, con la nota affermazione del giudice Bonello che, in un’opinione concorrente della sentenza *Al-Skeini*, aveva così espresso la sua concezione di giurisdizione funzionale: «Jurisdiction (...) ought to be functional – in the sense that when it is within a State’s authority and control whether a breach of human rights is, or is not, committed, whether its perpetrators are, or are not, identified and punished, whether the victims of violations are, or are not, compensated, it would be an imposture to claim that, ah yes, that State had authority and control, but, ah no, it had no jurisdiction. The duties assumed through ratifying the Convention go hand in hand with the duty to perform and observe them.

approccio così “radicalmente” funzionale, si rischia di adottare una nozione “causa-effetto” *tout court*, che permetterebbe il verificarsi di uno scenario simile a quello che la Corte di Strasburgo si è tanto impegnata a scongiurare in *Banković* (lo scenario secondo cui «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State»⁷⁵). La questione mette in luce, dunque, la necessità di elaborare una nozione funzionale di giurisdizione “coerente” che «cannot but get through the articulation of a clear model with its tests, requirements, and thresholds, so as to avoid an uncontrolled case-by-case expansion of jurisdiction»⁷⁶. Occorre cioè elaborare una nozione che possa ricomprendere quelle situazioni che, pur non essendo riconducibili ai paradigmi spaziale e personale, soddisfino «una certa soglia di *prossimità*», ossia non «esorbiti[no] dalla capacità dello Stato di dominio degli eventi»⁷⁷. A tal fine, è stata sostenuta la necessità di chiarire l’esatta natura del nesso “causale” (in questo caso determinato da una condotta omissiva) idoneo a rilevare il legame giurisdizionale. In proposito, non potendo in questa sede approfondire la questione della causalità⁷⁸, ci si limita ad osservare come nella decisione sui *minori francesi in Siria*, il Comitato sui diritti del fanciullo accerti il *jurisdictional link* attraverso un ampliamento notevole della nozione di giurisdizione. Infatti, pone enfasi sul criterio di «capability and power» e sembra dare rilievo ad una nozione di causalità intesa come «capacità di determinare e dominare l’evento»⁷⁹. È da notare, infatti, come, nel caso,

Jurisdiction arises from the *mere* fact of having assumed those obligations and from having the capability to fulfil them (or not to fulfil them)» (par. 12 s.).

⁷⁵ Corte Edu, *Banković*, par. 75.

⁷⁶ G. MINERVINI, *Extraterritorial Jurisdiction*, cit., 595.

⁷⁷ S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 679.

⁷⁸ La nozione di causalità è stata scarsamente indagata nell’ambito del diritto internazionale (specie dei diritti umani). Per approfondimenti, si rinvia, *inter alia*, a M. STRAUSS, *Causation as a Element of State Responsibility*, in *Law & Policy in International Business*, 1984, 893; V. LANOVOY, *Causation in the Law of State Responsibility*, in *British Yearbook of International Law*, 2022; A. OLLINO, G. PUMA, *op. cit.*

⁷⁹ Ci si riferisce alla teoria della causalità intesa come “signoria del fatto”, secondo cui il nesso causale viene individuato in base alla capacità dell’uomo di determinare e controllare l’evento, in mancanza della quale tale evento non può reputarsi opera del soggetto in questione (la teoria è elaborata da F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934); è da notare, ad ogni modo, che se il criterio “capability and power” acquista in questa decisione maggiore rilievo, contribuisce a definire il nesso causale anche il “foreseeability test”, come si evince dalla valutazione del Comitato che sottolinea come la Francia fosse a conoscenza dei rischi connessi al mancato rimpatrio dei minori, lasciando intendere che fossero dunque ragionevolmente prevedibili (su queste questioni vedi ancora S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 675, che si riferisce alle teorie in materia di accertamento del nesso causale mutate dalle esperienze

il Comitato ritenga «sufficientemente rilevante il contributo francese, nonostante l'evidente prevalenza nella causazione dell'evento di illeciti internazionali imputabili ad un soggetto terzo»⁸⁰. Una nozione di causalità di questo tipo ai fini dell'accertamento del *jurisdictional link*, in effetti, potrebbe ampliare di molto l'ambito di applicazione della Convenzione, essendo potenzialmente in grado di attrarre nella giurisdizione statale anche persone residenti in Paesi poveri che lamentino una violazione dell'obbligo di realizzare i diritti economici e sociali da parte dei Paesi ricchi, nella misura in cui questi ultimi sarebbero in grado di evitarle attraverso le attività di cooperazione allo sviluppo⁸¹. Nelle decisioni sulla “strage di Lampedusa”, invece, sembra acquisire maggiore rilievo il *foreseeability test* ossia il criterio della “ragionevole prevedibilità” degli effetti dannosi, provocati dalla condotta omissiva, in cui il grado di prossimità fra evento e antecedente causale è molto più elevato (essendo stata la morte dei naufraghi una “diretta” e “prevedibile” conseguenza dell'omissione di soccorso)⁸².

In secondo luogo, in merito all'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi secondo un approccio di tipo funzionale, andrebbero richiamate ulteriori considerazioni sul rischio di confusione/sovrapposizione tra i piani della giurisdizione e della responsabilità. Infatti, sebbene la giurisprudenza in materia suggerisca che i due livelli vadano tenuti distinti⁸³, è altrettanto vero che, nell'approccio funzionale, i due piani s'intersecano inevitabilmente. In particolare, in relazione alla causalità omissiva, vi potrebbe essere il rischio di sovrapporre gli standard richiesti dal nesso causale idoneo a far rilevare la giurisdizione con gli standard propri del rispetto degli obblighi di *due diligence*⁸⁴. Per “attivare” gli

nazionali e dal dibattito civilistico e penalistico, per cui si rinvia a D. GIANTI, *Le teorie per accertare la sussistenza del nesso eziologico*, in P.G. MONATERI, D. GIANTI, M. BALESTRIERI, *Causazione e Giustificazione del Danno*, Torino, 2016, 67 ss.).

⁸⁰ S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 675.

⁸¹ Ivi, 675 s., sul punto anche L. RAIBLE, *op. cit.*

⁸² Il *foreseeability test* richiederebbe che «l'accadimento costituisca l'esito della condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere secondo una successione normale degli eventi». In questo caso, tuttavia, potrebbero entrare in gioco molteplici fattori per valutare la relazione causale, quali «l'intensità della relazione probabilistica tra atto e evento dannoso, (...) l'aumento del rischio, il grado di prossimità fra evento e antecedente causale» (S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 670; il *foreseeability test* attiene a sua volta al concetto di “causalità adeguata”, vedi B. CONFORTI, *Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations*, in M. FITZMAURICE, D. SAROOSHI (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 2004, 135).

⁸³ S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale*, cit.

⁸⁴ A. OLLINO, *op. cit.*; in maniera similare, vedi S. BESSON, *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations – Mind the Gap!*, ESIL Reflections, 2020, reperibile *online*; in merito al ruolo causalità nell'accertamento della violazione degli obblighi

obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani, infatti, bisogna accertare condizioni fattuali rilevanti, tra cui la conoscenza da parte di uno Stato del rischio di violazione, il controllo sulla fonte del rischio e l'effettiva capacità di agire su tale fonte per prevenire le violazioni dei diritti umani. Queste condizioni, a loro volta, sono dedotte da altri elementi, quali il nesso di causalità tra la presunta omissione e la violazione dei diritti umani, nonché la consapevolezza che lo Stato avrebbe potuto fare ciò che era ragionevolmente possibile aspettarsi per prevenire la violazione. È stato sostenuto⁸⁵, in proposito, che, questi stessi elementi sono utilizzati anche per stabilire la sussistenza della giurisdizione di tipo funzionale, in particolare alla luce dell'“impatto” della condotta omissiva statale sull'effettivo godimento dei diritti umani. Pertanto, secondo questa posizione, un approccio di questo tipo sarebbe insostenibile, poiché, di fatto, «conflates the test marking the substance of human rights due diligence obligations in a given case with the test establishing their existence»⁸⁶.

D'altro canto, altri autori⁸⁷ hanno invece sostenuto che andrebbe esclusa la conclusione per cui nell'ambito dell'applicazione extraterritoriale degli obblighi positivi, l'accertamento della sussistenza della giurisdizione coincida con quello della responsabilità statale. In proposito, si potrebbe argomentare infatti che rilevare un nesso causale tra la condotta dello Stato e la lesione del bene giuridico tutelato non implica necessariamente che tale condotta sia giudicata effettivamente come illecita. Considerando gli obblighi di *due diligence*, va infatti ricordato in primo luogo che essi si configurano come obblighi di condotta e non di risultato⁸⁸ per cui lo Stato non sarà considerato responsabile se avrà messo in atto tutte le misure necessarie e considerate

positivi di protezione e prevenzione vedi V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 309.

⁸⁵ A. OLLINO, *op. cit.*

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale*, cit.

⁸⁸ Sulla nozione di *due diligence* vedi R. PISILLO MAZZESCHI, *“Due diligence” e Responsabilità Internazionale degli Stati*, Milano, 1989, per il quale essa si configura essenzialmente come «standard oggettivo di comportamento» (399). Gli obblighi di *due diligence* si qualificano come obblighi di condotta e non di risultato, in quanto «a breach of these obligations consists not of failing to achieve the desired result but failing to take the necessary, diligent steps towards that end» (T. KOIVUROVA, *Due diligence*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2010, reperibile *online*); per approfondimenti sulla relazione tra lo standard di *due diligence* e gli obblighi positivi in materia di diritti umani vedi V. STOYANOVA, *Due Diligence versus Positive Obligations*, in J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds.), *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, London-New York, 2020, 95.

ragionevolmente prevedibili per impedire l'evento lesivo. Inoltre, la portata extraterritoriale degli obblighi positivi andrebbe interpretata in maniera flessibile, con la possibilità di applicare criteri più o meno rigorosi a seconda degli elementi che rilevano nel complesso delle specifiche circostanze del caso. Ciò potrebbe suggerire, dunque, l'opportunità di affermare la giurisdizione extraterritoriale, «anche in presenza di un debole nesso di causalità, nella misura in cui all'allargamento delle maglie della giurisdizione corrisponda un'attenuazione della portata degli obblighi convenzionali, o per meglio dire un maggior rigore nell'accertamento della carenza di *due diligence*»⁸⁹.

5. Le risultanze della sentenza *H.F.* della Corte di Strasburgo segnano un evidente allontanamento dall'orientamento assunto dagli altri organi di controllo dei trattati sui diritti umani, e sollevano interrogativi, sia sul piano teorico, in merito alla coerenza e alla sostenibilità del diritto internazionale dei diritti umani, sia sul piano pratico. Infatti, alla luce delle posizioni divergenti assunte dalla Corte di Strasburgo e dal Comitato sui diritti del fanciullo sulla specifica questione dei cittadini francesi detenuti nei campi siriani, si pone il problema di quale linea la Francia (così come gli altri Stati del Consiglio d'Europa), debba seguire e, quindi, se debba o meno rimpatriare i figli minorenni dei *foreign fighters* e le loro madri⁹⁰. Si è visto, inoltre, che se da una parte si discute criticamente dell'approccio restrittivo adottato dalla Corte di Strasburgo⁹¹, nonché dell'opportunità di indirizzare il contenzioso verso i Comitati ONU in vista delle maggiori probabilità di successo⁹², dall'altra la

⁸⁹ S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 681; ad esempio, nel caso *Hanan*, la Corte Edu ha accertato la sussistenza del legame giurisdizionale secondo l'approccio delle *special features*, ma non ha rilevato la responsabilità della Germania, adottando evidentemente un criterio più rigoroso nella fase del merito (sebbene criticato, perché considerato eccessivamente formalistico, vedi dottrina in nota 20).

⁹⁰ Sul punto A. PIJENBURG, *op. cit.*; al riguardo, si segnala che, a seguito della pronuncia della Corte Edu, la Francia ha deciso di rimpatriare decine di bambini e donne dai campi in questione, vedi *France repatriates 40 children, 15 women from Syria*, 20 ottobre 2022, www.france24.com/en.

⁹¹ Si pensi all'opinione parzialmente dissenziente espressa dal giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza *Georgia c. Russia* (par. 30), secondo cui «the Court will face a gargantuan task to restore the damage to its credibility caused by this judgement»; in merito alla «crescente turbolenza» sul tema e alla necessità che la Corte di Strasburgo faccia chiarezza sul suo approccio alla questione della giurisdizione, si vedano anche A. RICCARDI, A. OLLINO, D. MAURI, *Litigating jurisdiction before the ECtHR: Between patterns of change and acts of resistance*, in *Questions of International Law*, 30 giugno 2021, www.qil-qdi.org; C. MALLORY, *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, *ivi*.

⁹² B. ÇALI, C. COSTELLO, S. CUNNINGHAM, *Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies*, in *German Law Journal*, 2020, 355.

dottrina si interroga sulla possibilità di un'elaborazione sostenibile e convincente della nozione di giurisdizione funzionale. Quest'ultima, infatti, deve rispettare il difficile bilanciamento tra la spinta ad ampliare l'applicabilità extraterritoriale dei trattati alla luce del principio dell'universalità dei diritti umani e l'esigenza di salvaguardare gli interessi degli Stati, ma anche la prevedibilità e la certezza del diritto. Tale questione si ripropone, dunque, proprio nel dibattito sulla definizione dell'esatta natura del nesso causale idoneo a rilevare il link giurisdizionale.

Riguardo, invece, alla possibile "fertilizzazione incrociata" tra gli sviluppi esaminati e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur constatando le attuali tendenze restrittive, chi scrive non è del tutto persuaso dell'inattuabilità di un'applicazione maggiormente funzionale della nozione di giurisdizione da parte della Corte Edu. Poiché la questione verterà sull'esatta natura del nesso causale ritenuto idoneo a rilevare il *jurisdictional link*, la Corte Edu potrebbe essere incline ad assecondare criteri più restrittivi, che limitino (ma non escludano del tutto) le situazioni valevoli di essere ricomprese nell'esercizio della giurisdizione extraterritoriale. Nella sentenza *H.F.*, la Corte Edu ha rifiutato il criterio dell'"impatto" della condotta statale, inteso come "capability and power" di dominare la catena causale degli eventi. Tuttavia, potrebbe, a seconda delle circostanze del caso, ricomprendere nell'applicazione extraterritoriale della Convenzione quelle situazioni, i cui elementi rispondono maggiormente ai parametri della ragionevole prevedibilità e del danno diretto. Questi elementi potrebbero, ad esempio, essere riscontrati nel caso pendente *S.S. e. al. c. Italia*⁹³, in cui la Corte Edu dovrà confrontarsi con la questione dei respingimenti via mare *contactless* dei migranti, attuati dalle autorità libiche, ma coordinati a distanza dall'Italia⁹⁴. Nel caso, analogo per certi versi alla situazione alla base delle decisioni sulla "strage di Lampedusa", vi potrebbero essere elementi maggiori (di natura giuridica e fattuale), idonei a sostenere la sussistenza di una giurisdizione di tipo funzionale. Si potrebbe affermare, infatti, che in quelle operazioni di coordinamento in alto mare di un respingimento per procura, l'esposizione dei migranti a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU non è stata soltanto la conseguenza di una «*operational capacity (...) which [the State] has wrongly failed to*

⁹³ Corte Edu, ric. n. 21660/18, presentato l'8 maggio 2018, *S.S. et al. c. Italia*.

⁹⁴ Sul caso V. MORENO-LAX, *op. cit.*; A. PIJNENBURG, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, 396; A. FAZZINI, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, 86.

exercise»⁹⁵, ma anche la conseguenza “diretta” e “ragionevolmente prevedibile” della condotta omissiva italiana; in altre parole, quindi, che l’Italia non soltanto “poteva” e non ha fatto, ma che il suo non fare ha causato la violazione lamentata *in a direct and reasonably foreseeable manner*. La Corte di Strasburgo potrebbe dunque approfittare di questa occasione per fare chiarezza sul proprio approccio in materia, allinearsi maggiormente alle risultanze dei Comitati ONU e fornire il proprio contributo al dibattito su un inquadramento teorico più coerente della nozione di giurisdizione funzionale.

ABSTRACT

*The Extraterritorial Applicability of Positive Human Rights Obligations:
The Repatriation of Family Members of French Foreign Fighters*

This contribution deals with recent case-law developments regarding the extraterritorial applicability of States’ positive human rights obligations. In particular, it analyses the judgment *H.F. and others v. France* by the Strasbourg Court and the decision *L.H. and others v. France* by the UN Committee on the Rights of the Child, concerning the issue of the repatriation of French foreign fighters’ family members (especially minors), who were detained in Syrian camps. In this respect, the CRC affirmed France’s jurisdiction in relation to the complained grievances by adopting a very expansionary, *functional* approach. On the contrary, the ECtHR confirmed its restrictive position on the matter, not recognising the exercise of State jurisdiction in relation to Article 3 ECHR, as it considered France’s *capability* to repatriate the persons concerned to be insufficient for this purpose. However, it did establish the existence of a jurisdictional link in relation to Article 3(2) of Protocol No. 4 to the ECHR (right to enter one’s own country), but then noted that the provision only imposes a procedural, not a substantive, obligation with regard to repatriation from the Syrian camps. In the light of the analysis, therefore, this contribution aims to explore the consequences of these different approaches, and in particular to question the implications of the extension of the notion of jurisdiction under the functional paradigm in the specific context of positive obligations of prevention and protection.

⁹⁵ Corte europea dei diritti umani, *H.F. et al. c. Francia*, par. 199; il corsivo è nostro.

NOTE E COMMENTI

LE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI: LE PROTAGONISTE DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA

CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di Comunità Energetica: una ricognizione della letteratura in materia. – 3. CER e CEC a confronto: gli attori del mercato dell'energia. – 4. Il nuovo ruolo attivo dei cittadini: da *consumer* a *prosumer*. – 5. Le Comunità energetiche e il principio di sussidiarietà: il ruolo delle Regioni. – 6. Un *caveat* conclusivo.

1. Negli ultimi anni, il fenomeno conosciuto a livello internazionale come *community energy* ha acquisito un particolare rilievo nel dibattito accademico europeo¹ e nelle arene di decisione pubblica²; stiamo infatti assistendo ad una profonda trasformazione e ad un decisivo cambiamento del sistema energetico italiano ed europeo³.

¹ G. WALKER, P. DEVINE-WRIGHT, *Community Renewable Energy: What Should it Mean?*, in *Energy Policy*, 2008, 497-500, reperibile [online](#); T. VAN DER SCHEER, B. SCHOLTENS B., *Power to the People: Local Community Initiatives and the Transition to Sustainable Energy*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2015, 666-675, reperibile [online](#); M. BILARDO, F. CATTANEO, E. DIONI, E. LIBERI, L. MILOCCO, G. SERALE, *Community Energy for Enhancing the Energy Transition*, in *CERN Ideasquare Journal of Experimental Innovation*, 2020, 7-18, reperibile [online](#); L. TRICARICO, *Is Community Earning Enough? Reflection on Engagement Processes and Drivers in Two Italian Energy Communities*, in *Energy Research and Social Science*, 2021, reperibile [online](#).

² S. BECKER, C. KUNZE, *Transcending Community Energy: Collective and Politically Motivated Projects in Renewable Energy (CPE) across Europe*, in *People, Place and Policy Online*, 2014, 180-191, reperibile [online](#); REScoop, *Community Energy: A practical guide to Reclaiming Power*, 2021 reperibile [online](#); IEA, *Global Energy Review*, Paris, 2020, reperibile [online](#).

³ S. HALL, T.J. FOXON, R. BOLTON, *Financing the Civic Energy Sector: How Financial Institutions Affect Ownership Models in Germany and the United Kingdom*, in *Energy Research and Social Science*, 2016, 5-15, reperibile [online](#); JRC – European Commission, *Social Innovation for the Energy Transition: An Overview of Concepts and Projects Contributing to Behavioural Changes, and increased Well Being*, 2021, reperibile [online](#). Nella letteratura italiana, ex multis E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, 441.

Dopo aver preso forma nel contesto anglosassone, il settore delle “comunità dell’energia” sta progressivamente trovando spazio anche in Italia, ciò soprattutto attraverso un’intensa attività reportistica⁴ che ha arricchito e veicolato il tema verso i *policy makers*, contribuendo a definirne un primo inquadramento all’interno del nostro sistema giuridico⁵.

Come nel resto del mondo, anche in Europa si stanno sperimentando diversi modelli energetici innovativi e sostenibili, capaci di perseguire gli obiettivi dettati dalla transizione energetica attraverso nuovi approcci basati sulle comunità, sul coinvolgimento degli utenti e dei cittadini, consentendo agli stessi di sviluppare e gestire collettivamente progetti o servizi energetici, presentando un modello di sviluppo e proprietà diverso rispetto alle organizzazioni imprenditoriali tradizionali⁶.

Dunque, l’intero sistema energetico, italiano ed europeo, sta subendo negli ultimi anni una profonda trasformazione. A partire dalla pubblicazione del *Clean Energy for Europeans Package*, i clienti finali, che fino ad allora erano di fatto l’ultimo anello della catena decisionale rispetto alla definizione e all’implementazione delle politiche energetiche, come verrà esaminato più avanti, sono stati investiti dal legislatore di un ruolo nuovo, ottenendo la possibilità di partecipare attivamente alla generazione delle fonti rinnovabili e ai mercati della flessibilità, ma anche alla definizione delle politiche che interesseranno le loro vite nei prossimi anni.

A ciò si aggiunga che le tecnologie per la produzione di energia su scala locale hanno raggiunto un livello di maturità tale da favorire lo sviluppo e l’incremento delle Comunità energetiche; si tratta di iniziative sperimentali che però suggeriscono un potenziale inedito di innovazione del mercato e delle infrastrutture verso uno scenario di produzione distribuita con un ruolo sempre più attivo dei consumatori finali nel sistema elettro-energetico⁷.

⁴ ENEA, *La Comunità energetica*, 2021, reperibile *online*, JRC – European Commission, *op. cit.*

⁵ N. MAGNANI, D. PATRUCCO, *Le cooperative energetiche rinnovabili in Italia: Tensioni e opportunità in un contesto in trasformazione*, in G. OSTI, L. PELLIZZONI (a cura di), *Energia e innovazione tra flussi globali e circuiti locali*, Trieste, 2018, 187-207; S. MORONI, L. TRICARICO, *Distributed Energy Production in a Polycentric Scenario: Policy Reforms and Community Management*, in *Journal of Environmental Planning and Management*, 2018, 1973-1993 reperibile *online*.

⁶ B.J. KALKBRENNER, J. ROOSEN, *Citizens Willingness to Participate in Local Renewable Energy Projects: The Role of Community and Trust in Germany*, in *Energy Research and Social Science*, 2016, 60-70, reperibile *online*; C. CANDELISE, G. RUGGIERI, *Community Energy in Italy: Heterogeneous Institutional Characteristics and Citizens Engagement*, IEFE, Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy, 2017, reperibile *online*.

⁷ AIEE (Associazione Italiana Economisti dell’energia) e Federmanager, *Il ruolo delle Comunità energetiche nel processo di transizione verso la decarbonizzazione*, 4° rapporto, 2021, reperibile *online*; N. ROSSETTO, *Transizione energetica e società. Comunità Energetiche e fonti rinnovabili*, in *Energia*, 2021, 76-83.

Come sostenuto da alcuni studiosi⁸, queste iniziative rappresentano un fenomeno emergente che sta generando nuove opportunità per i singoli cittadini e per comunità locali, offrendo loro la concreta possibilità di partecipare attivamente al mercato energetico, promuovendo di fatto l'inclusione sociale, non solo in qualità di consumatori, ma decidendo anche la forma e la portata della produzione energetica. Tali nuove possibilità fanno parte di un quadro emergente di sviluppo del mercato energetico europeo⁹, legittimato inoltre dal *Clean Energy for all European Package*¹⁰ e dalle recenti direttive UE 2018/2021 e 2019/944, che contribuiscono a definire il quadro legislativo e regolatorio per la partecipazione dei cittadini i quali, considerati da sempre l'ultimo anello della catena decisionale rispetto alla definizione e all'implementazione delle politiche energetiche, sono stati investiti dal legislatore di un ruolo nuovo, acquisendo la possibilità di partecipare attivamente alla generazione di energia "pulita" da fonti rinnovabili, ma anche alla definizione delle politiche che interesseranno il mercato dell'energia nei prossimi anni¹¹.

Pertanto, sulla base di queste premesse, appare evidente che la crescita delle rinnovabili e il progressivo decentramento della produzione di energia elettrica hanno determinato la nascita di nuovi assetti del sistema energetico non solo dal lato del consumo ma anche da quello della produzione.

Le Comunità energetiche rinnovabili (CER) rappresentano un tassello fondamentale in questo processo di cambiamento del sistema energetico, un

⁸ S. SOEIRO, M. FERREIRA DIAS, *Renewable Energy Community and the European Energy Market: Main Motivations*, in *Heliyon*, 2020, reperibile online; A. REALINI, S. MAGGIORE, M. BORGARELLO, *La povertà energetica in un clima che cambia: un focus sul raffrescamento*, in I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI (a cura di), *La povertà energetica in Italia*, Secondo rapporto dell'Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica (OIPE), 2020, reperibile online; M. PANE, A. GHISI, *Comunità Energetiche rinnovabili: la forma giuridica più utile per accedere a benefici fiscali e contributi GSE*, in *Il fisco*, 2022, 2842-2850.

⁹ S. HALL, T.J. FOXON, R. BOLTON, *op. cit.*, 2016, 5-15, reperibile online; L. HOLSTENKAMP, F. KAHLA, *What are Community Energy Companies trying to Accomplish? An empirical Investigation of Investment Motives in the German case*, in *Energy Policy*, 2016, 112-122, reperibile online; EPEE – European Fuel Poverty and Energy Efficiency Project, *Diagnosis of causes and consequences of fuel poverty in Belgium, France, Italy, Spain and United Kingdom* (WP 2-Deliverable 5), 2006, reperibile online; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, 441.

¹⁰ Il documento è disponibile su <https://energy.ec.europa.eu/>; in dottrina, S. BECKER, C. KUNZE, *op. cit.*, 180-191, reperibile online; E. BOMBERG, N. MC EWEN, *Mobilizing Community Energy*, in *Energy Policy*, 2012, 435-444, reperibile online; M. JASIAK, *Energy Communities in the Clean Energy Package*, in *European Energy Journal*, 2018, 29-39.

¹¹ J. ROBERTS, *Power to the People? Implications of the Clean Energy Package for the Role of Community Ownership in Europe's energy Transition*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2020, 232-244; S.F. VERDE, N. ROSSETTO, *The Future of Renewable Energy Communities in the EU: An investigation at the time of the Clean Energy Package*, EUI RSCAS Research Report, 2020.

modello sul quale l'Unione Europea ha già iniziato a puntare in modo evidente al fine del completamento del piano di transizione energetica¹².

In tale contesto, le CER costituiscono certamente dei modelli organizzativi ambiziosi che possono trovare applicazione in diversi contesti territoriale e che si candidano ad essere “nuove unità di transizione”¹³ dei sistemi di generazione e distribuzione di energia a livello locale, quale strumento per dare forma ad una transizione energetica che sia più giusta e inclusiva.

Sotto questo aspetto, l'allargamento della platea degli attori che concorrono all'obiettivo globale di decarbonizzazione e di realizzazione di un percorso di transizione energetica non può prescindere dalla diffusione di nuovi, sostenibili e virtuosi approcci basati sulle comunità e sulle realtà territoriali nonché dal coinvolgimento attivo dei cittadini e dei consumatori.

Decentramento e localizzazione della produzione energetica, insieme a sostenibilità ed inclusione sociale, sono proprio i principi sui quali si fonda una comunità energetica che, attraverso il coinvolgimento dei privati, risulta in grado di produrre, consumare e scambiare energia in un'ottica di autoconsumo e collaborazione¹⁴.

In una fase di profonda evoluzione dell'intero comparto energetico del nostro Paese, queste sperimentazioni vanno considerate con grande attenzione, in quanto capaci di diventare l'“interfaccia organizzativa” di una rivoluzione tecnologica, a servizio di un mercato energetico sempre più decentralizzato e basato su una imponente innovazione dei modelli di *business*.

Dunque, come si esaminerà nell'ambito della più ampia discussione sul recepimento delle direttive RED II e IEM¹⁵, l'obiettivo delle Comunità ener-

¹² G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, 4 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, ivi, 50 ss.; A. MOLITERNI, *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei “sustainability agreements”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 355.

¹³ A. CARAMIZARU, A. UIHLEIN, *Energy Communities: An Overview of Energy and Social Innovation*, Publication Office of the European Union, Lussemburgo 2020; B. KAMPMAN, J. BLOMMEREDÉ, M. AFMAN, *The Potential of Energy Citizens in the European Union*, CE Delft, 2016; T. BAUWENS, *Analyzing the Determinants of the Size of Investments by Community Renewable Energy Members: Findings and Policy Implications from Flanders*, in *Energy Policy*, 2019, 841-852.

¹⁴ G. OSTI, *Energia democratica: esperienze di partecipazione*, in *Aggiornamenti sociali*, 2017, 113-123; V. SMIL, *Energy and Civilization: A History*, Cambridge, 2017; K. SZULECKI, *Conceptualizing Energy Democracy*, in *Environmental Politics*, 2018, 21-41.

¹⁵ Per un approfondimento sul punto, si vedano R.J. HEWITT, N. BRADLEY, A.B. COMPAGNUCCI, C. BARLAGNE, A. CEGLARZ, M. CREMADES, M. MICKNEEN, I.M. OTTO, *Social Innovation in Community Energy in Europe: A Review of the Evidence*, in *Frontiers in Energy Research*, 2019; I. CAPELLÁN-PÉREZ, N. JOHANISOVA, J. YOUNG, C. KUNZE, *Is Community Energy Really Non-Existent in Post-Socialist Europe? Examining recent trends in 16 Countries*, in *Energy Research and Social Science*, 2020, 1 ss.; L. DI MARCO, *Obiettivi di*

getiche che emerge è essenzialmente quello di fornire benefici ambientali, economici e sociali a livello di comunità nei loro territori, e non solo ritorni finanziari agli investitori¹⁶. Con queste prerogative, gli attori che intendono affermare il modello delle Comunità energetiche devono in ogni caso basarsi su nuove metodologie gestionali, organizzative e produttive, in grado di garantire la partecipazione aperta e volontaria effettivamente controllate da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione detenuti dalla comunità di energia rinnovabile. Gli azionisti o membri possono essere persone fisiche, PMI, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, a condizione che, per le imprese private, la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non costituisca l'attività commerciale e/o industriale principale.

Il modello della Comunità energetica si distingue dunque per l'obiettivo precipuo di rendere effettivamente "partecipato" il mercato della produzione energetica e si candida a diventare una componente significativa del più ampio sistema di gestione energetica basato su fonti rinnovabili, massima efficienza energetica e garanzia dell'accesso all'energia al miglior costo per tutti¹⁷.

Oltre alle iniziative nello specifico ambito della generazione, è infatti utile tenere in considerazione gli orizzonti di impiego delle Comunità per progetti di efficienza energetica, di distribuzione intelligente, di teleriscaldamento fino alla gestione di sistemi di accumulo destinati alla mobilità elettrica. Non sfugge che si tratta anche di opportunità di *business* che dovranno svilupparsi attraverso modalità che bilancino le criticità connesse alla loro integrazione nella rete di trasmissione nazionale e nei sistemi di distribuzione. In particolare, le Comunità energetiche e i progetti di autoconsumo collettivo dovranno tenere conto delle implicazioni in termini di oneri di rete e la necessità di attuare meccanismi *win win* con l'attuale sistema di trasmissione e distribuzione dell'elettricità.

Nonostante le rilevanti potenzialità che mostrano di avere le Comunità energetiche e sebbene stiano sempre più crescendo in termini di interesse da parte di operatori del settore e *policy maker*, allo stato restano ancora ampi margini per fare chiarezza su questa nuova fattispecie giuridica, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n.199/2021, c.d. decreto RED, che ha comunque permesso di superare alcune criticità della disciplina.

sviluppo sostenibile e politiche europee. Dal Green Deal al Next Generation EU, in *Quaderni dell'ASviS*, 2020.

¹⁶ Sul punto si veda, M. PANE, A. GHISI, *op. cit.*, 2842 ss.

¹⁷ M. BOLOGNESI, A. MAGNAGHI, *Verso le Comunità Energetiche*, Scienze del Territorio, 2020, reperibile online, 142-150; E. CUSA, *La cooperazione energetica tra tutela dei consumatori ed economia sociale di mercato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2015, n. 4, 63 ss.; E. GIARMANÀ, *Il diritto a produrre energia e le nascenti figure dei prosumers e delle renewable energy communities*, 2020 reperibile online.

L'obiettivo del presente paper è dunque quello di esaminare il quadro normativo, europeo¹⁸ e nazionale¹⁹, di riferimento e di evidenziare i meccanismi di funzionamento delle CER. In particolare, si cercherà di delineare i modelli giuridici più adeguati affinché le Comunità energetiche rinnovabili possano esplicare compiutamente le loro funzioni, in linea con il principio di efficienza economica. Infine, non si mancherà di evidenziare la necessità di misure di *policy* che permettano alle medesime Comunità energetiche di essere abilitate nell'interagire con una moltitudine di sistemi distribuiti, e di vedere premiata una "creatività progettuale", non solo in relazione alle piccole comunità locali, ma anche in considerazione di un sistema che deve garantire un'offerta efficace ed efficiente a molte altre tipologie di utenti a partire dai grandi utilizzatori di elettricità. Tali *policy* dovranno intervenire rispetto ad un ulteriore fattore di complessità che non va sottovalutato, ovvero la necessità di implementare una strategia integrata e adeguata in termini di promozione dei sistemi di accumulo e di controllo, utile a garantire la tenuta dei sistemi nazionali.

Infine, si intende precisare sin da subito che tale contributo non ha la pretesa di definire *funditus* le Comunità energetiche rinnovabili in tutte le loro più diverse manifestazioni, ma vuole semplicemente fornire alcuni spunti di riflessione su una tematica di estremo rilievo nel contesto sociale attuale, sia per gli interessi che coinvolge, sia per le prospettive innovative che è in grado di offrire e delle quali, se adeguatamente regolamentate, potranno beneficiare tutti gli attori del mercato energetico, *in primis* i consumatori.

2. Da quanto esposto in premessa, emerge chiaramente che le Comunità energetiche rinnovabili rappresentano oggi un interessante strumento di *welfare*, un'occasione di risparmio in bolletta e di innovazione ambientale, tecnologica e sociale.

Ma cosa significa nello specifico "comunità energetica"? Al fine di una maggiore completezza, appare utile a chi scrive indagare sulla natura e sulle origini di tale espressione.

Un primo elemento che emerge dalla letteratura è che la nozione non appare perfettamente definita. Alcuni Autori²⁰ ritengono che il concetto si

¹⁸ *Ex multis*, M.M. SOKOŁOWSKI, *European Law on the Energy Communities: A Long way to a Direct legal Framework*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2018; B. KAMPMAN, J. BLOMMEREDÉ, M. AFMAN, *op. cit.*

¹⁹ C. CANDALISE, G. RUGGIERI, *Community Energy in Italy: Heterogeneous Institutional Characteristics and Citizens Engagement*, IEFE Working paper n. 93/2017, Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy University, Milano; G. OSTI, N. MAGNANI, G. CARROSI, *Nuovi attori delle fonti rinnovabili e del risparmio energetico*, in L. BOVONE, C. LUNGHİ (a cura di), *Resistere. Innovazione e vita quotidiana*, Roma, 2017, 123 ss.

²⁰ G. SEYFANG, A. SMITH, *UK Community Energy Survey – Key Findings. Energy and Climate Change*, London, House of Parliament, 2013; G. SEYFANG, S. HIELSCHER, T. HARGREAVES, M. MARTISKAINEN, A. SMITH, *A Grassroots Sustainable Energy Niche?*

problematico e scivoloso, non essendoci un consenso unanime sul suo significato, né a livello accademico né a livello di *policy maker*; pertanto, si tratterebbe di un concetto molto elastico²¹ e dotato di un'ampia flessibilità.

Nello specifico, l'espressione "comunità energetica" sembra essersi imposta come corrispondente dell'espressione inglese *community energy*, che è stata usata dagli autori anglofoni, i quali per primi si sono occupati della questione in relazione a specifiche scelte di *policy* effettuate dai governi britannici. Questi ultimi fin dall'inizio degli anni 2000 hanno individuato la "comunità" come la sede ideale per affrontare le questioni legate al cambiamento climatico, alla sostenibilità e allo sviluppo delle rinnovabili, offrendo supporto finanziario a iniziative di questo genere che si sono rapidamente moltiplicate²².

Il cambiamento radicale ed epocale rispetto alla politica precedente fondata sui grandi impianti centralizzati può essere agevolmente ricondotto all'ideologia della *Big Society* sostenuta dai governi conservatori, a sua volta legale alla visione neoliberale del soggetto come imprenditore di se stesso della regolazione come necessaria a creare le condizioni ideali per le dinamiche di mercato e dell'opportunità di rendere attivi i cittadini affinché possano aggregarsi in comunità, al fine di ricostituire le basi sociali e naturali di cui capitalismo e mercato necessitano e di rispondere ai tagli al welfare²³.

Dunque, nella letteratura anglosassone sul tema in oggetto, accanto a *community energy*, è possibile rinvenire espressioni come *community*

Reflections on Community Energy in the UK, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 2014, 21 ss.

²¹ S. HOFFMAN, S. FUDGE, L. PAWLISCH, A. HIGH-PIPPERT, M. PERTER, J. HASKARD, *Public Values and Community Energy: Lessons from the US and UK*, in *Sustainability*, 2013, 1747 ss.

²² K. BURCHELL, R. RETTIE, T.C. ROBERTS, *Community, the Very Idea!: Perspectives of Participants in a Demand-side Community Energy Project*, in *People, Place and Policy*, 2014, 168 ss.; K.A. PARKHILL, F. SHIRANI, C. BUTLER, K.L. HENWOOD, C. GROVES, N.F. PIDGEON, *We are a Community (but) that Takes a Certain Amount of Energy: Exploring Shared Visions, Social Action, and Resilience in Place-based Community-led Energy Initiatives*, in *Environmental, Science and Policy*, 2015, 60 ss.

²³ Sul punto, P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009; M. DE ANGELIS, *Does Capital need a Commons Fix?*, in *Ephemera*, 2013, 603 ss.; M. HAIVEN, *The Commons Against Neoliberalism, the Commons of Neoliberalism, the Commons beyond Neoliberalism*, in S. SPRINGER, K. BIRCH, J. MACLEAVY (eds.), *Handbook of Neoliberalism*, Abingdon, 2016.

*renewable energy*²⁴, *collective and politically motivated renewable energy projects*²⁵, *energy democracy*²⁶, *sustainable energy communities*²⁷.

A parte la relativa diversità terminologica, tali definizioni convergono ampiamente.

L'energia di comunità viene descritta in termini di iniziative in cui le comunità mostrano un elevato grado di proprietà o controllo e godono di significativi benefici collettivi legati alla generazione, gestione, conservazione, acquisizione e consumo dell'energia; benefici che si estendono alla collettività più ampia nella misura in cui tali iniziative portano a un sempre più crescente sviluppo delle rinnovabili e a una riduzione dei consumi energetici. Le iniziative sono poi spesso associate anche a un incremento della coesione sociale, del senso di *empowerment* e dell'economia locale, e alla promozione dell'innovazione sociale²⁸.

Secondo alcuni studiosi²⁹, si possono identificare sei significati, distinti ma collegati tra loro, con riferimento all'azione di comunità sull'energia: un'attività locale o collegata a un luogo; un'attività basata su interessi; un processo collaborativo e gestito dalla comunità con benefici distribuiti localmente in modo equitativo; un'attività a livello intermedio tra quello individuale e quello delle grandi organizzazioni o dello stato; un attore provvisto di *agency*; una nicchia sperimentale.

Quest'ultima indica la presenza di iniziative che, pur potendo essere ricondotte nell'ambito di una stessa cornice, possono differire sotto molteplici profili. Una distinzione interessante che ha riscosso notevole successo è tra "comunità di luogo" e "comunità di interesse". La prima espressione identifica iniziative i cui partecipanti condividono la residenza in un determinato luogo³⁰. La seconda identifica iniziative in cui tale base socio-spaziale manca, come si verifica per esempio per gli investitori in una cooperativa sparsi sul territorio nazionale³¹. Dalla letteratura emerge tuttavia

²⁴ J. ROGERS, E. SIMMONS, I. CONVERY, A. WEATHERALL, *Social Impacts of Community Renewable Energy Projects: Findings from a Woodfuel Case Study*, in *Energy Policy*, 2012, 239 ss.; N. MAGNANI, G. OSTI, *Does Civil Society Matter? Challenges and Strategies of Grassroots Initiatives in Italy's Energy Transition*, in *Energy Research and Social Science*, 2016, 148 ss.

²⁵ C. KUNZE, S. BECKER, *Collective Ownership in Renewable Energy and Opportunities for Sustainable Degrowth*, in *Sustainability Science*, 2015, 425 ss.

²⁶ K. SZULECKI, *op. cit.*, 21 ss.

²⁷ C. ROMERO RUBIO, J.R. DE ANDRÉS DÍAZ, *Sustainable Energy Communities: a Study Contrasting Spain and Germany*, in *Energy Policy*, 2015, 397 ss.

²⁸ S. HOFFMAN, S. FUDGE, L. PAWLISCH, A. HIGH-PIPPERT, M. PERTERS, J. HASKARD, *op. cit.*, 1747 ss.; B.J. KALKBRENNER, J. ROOSEN, *op. cit.*, 60 ss.

²⁹ K. BURCHELL, R. RETTIE, T.C. ROBERTS, *op. cit.*, 168 ss.

³⁰ K.A. PARKILL, F. SHIRANI, C. BULTER, K.L. HENWOOD, C. GROVES, N.F. PIDGEON, *op. cit.*, 60 ss.

³¹ N. MAGNAN, G. OSTI, *op. cit.*, 148 ss.

che la prima fattispecie è preponderante, in particolare nei paesi dove le comunità energetiche hanno preso piede prima e in modo più significativo³².

Appare evidente che i pregi assegnati alle Comunità energetiche, quali si desumono sia direttamente dai testi degli articoli che dai riferimenti inseriti all'interno di documenti di *policy*, rinviano ad una visione più ampia di comunità (soprattutto locale) come forma sociale in grado di rispondere simultaneamente ai limiti dell'azione svolta a livello macro (nazionale e oltre) e a quelli dell'azione individuale (decisioni di consumo).

In altre parole, la Comunità energetica possiederebbe qualità intrinseche – nello specifico, un senso di identità, la condivisione di luoghi, valori, visioni e interessi, la solidarietà, la capacità di partecipare e mobilitarsi collettivamente, la stessa resilienza – che la rendono luogo ideale per esplorare vie alternative alla produzione, distribuzione e utilizzo dell'energia, sotto il profilo tecnologico, organizzativo e di pratiche quotidiane. Le analisi empiriche finora effettuate sulle Comunità energetiche mostrano che al riguardo vi è una notevole varietà, sia in relazione alle caratteristiche delle comunità interessate, sia in relazione alle caratteristiche delle iniziative, che possono coinvolgere i soggetti residenti in modo variamente inclusivo³³. In tal senso, proprio il principio di inclusione sociale, inteso come processo finalizzato alla rimozione delle barriere che ostacolano la realizzazione degli individui, la parità dei diritti e l'accesso alle risorse per realizzare i propri interessi, rappresenta il *fil rouge* del fenomeno riguardante le Comunità energetiche.

Detto ciò, quali sono i quadri teorici di riferimento? È bene chiarire sin da subito che il panorama è piuttosto variegato. Un primo approccio viene offerto da alcuni studiosi³⁴ il cui obiettivo è quello di studiare il ruolo della fiducia interpersonale nei progetti che promuovono localmente le rinnovabili. I riferimenti teorici alla fiducia restano però largamente sullo sfondo e quindi il concetto viene utilizzato in maniera più evocativa che propriamente analitica. Più articolato è l'approccio che intende studiare le ragioni che conducono le comunità locali a mobilitarsi in relazione ai progetti sull'energia³⁵.

A tale scopo, si fa riferimento ad una delle teorie più note nell'ambito della sociologia dei movimenti, ossia la *Resource Mobilization Theory*, la quale concentra l'attenzione sul ruolo di risorse e *expertise* a disposizione di chi si mobilita e si attiva nell'ambito della produzione energetica.

³² G. SEYFANG, A. SMITH, *op. cit.*

³³ K.A. PARKILL, F. SHIRANI, C. BULTER, K.L. HENWOOD, C. GROVES, N.F. PIDGEON, *op. cit.*, 53.

³⁴ G. WALKER, P. DEVINE-WRIGHT, S. HUNTER, H. HIGHT, B. EVANS, *Trust and Community: Exploring the Meanings, Contexts and Dynamics of Community Renewable Energy*, in *Energy Policy*, 2010, 2265 ss.

³⁵ E. BOMBERG, N. MCEWEN, *op. cit.*, 435 ss.

Un altro gruppo di Autori³⁶ si preoccupa di studiare le motivazioni che spingono a partecipare ai progetti di comunità energetiche, evidenziando in tale contesto le teorie dalle quali si evince la rilevanza di fattori come l'identità, la fiducia, le norme sociali e l'interesse per l'ambiente.

In altri casi, invece, troviamo il tentativo di applicare un quadro teorico unitario ai processi indagati³⁷, analizzando, ad esempio, i fattori in grado di spiegare la partecipazione a cooperative per la produzione di energia eolica sulla base del *Social-Ecologica System Framework*. Nonostante tale approccio sia stato originariamente sviluppato per rendere conto dell'interazione tra le basi biologiche degli ecosistemi e i processi sociali, successive elaborazioni hanno condotto ad applicazioni ai sistemi socio-tecnici. L'idea è quella di una "situazione d'azione" caratterizzata da una molteplicità di attori individuali o collettivi, ciascuno provvisto di attributi (competenze, accesso alle tecnologie, capitale sociale, valori di riferimento, ecc.) e operante entro un quadro definito da variabili contestuali (tecniche, istituzionali o regolative, politiche, ecc.). Ne risulta un modello formalizzato che viene applicato alle Comunità energetiche presenti in Danimarca, Germania, Belgio e Regno Unito.

Un ulteriore riferimento teorico, che trova un certo spazio nell'ambito del dibattito sulle CER, è quello dell'approccio multilivello alle transazioni socio-tecniche³⁸. Si tratta di una teoria che cerca di rendere conto delle complesse dinamiche (sociali, organizzative, tecniche, economiche, politiche, culturali) responsabili dell'emergere e della diffusione dell'innovazione. Nello specifico, la teoria identifica tre livelli analitici: nicchie (intese come il luogo, protetto da pressioni esterne, in cui si può sviluppare l'innovazione), regimi socio-tecnici (il luogo delle pratiche stabilizzate e delle regole associate che fornisce stabilità al sistema sociotecnico esistente, che si tratti di servizi come i trasporti o di risorse come l'acqua, il cibo e l'energia), e lo scenario socio-tecnico generale. Infine, un approccio simile³⁹ considera le Comunità energetiche come nicchie, e più precisamente "nicchie orientate all'interno", in quanto fondano le loro radici non sull'innovazione tecnica in quanto tale ma piuttosto sul modo attraverso il quale la tecnologia risponde all'esigenza degli attori.

³⁶ B.J. KALKBRENNER, J. ROOSEN, *op. cit.*, 60 ss.

³⁷ T. BAUWENS, B. GOTCHEV, L. HOLSTENKAMP, *What Drives the Development of Community Energy in Europe? The Case of Wind Power Cooperatives*, in *Energy Research and Social Science*, 2016, 136 ss.

³⁸ J. GRIN, J. ROTMANS, J. SCHOT, *Transition to Sustainable Development: New Directions in the Study of Long Term Transformative Change*, New York, 2010; F. GEELS, *The Multi-level Perspective on Sustainability Transitions: Responses to Seven criticisms*, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 2011, 24 ss.

³⁹ G. DOCI, E. VASILEIADOU, A.C. PETERSEN, *Exploring the Transition Potential of Renewable Energy Communities*, in *Future*, 2015, 85 ss.

In conclusione, come anticipato inizialmente, il quadro teorico che emerge dall'analisi della letteratura esaminata sul tema delle Comunità energetiche è piuttosto frammentario. È possibile affermare che la tendenza generale è favorevole ad una prospettiva “manageriale” e “collaborativa” tra gli attori chiave nello sviluppo di iniziative di comunità energetiche, le quali possono essere pertanto considerate un modello di innovazione organizzativa che rende i clienti finali protagonisti della transizione energetica, consentendo ai cittadini, alle amministrazioni e alle imprese locali di sviluppare e gestire collettivamente progetti o servizi energetici, con un modello di governo e proprietà diverso rispetto alle organizzazioni imprenditoriali tradizionali.

3. Nel *Clean Energy for all Europeans* due distinte direttive forniscono due definizioni diverse di comunità energetiche: la Comunità di energia rinnovabile (CER), di cui alla direttiva sull'energia rinnovabile (2018/2001) e la Comunità energetica dei cittadini (CEC), di cui alla direttiva per il mercato interno dell'energia elettrica (2019/944).

Secondo quanto previsto dalla direttiva sull'energia rinnovabile⁴⁰, la CER si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonoma ed è effettivamente controllata da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; gli azionisti o i membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali comprese le amministrazioni comunali; l'obiettivo principale è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari⁴¹.

Con riferimento, invece, alla Comunità energetica dei cittadini⁴², essa è fondata sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllata da membri o soci che sono persone fisiche, autorità locali comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese; ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; inoltre, ha la possibilità di partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o ai servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci.

⁴⁰ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*, 2018/2001, 11 dicembre 2018, art. 2, co. 16.

⁴¹ M. MARIANO, *Come si fa una comunità energetica. Una storia vera di transizione alle energie rinnovabili*, in *Altroconsumo*, 2020.

⁴² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, 2019/944, 5 giugno 2019, art. 2, co. 11.

Appare evidente che le due definizioni di comunità energetiche quali soggetti giuridici condividono una struttura di base comune ma divergono quanto a limitazioni circa la localizzazione geografica, i soggetti che le compongono, le fonti di energia utilizzate e le possibili attività svolte. Nello specifico, entrambe le tipologie di comunità si basano sulla partecipazione “volontaria e aperta” dei propri membri i quali vengono individuati in persone fisiche e autorità locali, incluse le amministrazioni comunali e le imprese. Con riferimento a quest’ultimo sottogruppo, nel caso delle CEC sono comprese solo le piccole imprese che contano un massimo di 50 dipendenti e il cui fatturato annuo non supera mai i 10 milioni di euro; al contrario, possono essere membri delle CER non solo le piccole imprese ma anche le imprese di medie dimensioni⁴³.

Inoltre, le CEC e le CER condividono gli stessi obiettivi, lo scopo principale di queste comunità è infatti operare non al fine della generazione di profitti finanziari, ma per offrire ai propri partecipanti, soci e al proprio territorio benefici ambientali, economici e sociali.

Nel definire la missione delle comunità energetiche, una differenza significativa è data dal fatto che l’attività della Comunità energetica rinnovabile, al contrario della Comunità energetica dei cittadini, è circoscritta all’energia rinnovabile e impone una sorta di “criterio di prossimità”⁴⁴, in quanto i suoi membri devono essere situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, dunque la stessa CER può essere considerata una sottocategoria della CEC.

C’è da dire che, nella direttiva 2018/2021 al concetto di vicinanza geografica non viene associata una definizione precisa in termini di spazio. Il rapporto della Direzione generale per l’Energia (DG ENER), *Energy Communities in the Clean energy Package*, individua nella prassi degli Stati membri quattro distinte modalità in cui l’appartenenza alle Comunità energetiche rinnovabili può essere limitata dal punto di vista geografico: restrizioni di tipo tecnico con riferimento al tipo di rete che deve fisicamente collegare i membri, limitazioni basate sulla distanza fisica tra i vari membri della comunità, restrizioni di carattere amministrativo e restrizioni apposite⁴⁵.

⁴³ La categoria delle PMI comprende tutte le aziende che impiegano un massimo di 250 dipendenti e il cui fatturato annuo non superi i 50 milioni di euro. La direttiva 2018/2001 fa riferimento alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese.

⁴⁴ La prossimità territoriale è una caratteristica essenziale e rivela la necessità di impiegare approcci *place-based* per lo sviluppo di tali iniziative. K.A. PARKHILL, F. SHIRANI, C. BUTLER, K.L. HENWOOD, C. GROVES, N.F. PIDGEON, *op. cit.*

⁴⁵ Commissione europea – Direzione generale per l’Energia, C. ALATON, F. TOUNQUET, *Energy Communities in the Clean Energy Package: best Practice and Recommendations for Implementation*, 2021.

In ogni caso, è rilevante che solo con riferimento alla Comunità di Energia rinnovabile sia espressamente prevista la necessità che gli Stati membri rendano la partecipazione accessibile anche ai consumatori vulnerabili o in condizioni di povertà energetica.

In conclusione, alla luce di questo quadro generale sulle differenze e le specificità che accomunano le Comunità energetiche rinnovabili e le Comunità energetiche dei cittadini, emerge l'importanza di definire, dando una struttura e un contesto precisi, questi nuovi attori del mercato dell'energia.

Dotare le comunità energetiche di una definizione "legale" e ben definita significa attribuire loro potere di azione e di partecipazione al sistema energetico europeo in cui le comunità, nello specifico i cittadini, rivendicano un ruolo attivo all'interno di un innovativo sistema dell'energia decentralizzato che si sostituisce allo schema tradizionalmente conosciuto.

4. Le Comunità energetiche si sviluppano attorno alla volontà di aggregazione a livello locale seguendo una logica che favorisce i soggetti privati quali attori in grado di massimizzare le potenzialità dei contesti territoriali attraverso un processo di innovazione nel modo di produrre, gestire, accumulare e consumare l'energia. Tali comunità sfruttano e traggono quindi beneficio dalla consapevolezza e dalla conoscenza dei cittadini per contribuire a rispondere alle esigenze e agli obiettivi di *policy* europee⁴⁶. In questo ambito, il perseguimento di una transizione energetica sostenibile per il raggiungimento della neutralità climatica si configura come un processo ricco di iniziative *citizen-led*, in cui il cittadino diventa attore attivo di questa trasformazione epocale.

Pertanto, la diffusione della pratica di autoconsumo di energia specificamente prodotta da fonti rinnovabili apre la strada a nuovi soggetti aggregati i quali, agendo collettivamente e generando nuove sinergie, possono operare secondo una logica di scambio di flussi bidirezionali di energia⁴⁷.

La direttiva 2018/2001 chiarisce la differenza tra "autoconsumatore" e "autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente". Infatti, l'art. 2 della direttiva stabilisce che può essere considerato autoconsumatore di energia rinnovabile «un cliente finale che, operando in propri siti situati entro confini definiti o, se consentito da uno Stato membro, in altri siti, produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile autoprodotta purché, per un autoconsumatore di energia rinnovabile diverso dai nuclei familiari,

⁴⁶ L. DI MARCO, *Obiettivi di sviluppo sostenibile e politiche europee. Dal Green Deal al Next Generation EU*, Quaderni dell'ASviS, 2020.

⁴⁷ ENERGY CENTER LAB, "Manifesto" *Le Comunità Energetiche per una centralità attiva del Cittadino nel nuovo mercato dell'energia*, Politecnico di Torino, giugno 2021.

tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale»⁴⁸.

In considerazione di ciò, appare evidente che nel contesto normativo europeo sta emergendo un ruolo sempre più rilevante del cittadino consumatore il quale, all'interno del sistema energetico, può diventare anche produttore (il c.d. *prosumer*). Il *prosumer* è un cliente e utilizzatore, un utente che non si limita a esercitare il ruolo passivo tradizionalmente ricoperto dai singoli individui ma che assume una posizione attiva nel processo che coinvolge le fasi di creazione, produzione, distribuzione e consumo di energia. Il *prosumer* si integra nella comunità energetica assumendo un ruolo chiave all'interno della rete e differenziandosi dagli altri attori in quanto è pienamente attivo nelle fasi di produzione, stoccaggio, vendita e consumo, diventando dunque un attore a pieno titolo della transizione energetica *citizen-centred* il cui ruolo deve essere regolamentato e riconosciuto.

L'importanza strategica del *prosumer* per la società risiede nell'attenzione allo spreco e alla sostenibilità dell'energia che colui che non ha interessi economici e finanziari possiede.

A tale riguardo, l'evoluzione della tecnologia dei sistemi di accumulo energetico ha introdotto il termine *prosumage*⁴⁹, il quale identifica il *prosumer* dotato di *storage*, ossia l'utente che produce e consuma energia utilizzando sistemi di stoccaggio che gli permettono di immagazzinare il surplus di energia generato e di servirsene quando necessario e ciò consente di separare temporalmente il momento della produzione da quello del consumo. In questo senso l'obiettivo non è più solo circoscritto all'autoproduzione di energia da fonti rinnovabili ma anche l'intenzione di utilizzare tale energia autoprodotta senza ricorrere o riducendo al minimo gli scambi con la rete⁵⁰.

Prelevare meno energia dalla rete di distribuzione significa, infatti, ridurre le variabili di incertezza legate alla fornitura e al consumo. Pertanto, maggiore è il consumo di energia autoprodotta, maggiore sarà il risparmio e l'impatto sull'ambiente

5. A parere di chi scrive, per una corretta configurazione e promozione delle Comunità energetiche rinnovabili è necessario, inoltre, legare tale modello al principio di sussidiarietà orizzontale⁵¹, il quale opera come

⁴⁸ Direttiva 2018/2001, art. 2, co. 14.

⁴⁹ S. BECKER, C. KUNZE, *Transcending community*, cit.

⁵⁰ R. GATTI, Adesso Evolvere, *Il Prosumer continua ad evolvere*, 10 giugno 2021. reperibile al link <https://adesso.evolvere.com>.

⁵¹ Sulla portata del principio di sussidiarietà si vedano, G.F. FERRARI, *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo: problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003; C. MILLON, L. DELSO, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003; I. MASSA PINTO, *Principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in A.A.

criterio ordinatore delle dinamiche proprie dei rapporti tra enti territoriali e privati.

Tale principio si rivela talmente rilevante ai fini del riconoscimento delle CER all'interno del nostro ordinamento da meritare un approfondimento specifico.

Senza ripercorrere nel dettaglio la storia del principio di sussidiarietà, vale la pena evidenziare che, in seguito alla sua introduzione in Costituzione nel 2001 si è sviluppata in Italia nell'ultimo ventennio un'esperienza unica, sia sul piano teorico, sia sul piano pratico, riguardante il ruolo dei cittadini nella cura e nella gestione dei beni pubblici.

A tale proposito, l'art. 118, ultimo comma, della Costituzione dispone che «Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e comuni favoriscono le autonome iniziative dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»⁵². Al momento dell'entrata in vigore di tale disposizione alcuni la interpretarono in senso riduttivo, come se essa si limitasse a consentire benefici da vario genere al mondo del volontariato e del Terzo Settore. Altri, invece, la interpretarono come una sorta di legittimazione a “ritirarsi” dei soggetti pubblici in presenza di un “attivarsi” dei soggetti privati in funzione sostitutiva del pubblico.

Infine, un ulteriore filone di pensiero propose un'interpretazione dell'art. 118, ultimo comma, secondo la quale, nel riconoscere la capacità dei cittadini ad attivarsi autonomamente per condividere con l'amministrazione responsabilità di interesse generale, tale disposizione era finalizzata a promuovere lo sviluppo di forme di collaborazione tra cittadini e amministrazioni, dando vita ad un nuovo modello organizzativo.

Letta secondo quest'ultima prospettiva, la formulazione del principio di sussidiarietà adottata nell'art. 118, ultimo comma, consentì di legittimare sul piano costituzionale il modello dell'amministrazione condivisa, che oggi si è ormai affermato e consolidato come il modello di riferimento in numerosi ambiti di intervento.

CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale: itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino 2001, p.198 ss.; A. LUCARELLI, *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004, 130 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2002, 66 ss.; L. CHIEFFI, (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003; A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento «in house»*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2008, 5009 ss.; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011, p. 593 ss..

⁵² G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in P. CARNEVALE, F. MODUGNO, *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, 1 ss.

La definizione di amministrazione condivisa⁵³ era stata scelta di proposito per distinguere questo nuovo modello di amministrazione da un lato dalle esperienze di partecipazione degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, dall'altro dalla partecipazione al procedimento amministrativo prevista dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Nel modello di amministrazione condivisa l'ipotesi era che cittadini e amministrazioni condividessero non l'esercizio del potere, bensì l'esercizio della funzione, condividendo risorse e responsabilità per risolvere insieme problemi di interesse generale. Alla base di questa ipotesi c'era una "antropologia positiva" che considerava tutti i cittadini come portatori, non solo di bisogni, ma anche di capacità di ogni genere. Inoltre, scommetteva sul fatto che, se le istituzioni fossero state capaci di coinvolgerli nel perseguimento dell'interesse generale, tali cittadini sarebbero stati in grado di condividere con le amministrazioni pubbliche competenze professionali, esperienze, idee, tempo, relazioni e altre risorse, allo scopo di rendere efficiente l'intero sistema e risolvere insieme i problemi della comunità.

Come appare chiaro, la teoria dell'amministrazione condivisa si fonda su una precisa analisi di alcune esperienze innovative che si erano svolte negli anni Novanta del secolo scorso ma, nonostante il notevole impegno in tal senso, il principio di sussidiarietà rimase a lungo inapplicato e quindi anche il modello dell'amministrazione condivisa non ebbe ulteriori sviluppi.

La svolta è arrivata nel 2014, con la presentazione di un Regolamento comunale-tipo elaborato da LABSUS (Laboratorio per la sussidiarietà) e dal comune di Bologna, che "traduceva" la norma di cui all'art. 118, ultimo comma, della Costituzione in disposizioni di livello amministrativo. Grazie alla sua semplicità, tale Regolamento ha riscosso un enorme successo sia presso le amministrazioni pubbliche, sia presso i cittadini attivi, tanto che ad oggi il "Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni", secondo la sua attuale definizione, è stato adottato in oltre 270 comuni italiani sparsi in tutto il Paese. Inoltre, è interessante precisare che ogni comune nell'adottarlo ha apportato al testo originario del Regolamento miglioramenti e semplificazioni, eliminando disposizioni che non presentano alcuna utilità e inserendo invece istituti che l'esperienza ha dimostrato essere necessari.

Nel corso del tempo, al Regolamento in questione si sono aggiunte altre fonti normative che, applicando il principio di sussidiarietà, disciplinano l'amministrazione condivisa. Dunque, allo stato, sono presenti varie disposizioni in materia, a partire dall'art. 55, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore)⁵⁴ il quale, secondo la Corte costituzionale, crea

⁵³ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss.

⁵⁴ Per un approfondimento, F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo Settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano 2019.

fra amministrazioni ed enti del Terzo Settore «un canale di amministrazione condivisa alternativo a quello del profitto e del mercato»⁵⁵. A questo si aggiungono la legge della regione Lazio 26 giugno 2019, n. 10 e, in parte, la legge della regione Toscana del 24 luglio 2020, n. 71. Infine, alcune decine di «Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni» e, grazie all'applicazione di tali regolamenti, circa seimila patti di collaborazione per la cura dei beni pubblici.

La ragione per la quale si è ritenuto fondamentale richiamare il modello dell'amministrazione condivisa è che quest'ultimo, così come descritto, sembra rappresentare un "antecedente storico" delle Comunità energetiche.

Tornando all'art. 118, ultimo comma, questo prevede che i poteri pubblici favoriscano «le autonome iniziative dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale», ma non spiega come individuare tali attività, né come favorire i cittadini attivi. In tal senso, le CER sembrano rispondere ad entrambe le questioni. Infatti, esse rappresentano il "luogo" in cui i privati e l'amministrazione definiscono insieme cosa è nell'interesse generale della comunità e come perseguito.

Si può pertanto affermare che i cittadini attivi che si costituiscono in Comunità energetiche non stanno esercitando un potere, né stanno ottemperando ad un dovere, bensì stanno esercitando una nuova forma di libertà, responsabile e solidale, riconosciuta loro dall'art. 118, ultimo comma; pertanto, applicando il principio di sussidiarietà, fanno "vivere" la Costituzione e insieme con l'amministrazione co-producono le regole che disciplinano la loro collaborazione per la produzione e distribuzione delle fonti rinnovabili. Inoltre, sul piano teorico è interessante notare come questa esperienza faccia emergere una nuova dimensione del collettivo, con oggetto la gestione del bene energia, che prescinde da possibili situazioni di appartenenza.

Seguendo tale via, è compito del legislatore, comunitario e nazionale, indicare quale sia la strada da percorrere, partendo dalla considerazione che le Comunità energetiche rappresentano uno strumento di sviluppo locale, di lotta alla povertà energetica e forma di aggregazione flessibile e rapida al fine di raggiungere l'obiettivo della transizione energetica.

In sintesi, e giungendo alle conclusioni, è il passaggio da un approccio individuale ad uno collaborativo che consente di ottenere benefici riguardanti le sinergie direttamente connesse all'unione di più utenze energetiche. Dunque, affinché tale modello venga concretamente assimilato all'interno del nostro ordinamento, si ritiene necessario che i legislatori nazionale e regionali⁵⁶ cooperino al fine di favorire e promuovere la diffusione di tali

⁵⁵ Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020.

⁵⁶ S. DA EMPOLI, A. STERPA, *La Corte Costituzionale e il federalismo energetico*, in *Federalismi.it*, 2004, n. 3; F. DONATI, *Il riparto di competenze fra stato e regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e*

nuove realtà a livello territoriale. A tale riguardo, si ritiene di fondamentale importanza sviluppare una costante collaborazione tra i vari centri di potere, tenendo sempre ben presente la necessità di un coinvolgimento attivo dei cittadini e delle imprese; in tal senso, le Comunità energetiche rinnovabili sembrano rappresentare un altro essenziale tassello di quel fenomeno che prende il nome di “partenariato pubblico-privato”.

Infine, è essenziale ribadire che un altro elemento fondamentale è dato dal rapporto con la Pubblica Amministrazione che deve intervenire attraverso un’adeguata pianificazione territoriale, sostenendo l’azione di cooperazione energetica che può svilupparsi nei singoli comuni⁵⁷.

Pertanto, attesa l’importanza dell’amministrazione pubblica nella vita di queste nuove e particolari forme di aggregazione locale, la regolazione delle partnership pubblico-private risulta centrale, così come centrale è il ruolo svolto dal Piano d’azione per l’Energia sostenibile⁵⁸, la cui natura flessibile consente agli enti locali di intervenire sul territorio in modo da prevederne l’adattamento alle esigenze derivanti dall’impatto delle energie rinnovabili⁵⁹.

A tale riguardo, appare interessante un ultimo riferimento agli elementi innovativi introdotti dal PNRR. Presentato dal Governo Conte II il 15 gennaio 2021, dibattuto in sede parlamentare fino al 15 aprile 2021 e inviato all’Unione europea il 30 aprile 2021, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è il programma di rilancio del paese in seguito alla crisi e agli stravolgimenti socio-economici innescati dalla pandemia da Covid-19. Accolto positivamente dall’UE il 22 giugno 2021, e approvato con decisione

concorrenza, Torino, 2006; D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di), *Il governo dell’energia fra Stato e regioni*, Trento, 2009; M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, in *Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2014, 37 ss. C. BATTIATO, *Regioni ed energia rinnovabile: ancora una volta la scure della Corte Costituzionale si abbatte su norme regionali relative alla localizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili*, 2014, in www.giur.cost.org; L. CUOCOLO, *Gli incentivi agli interventi di efficienza energetica*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Politiche pubbliche e disciplina dell’efficienza energetica*, *Annuario di diritto dell’energia*, Bologna, 2016, 89 ss.; J. DI GESÙ, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia dal primo regionalismo alla clausola di asimmetria*, in *Italian Papers on Federalism*, 2020, n. 2, 1 ss.

⁵⁷ P. DE PASCALI (a cura di), *L’energia nelle trasformazioni del territorio. Ricerche su tecnologie e governance dell’energia nella pianificazione territoriali*, Milano, 2015.

⁵⁸ Il Patto dei Sindaci è un’iniziativa promossa dalla Commissione europea per coinvolgere attivamente le città europee nella strategia 20-20-20 verso la sostenibilità energetica ed ambientale, lanciata dalla Commissione il 29 gennaio 2008, nell’ambito della seconda edizione della Settimana europea dell’energia sostenibile (EUSEW 2008). Con tale strumento i firmatari del patto definiscono in che modo intendono raggiungere l’obiettivo minimo di riduzione delle emissioni di CO₂ entro il 2020. Si tratta di un insieme di azioni a breve e medio termine da intraprendere durante il periodo di attuazione, insieme ad una tabella di marcia e responsabilità assegnate al fine di raggiungere l’obiettivo stabilito.

⁵⁹ Gli impegni del Patto riguardano l’intera area geografica dell’ente locale dove si possono escludere specifici impianti o zone del territorio e sono coinvolti sia il settore pubblico e sia quello privato.

del Consiglio europeo il 13 luglio, il Piano fa parte del programma *Next Generation EU* e dell'istituzione del relativo fondo per la ripresa europea post-pandemica.

Un punto chiave del programma nazionale – articolato in sei missioni – è rappresentato dalla transizione ecologica e digitale di un paese che soffre ancora di tangibili e concreti *digital divide* fra aree urbane, e si confronta con le fasi decisive della *green transition* nell'accesso a fonti energetiche e nei consumi.

I temi relativi alla ricerca *Community Energy Map* trovano ampio spazio all'interno della Missione 2 (“Rivoluzione verde e transizione ecologica”), e a quanto riportato nel riquadro informativo M2C2, dedicato ai temi dell'energia rinnovabile, idrogeno, reti e transizione energetica e mobilità sostenibile.

In particolare, il PNRR prevede l'erogazione di 2,2 miliardi di euro da destinare allo sviluppo delle Comunità energetiche; le risorse sembrano destinate a supportare la fase di avvio di queste iniziative, e in tal senso si aggiungono agli attuali strumenti individuati a livello nazionale.

6. In definitiva, è possibile affermare che, se disciplinate nel modo più opportuno, la Comunità energetiche rinnovabili possono rappresentare lo strumento per realizzare tre importanti obiettivi: la democrazia energetica, la lotta contro la povertà energetica⁶⁰ e l'*energy justice*.

Con riferimento al primo obiettivo, la democrazia energetica viene concettualmente definita dall'organizzazione non governativa *Justice Climate Alliance* come «energy democracy represents a shift from the corporate, centralized fossil fuel economy to one that is governed by communities, is designed on the principle of no harm to the environment, supports local economies, and contributes to the health and well-being for all peoples»⁶¹.

Questa definizione collega la transizione verso fonti di energia rinnovabile a un processo di democratizzazione fondato sulla redistribuzione dei vantaggi economici e sociali che ne derivano⁶².

In questo senso, la democrazia energetica è strettamente connessa al ruolo delle Comunità energetiche, entrambi i concetti infatti si basano su una più ampia partecipazione e *ownership* dei sistemi di produzione energetica locale. Nelle CER, gli attori locali interessati possono decidere come produrre l'energia che andranno a consumare ed eventualmente redistribuire immettendola nella rete; la produzione e la distribuzione di energia

⁶⁰ H. THOMSON, C. SNELL, C. LIDDELL, *Fuel Poverty in the European Union: A Concept in Need of Definition? People Place and Policy Online*, 2016, 5-24; H. THOMSON, N. SIMCOCK, S. BOUZAROVSKI, S. PETROVA, *Energy Poverty and Indoor Cooling: An Overlooked Issue in Europe. Energy and buildings*, in *Energia e Costruzioni*, 2019, 21-29.

⁶¹ Tale definizione è disponibile *online* su <https://climatejusticealliance.org>.

⁶² C. KUNZE, S. BECKER, *Energy Democracy in Europe. A Survey and Outlook*, 2014, reperibile *online*.

diventano quindi democratiche e giuste nell'interesse della popolazione locale realizzando un valore aggiunto, rendendo autosufficienti i nuclei abitativi soddisfacendo gli interessi di policy di riduzione dell'impronta ambientale e contemporaneamente contribuendo al perseguimento della neutralità climatica⁶³.

Democrazia energetica⁶⁴ significa anche che i cittadini possono giocare un ruolo importante nel plasmare i risultati della politica energetica attraverso tre meccanismi principali⁶⁵. Il primo meccanismo si riferisce alla partecipazione alla pianificazione del settore energetico e nel processo decisionale; la seconda modalità è individuata nella maggiore proprietà dei beni energetici e il controllo locale da parte delle comunità o la rimunicipalizzazione delle risorse pubbliche; infine, il terzo meccanismo riguarda la scelta del consumatore che deriva dal comportamento del razionale del singolo⁶⁶. Tutti e tre i meccanismi condividono l'inclusione degli attori non tradizionali, come le comunità locali, le organizzazioni della società civile e le popolazioni emarginate, nei processi di *policy-making* in ambito energetico. Questo incremento dell'inclusività del dialogo sull'energia è rilevante poiché la necessità di sviluppare nuove infrastrutture energetiche pone la questione di una loro nuova riallocazione. Inoltre, il carattere decentralizzato delle fonti rinnovabili comporta che molte più aree locali e rurali vengono "colpite" dagli impatti fisici, sociali ed economici della transizione energetica.

Se si sceglie di seguire tale direzione, accogliere l'opportunità della transizione verso fonti di energia rinnovabile come un cambiamento strutturale del sistema energetico per una transizione equa e giusta è essenziale; così come essenziale e determinante è il ruolo che le Comunità energetiche rinnovabili possono svolgere nell'ambito del processo di neutralità climatica europea.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, la povertà energetica è un concetto multidimensionale che non può essere attestato da un unico indicatore e che, allo stesso modo, non può essere spiegato tramite una definizione univoca. Sebbene quest'ultima non sia stata ancora elaborata, generalmente questo termine indica una situazione di impossibilità ad accedere a un paniere minimo di beni e servizi energetici da parte di famiglie o individui.

⁶³ Sul punto, GRUPPO BANCA EUROPEA DEGLI INVESTIMENTI, *Climate Action and Environmental Sustainability Overview*, 2021.

⁶⁴ L. DIESTELMEIER, *The Role of Energy Communities in Facilitating Sustainable Energy Democracy*, in R. FLEMING, K. HUHTA, L. REINS (eds.), *Sustainable Energy Democracy and the Law*, Leiden, 2021, 124 ss.

⁶⁵ M. WAHLUND, J. PALM, *The Role of Energy Democracy and Energy Citizenship for Participatory Energy Transitions: A Comprehensive Review*, in *Energy Research and Social Science*, maggio 2022.

⁶⁶ *Ibidem*.

Al fine di rilevare il fenomeno della povertà energetica è dunque necessario utilizzare una combinazione di indicatori rilevanti, ognuno dei quali può servire ad evidenziarne una particolare caratteristica.

L'Osservatorio dell'Unione europea sulla Povertà energetica (*Energy Poverty Advisory Hub*) individua gli indicatori principali del fenomeno, fra cui la spesa energetica particolarmente bassa, la presenza di arretrati nel pagamento delle bollette delle utenze domestiche, una quota particolarmente elevata del reddito destinata alle spese per l'energia e l'incapacità di riscaldare, raffreddare e illuminare adeguatamente la propria abitazione⁶⁷.

Pertanto, la povertà energetica è associata ad una serie di conseguenze negative che interessano non solo il singolo individuo ma tutta la società. Tale fenomeno ha infatti effetti diretti sulla salute e il benessere dei soggetti ma ha anche effetti indiretti su molti altri settori tra cui l'ambiente, la produttività e la decarbonizzazione. Nello specifico, le CER possono contribuire a risolvere diverse disuguaglianze fronteggiate dai cittadini in povertà energetica; ad esempio, attraverso la produzione diretta di energia rinnovabile e la vendita del surplus di energia che non viene consumato, le Comunità energetiche permettono l'accesso all'energia in modo diretto, riducendo la spesa energetica e, indiretto, fornendo misure di efficienza energetica finanziate dai ricavi di vendita.

Ciò detto, le Comunità energetiche non rappresentano solo uno strumento utile per contribuire in modo concreto alla lotta al cambiamento climatico, ma nascono anche con lo scopo di fronteggiare le sfide della società contemporanea e, in quanto tali, possono diventare un mezzo per contrastare le situazioni diffuse di povertà energetica. Nonostante esse non siano la soluzione al fenomeno in questione, le CER tramite l'azione collettiva possono svolgere un ruolo chiave per sostenere le persone e i nuclei familiari in difficoltà. Infatti, grazie alla collaborazione con attori pubblici e privati mediante l'applicazione di schemi di finanziamento innovativi, queste iniziative possono portare a una sensibile riduzione degli importi delle bollette dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e alla redistribuzione delle rendite in progetti di interesse collettivo, offrendo allo stesso tempo uno stimolo alla coesione sociale e all'adozione di comportamenti *cost-effective*.

Sviluppare e trarre beneficio da questa potenzialità risulta centrale se si persegue una strategia di sviluppo delle Comunità energetiche come risposta al fenomeno della povertà energetica; come detto, la transizione verso fonti di energia rinnovabile e sostenibile deve essere infatti una transizione giusta e inclusiva.

Infine, le CER sono una chiara e diretta manifestazione del principio di "energy justice": «Energy justice refers to the goal of achieving equity in

⁶⁷ E. LEONARDI, *Comunità energetiche. Attori della transizione energetica in Unione europea*, 2021, reperibile su www.europaregion.info.

both the social and economic participation in the energy system, while also remediating social, economic, and health burdens on marginalized communities. Energy justice explicitly centers the concerns of frontline communities and aims to make energy more accessible, affordable, clean, and democratically managed for all communities»⁶⁸.

Il principio di giustizia energetica si riferisce a un sistema energetico in cui costi e benefici siano equamente distribuiti per rendere le decisioni energetiche il risultato di un più ampio processo democratico⁶⁹. La giustizia energetica mira, dunque, ad affrontare le sfide della transizione per trovare soluzioni che siano eque e rispettose dei diritti, delle persone e degli interessi coinvolti al fine di fornire un quadro normativo chiaro ed equo.

Il percorso intrapreso dall'Unione europea verso una transizione energetica sostenibile e la riduzione delle emissioni inquinanti non deve generare nuove forme di povertà e disuguaglianza; in tal senso, è di vitale importanza che vengano adottate le giuste misure affinché la decarbonizzazione sia un progresso per tutti. Infatti, come è stato ben sottolineato nella Comunicazione della Commissione sul *Green Deal*, quella europea deve essere una transizione giusta e inclusiva, che mette al primo posto le persone e che si faccia carico delle comunità sulle quali l'impatto della decarbonizzazione sarà più pesate⁷⁰.

Pertanto, il principio di giustizia energetica è rilevante nel contesto delle Comunità energetiche come base per l'innovazione del settore, ciò soprattutto sotto il profilo della giustizia distributiva (*distributive justice*)⁷¹, che si riflette nella dimensione dei risultati di un progetto e sulla relativa distribuzione dei benefici e dei rischi tra i diversi attori coinvolti. A tale riguardo, un vantaggio delle Comunità energetiche è quello di permettere a un ampio gruppo di clienti di partecipare al mercato dell'elettricità, compresi coloro che altrimenti non avrebbero la possibilità di farlo. Le persone socialmente svantaggiate o che vivono situazioni di povertà energetica possono trarre dei significativi benefici dalla partecipazione in quanto l'uso comunitario di fonti di energia rinnovabile può svolgere una funzione significativa nella riduzione delle spese per l'energia elettrica.

Venendo alle conclusioni, le Comunità energetiche presentano la possibilità di svolgere una funzione determinante nel facilitare la decentraliz-

⁶⁸ S. BAKER, S. DEVAR, S. PRAKASH, *The Energy Justice Workbook, Initiative for Energy Justice*, dicembre 2019.

⁶⁹ L.M. PEPE, *Il diritto dell'energia fondato su principi. La transizione ecologica come giustizia energetica*, in *Ambiente Diritto*, 2021, n. 4, p. 1 ss..

⁷⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640, 11 dicembre 2019.

⁷¹ A. CARAMIZARU, A. UIHLEIN, *Energy Communities: An Overview of Energy and Social Innovation*, in *Science for Policy Report*, 2020.

zazione del sistema energetico promuovendo lo sfruttamento locale delle energie rinnovabili⁷².

È evidente che, a partire dalla recente evoluzione del quadro normativo, nel contesto italiano si stanno delineando i fattori abilitanti allo sviluppo delle CER rispetto alle condizioni normative, tecnologiche ed economico-finanziarie. A parere di chi scrive, le iniziative che riguardano le Comunità energetiche sembrano fortemente condizionate da tre fattori fondamentali: la necessità di costruire uno stretto legame organizzativo con il territorio e le comunità di pratiche, l'interesse a sviluppare condizioni di sostenibilità organizzativa e finanziaria dei progetti energetici; l'intento di conoscere e coinvolgere le soluzioni socio-tecniche locali per lo sviluppo di attività energetiche.

Sotto il primo profilo, è necessario mutuare conoscenza tra ecosistemi e reti di organizzazioni nazionali e internazionali che già fanno *advocacy* per il settore delle Comunità energetiche e sui diritti per la “democrazia energetica” e la transizione ecologica legata al settore dell'energia.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, si ritiene essenziale sviluppare accordi di collaborazione tra diversi attori privati (ESCO) e attori pubblici (PA, consorzi di comuni, ecc.); a tal fine, le cooperative, le fondazioni e le imprese a matrice comunitaria (proprietà collettiva) si configurano come modelli validi per sostenere il potenziale di queste innovazioni locali.

Infine, con riferimento all'ultimo fattore fondamentale, lo sviluppo delle CER si ottiene attraverso la realizzazione delle tecnologie e degli impianti “customizzati” in base alle risorse presenti sul territorio e la stipula degli accordi di acquisto e vendita di servizi energetici in stretto rapporto con le comunità locali.

In considerazione di quanto appena esposto, bisogna lavorare sull'accettabilità sociale delle iniziative aventi ad oggetto le Comunità energetiche, adattandole ai fabbisogni del territorio, promuovendo formule collettive di proprietà degli impianti, assicurando modelli generativi in termini di sviluppo locale ed *empowerment* nel mercato energetico; pertanto, l'aspettativa è che i modelli di produzione energetica promossi dalle CER possano effettivamente differenziarsi da quelli caratterizzati dai grandi impianti, vengano favoriti da politiche di sostegno e incentivi necessari per minimizzare i costi e massimizzare l'efficienza finanziaria della singola fonte.

Si sta gradualmente assistendo alla creazione di un modello *bottom-up* che affiancandosi alla pianificazione *top-down* può favorire uno sviluppo territoriale, vicino ai cittadini e climaticamente sostenibile. Per coadiuvare e incoraggiare la creazione di questi modelli di aggregazione locale rimane però fondamentale osservare il ruolo giocato dalle istituzioni europee, organizzazioni e *stakeholders*, tutti portatori di interessi diversi ma che sostengono il processo di “elettrificazione” del sistema energetico europeo e

⁷² Sul punto è interessante, JRC – Commissione europea, *op. cit.*

che riconoscono il ruolo degli attori strategici in questo settore. Attori quali le CER che sono in grado di azzerare le emissioni inquinanti prodotte localmente, attraverso lo sfruttamento di fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica che soddisfi pianamente i consumi domestici e il bisogno delle attività economiche mediante l'ottimale redistribuzione energetica a livello locale.

ABSTRACT

*Renewable Energy Communities:
The Protagonists of Ecological Transition*

Renewable energy Communities can be considered a model of organizational innovation that makes end customers protagonists of the energy transition, allowing citizens, administrations and local businesses to collectively develop and manage energy projects and services, with a different governance and ownership model compared to traditional business organization.

The generation of energy from renewable sources should not be understood as a simple economic or financial phenomenon, but as a tool to foster social relationship.

This paper analyzes the fundamental characteristics and functions of CER, highlighting the benefits of their diffusion.

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

NAZIONI UNITE

ASSEMBLEA GENERALE

77^a sessione

QUESTIONI POLITICHE E DECOLONIZZAZIONE

1. *Premessa.* – Anche nel corso della 77^a sessione, l'Assemblea Generale ha rivolto il proprio interesse a diverse questioni di natura politica. Nello specifico, la presente Rassegna avrà per oggetto l'esame delle risoluzioni relative alla situazione in Afghanistan e in Medio Oriente, la necessità di porre fine all'embargo contro Cuba, la tutela dei diritti delle donne oltre alle tematiche relative alla decolonizzazione.

2. *Situazione in Afghanistan.* – Nel corso della 77^a sessione l'Assemblea si è interessata alla *situazione in Afghanistan*, adottando in seduta plenaria la risoluzione 77/10¹. In essa, ha espresso profonda preoccupazione per gli sviluppi e la volatilità della situazione nel Paese dopo la presa del potere dei Talebani, per la disastrosa situazione economica, umanitaria e sociale, per la persistente violenza e la presenza di gruppi terroristici, oltre che per l'assenza di processi decisionali rappresentativi e inclusivi e per l'abuso dei diritti umani, compresi quelli delle donne e delle persone appartenenti a minoranze. Essa ha inoltre auspicato che l'Afghanistan rispetti e dia piena attuazione a tutti i trattati, i patti e le convenzioni, bilaterali o multilaterali, di cui è parte; e ha esortato i Talebani a garantire la sicurezza del personale diplomatico e delle loro strutture, oltre che degli operatori umanitari e delle organizzazioni internazionali presenti nel Paese.

L'Assemblea, nel ribadire il proprio fermo impegno a favore del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani di tutti gli Afgani, ha espresso in particolare la propria grave preoccupazione per la situazione delle donne e delle ragazze e per l'imposizione di restrizioni che incidono sulla loro piena e paritaria partecipazione alla vita pubblica, compresa la libertà di movimento, sottolineando inoltre la mancanza di parità di accesso all'istruzione, a seguito della decisione di

¹ UN Doc. A/RES/77/10, 10 novembre 2022, approvata con 116 voti favorevoli, nessun voto contrario, 10 astensioni (tra cui Cina, Repubblica Popolare Democratica di Corea, Etiopia e Federazione Russa). Per l'elenco completo degli Stati che si sono astenuti si veda UN Doc. A/77/PV.33.

non riaprire le scuole secondarie per le ragazze afgane, esortando i Talebani a invertire tali politiche.

Al tempo stesso, l'Assemblea ha condannato tutti gli attacchi, le rappresaglie e le violenze rivolte ai giornalisti e agli operatori dei *mass-media*, oltre alle particolari restrizioni affrontate dalle donne in tale ambito lavorativo; e ha auspicato che gli autori di tali violenze siano assicurati alla giustizia in conformità con il diritto nazionale e internazionale, esortando inoltre tutti i principali attori politici afgani a garantire e rispettare la libertà di opinione ed espressione, nonché la libertà e l'accesso ai *mass-media*.

L'Assemblea ha poi ribadito la propria profonda preoccupazione per la situazione della sicurezza e per le continue violenze in Afghanistan, nonché per la presenza di gruppi terroristici come Al-Qaida, Isil e i loro affiliati, quali Isil-Khorasan Province, oltre che di *foreign fighters*. Pertanto, essa ha esortato i Talebani ad adottare misure concrete contro le suddette organizzazioni; e ha sottolineato la necessità che gli Stati vicini e la Comunità internazionale continuino a lavorare in stretta collaborazione nel contrasto a tutti gli atti di terrorismo e alle minacce correlate, compresa quella posta dai *foreign fighters* e dal finanziamento del terrorismo nella regione, assicurando il proprio supporto in tal senso.

Inoltre, l'Assemblea ha espresso la propria profonda preoccupazione per la minaccia che la coltivazione illecita di oppio e la produzione di metanfetamine, unite al consumo e al traffico di tali droghe, pongono alla sicurezza e allo sviluppo dell'Afghanistan e della regione; e, considerando che tali attività possono contribuire in modo significativo al finanziamento dei gruppi terroristici operanti nella regione, ha esortato gli Stati a rafforzare la cooperazione internazionale e regionale per contrastare tale minaccia, riconoscendo l'importante ruolo svolto in tale ambito dagli Stati limitrofi e dall'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine.

In merito alla difficile situazione umanitaria, l'Assemblea ha esortato la Comunità internazionale a fornire, in accordo con il diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario, e conformemente ai principi umanitari, assistenza umanitaria e risorse finanziarie, auspicando anche il sostegno per il Piano di risposta umanitaria in Afghanistan del 2022.

L'Assemblea ha poi riconosciuto la necessità di migliorare le condizioni di vita del popolo afgano e di soddisfare i bisogni umani fondamentali, quali in particolare la parità di accesso ai servizi di base come istruzione e sanità, tenendo conto della risoluzione 2615(2021) del Consiglio di sicurezza. Essa inoltre ha ricordato la sua preoccupazione per l'impatto negativo dei cambiamenti climatici, dei disastri naturali e delle questioni ambientali in Afghanistan; e ha sottolineato la necessità urgente di favorire resilienza, specialmente per le persone più vulnerabili, anche attraverso la rivitalizzazione di sistemi alimentari sostenibili.

Nel prosieguo della risoluzione, l'Assemblea si è soffermata sull'aumento del numero di sfollati e rifugiati provenienti dall'Afghanistan, e ha ricordato gli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale dei rifugiati, esortandoli a continuare ad accettare un numero adeguato di rifugiati Afgani per *resettlement*, come manifestazione di solidarietà e di responsabilità condivisa. Essa inoltre ha ribadito che la pace e la stabilità, lo sviluppo economico e sociale, il rispetto per i diritti umani e un governo inclusivo in Afghanistan contribuirebbero a un ritorno volontario, sicuro,

dignitoso e sostenibile di tutti i rifugiati e gli sfollati, per svolgere un ruolo costruttivo nel Paese.

L'Assemblea ha poi sottolineato l'importanza della cooperazione regionale quale mezzo per promuovere la pace; ha riconosciuto a tal fine l'importanza del contributo dei *partners* e delle organizzazioni regionali. Essa inoltre ha confermato il proprio sostegno al lavoro della UN Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA), secondo il mandato stabilito dal Consiglio di sicurezza nella risoluzione 2626(2022); ha sottolineato l'importanza della sua presenza e delle altre agenzie e programmi delle Nazioni Unite, esprimendo inoltre il proprio apprezzamento per la nomina del nuovo Rappresentante speciale del Segretario generale per l'Afghanistan.

3. *Situazione in Medio Oriente: la questione della Palestina.* – Come nelle precedenti sessioni, l'Assemblea ha dedicato numerose delibere alla questione palestinese. Nella risoluzione 77/25², adottata in seduta plenaria e dedicata alla *risoluzione pacifica della questione palestinese*, essa ha sottolineato la necessità di intraprendere urgentemente sforzi collettivi per avviare negoziati credibili sul processo di pace in Medio Oriente, sulla base di parametri chiari ed entro il termine specificato dal Quartetto nella sua dichiarazione del 21 settembre 2010, esortando nuovamente un maggiore impegno delle parti, anche attraverso negoziati, con il sostegno della Comunità internazionale, verso la conclusione di una soluzione di pace definitiva, giusta e duratura. Inoltre, essa ha ribadito il suo impegno, in conformità con il diritto internazionale, per la soluzione dei due Stati di Israele e Palestina, che vivano fianco a fianco in pace e sicurezza e all'interno di confini riconosciuti, ossia quelli precedenti al 1967.

Nel prosieguo della risoluzione, l'Assemblea ha auspicato il ritiro di Israele dai Territori occupati dal 1967, compresa Gerusalemme Est; la realizzazione dei diritti inalienabili del popolo palestinese, principalmente il diritto all'autodeterminazione e ad uno Stato indipendente, e una giusta risoluzione del problema dei profughi palestinesi in conformità con la propria risoluzione 194(III) dell'11 dicembre 1948. Essa inoltre ha esortato tutti gli Stati, in conformità con gli obblighi previsti dalla Carta e dalle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza, a, *inter alia*, non riconoscere alcuna modifica ai confini precedenti al 1967, inclusi quelli riguardanti Gerusalemme, diversa da quelle concordate tra le parti attraverso i negoziati, anche garantendo che gli accordi con Israele non implichino il riconoscimento della sovranità israeliana sui territori occupati nel 1967; nonché a rispettare e garantire il diritto internazionale, in ogni circostanza, anche attraverso misure di *accountability*, conformi al diritto internazionale. L'Assemblea ha infine richiesto al Segretario generale, anche attraverso il suo Coordinatore speciale per il processo di pace in Medio Oriente e il Rappresentante personale presso l'OLP e l'Autorità palestinese, di proseguire i suoi sforzi con le parti interessate e in consultazione con il Consiglio di sicurezza, anche relativamente alla relazione richiesta dalla risoluzione 2334(2016), verso il raggiungimento di una soluzione pacifica della questione palestinese e della promozione della pace nella regione.

² UN Doc. A/RES/77/25, 30 novembre 2022, approvata con 153 voti favorevoli, 9 voti contrari (tra cui Canada, Israele, USA), 10 astensioni (tra cui Brasile, Camerun, Sud Sudan). Per l'elenco completo degli Stati che hanno espresso voto contrario e che si sono astenuti si veda UN Doc. A/77/PV.42.

Come nelle precedenti sessioni, l'Assemblea ha dedicato alcune delibere alla questione del Golan siriano e di Gerusalemme. Nella risoluzione 77/126³ – adottata su proposta della IV Commissione – l'Assemblea ha ribadito che gli *insediamenti israeliani nel territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme Est, e il Golan siriano occupato* sono illegali e rappresentano un ostacolo alla pace e allo sviluppo economico e sociale, auspicandone l'immediata e completa cessazione. Inoltre, essa ha sottolineato la responsabilità di Israele, quale Potenza occupante, di indagare su tutti gli atti di violenza commessi dai coloni contro i civili palestinesi e le loro proprietà, garantendo la responsabilità per tali atti e il termine dell'impunità in materia. L'Assemblea ha poi invitato tutti gli Stati, conformemente agli obblighi di diritto internazionale e alle risoluzioni in materia, a non riconoscere e a non prestare assistenza nel mantenere la situazione creata da tali misure illegali ai sensi del diritto internazionale, in particolare quelle volte a favorire l'annessione dei Territori palestinesi occupati.

Al *Golan siriano* è dedicata la risoluzione 77/26⁴, adottata in seduta plenaria. In essa, l'Assemblea ha dichiarato che la decisione israeliana del 14 dicembre 1981 di imporre le proprie leggi, la propria giurisdizione e amministrazione sul Golan siriano è nulla e priva di validità, come confermato dal Consiglio di sicurezza nella sua risoluzione 497(1981) e ha pertanto esortato Israele a revocarla. Inoltre, essa ha ribadito che tutte le disposizioni pertinenti dei Regolamenti allegati alla Convenzione dell'Aja del 1907 e alla Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra, del 12 agosto 1949, continuano ad applicarsi al territorio siriano occupato dal 1967 e ha invitato le parti a rispettare e garantire il rispetto degli obblighi ai sensi di tali strumenti in tutte le circostanze.

Su proposta della IV Commissione, l'Assemblea ha adottato la risoluzione 77/125⁵ nella quale ha nuovamente invitato Israele, quale Potenza occupante, a rispettare le risoluzioni pertinenti sul *Golan siriano occupato*, in particolare la 497(1981) del Consiglio di sicurezza; nonché a desistere dal modificarne il carattere fisico, la composizione demografica, la struttura istituzionale e lo *status* giuridico, in particolare astenendosi dalla creazione di insediamenti. Infine, essa ha nuovamente esortato gli Stati membri a non riconoscere le misure legislative e amministrative in materia.

Anche nella presente sessione, l'Assemblea ha adottato in seduta plenaria alcune risoluzioni, riguardanti tre istituzioni dedite a diffondere una maggiore conoscenza della questione palestinese. Con la risoluzione 77/22⁶ l'Assemblea ha espresso il proprio apprezzamento al *Comitato per i diritti inalienabili del popolo palestinese* per l'impegno profuso nell'adempimento dei compiti ad esso assegnati, volti a raggiungere una soluzione pacifica della questione palestinese. Inoltre, essa ha richiesto al Comitato di continuare ad interessarsi della situazione, svolgendo una

³ UN Doc. A/RES/77/126, 12 dicembre 2022.

⁴ UN Doc. A/RES/77/26, 30 novembre 2022, approvata con 92 voti favorevoli, 9 voti contrari (tra cui Israele, Regno Unito e USA), 65 astensioni (tra cui Francia, Germania, Giappone, Italia e Spagna). Per l'elenco completo degli Stati che hanno espresso voto contrario e che si sono astenuti si veda UN Doc. A/77/PV.42.

⁵ UN Doc. A/RES/77/125, 1° dicembre 2022.

⁶ UN Doc. A/RES/77/22, 30 novembre 2022, approvata con 101 voti favorevoli, 17 voti contrari (tra cui Germania, Israele e USA), 53 astensioni (tra cui Francia, Germania, Giappone, Italia e Regno Unito). Per l'elenco completo degli Stati che hanno espresso voto contrario e che si sono astenuti si veda UN Doc. A/77/PV.42.

funzione consultiva nei confronti dell'Assemblea generale, del Consiglio di sicurezza o del Segretario generale, se ritenuto appropriato. Infine, l'Assemblea ha invitato tutti i governi e le organizzazioni ad ampliare la loro cooperazione verso il Comitato e ha richiesto al Segretario generale di continuare a fornirgli tutte le strutture necessarie per l'espletamento dei suoi compiti.

Nella risoluzione 77/23⁷ l'Assemblea ha sottolineato il contributo positivo apportato dalla *Divisione del Segretariato per i diritti dei palestinesi* alla diffusione di una maggiore consapevolezza internazionale sulla questione palestinese. Pertanto, essa ha esortato il Segretario generale a continuare a fornirle le risorse necessarie e ha invitato tutti i Governi e le organizzazioni ad ampliare la loro cooperazione. Con la risoluzione 77/24⁸ l'Assemblea ha confermato l'utilità del *Programma speciale di informazione sulla questione della Palestina del Dipartimento di pubblica informazione del Segretariato* nel sensibilizzare la comunità internazionale sulla questione palestinese e sulla situazione in Medio Oriente e ha esortato il Dipartimento a continuare ad organizzare incontri per i media e i rappresentanti della società civile, al fine di favorire un dialogo positivo e promuovere la pace e la comprensione reciproca nella regione.

L'Assemblea si è poi interessata alle *pratiche israeliane che incidono sui diritti umani del popolo palestinese nel territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme est*, adottando la risoluzione 77/247⁹, su proposta della IV Commissione. In essa, l'Assemblea ha ribadito che tutte le misure e le azioni intraprese da Israele, quale Potenza occupante, nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est, in violazione delle pertinenti disposizioni della Convenzione di Ginevra relativa alla Protezione delle persone civili in tempo di guerra del 12 agosto 1949, e contrarie alle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza, sono illegali e prive di validità; ha altresì esortato Israele al rispetto della suddetta Convenzione. Nel prosieguo della risoluzione, l'Assemblea ha richiesto che Israele si conformi agli obblighi previsti dal diritto internazionale, come indicato nel parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 9 luglio 2004 e nelle proprie risoluzioni ES-10/15 del 20 luglio 2004 e ES-10/13 del 21 ottobre 2003, cessando immediatamente la costruzione del muro nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est; smantellando la struttura ivi situata; abrogando o rendendo inefficaci tutti gli atti legislativi o regolamentari ad esso relativi, nonché risarcendo tutti i danni causati dalla costruzione del muro, che ha gravemente inciso sui diritti umani e le condizioni socio-economiche della popolazione palestinese.

Infine, l'Assemblea ha deciso, ai sensi dell'art. 96 della Carta delle Nazioni Unite, di chiedere alla Corte internazionale di giustizia, conformemente all'art. 65 dello Statuto della Corte, di esprimere un parere consultivo su due questioni, sulla base del diritto internazionale, compresa, *inter alia*, la Carta delle Nazioni e il citato parere consultivo. Il primo quesito riguarda le conseguenze legali derivanti dalla

⁷ UN Doc. A/RES/77/23, 30 novembre 2022, approvata con 90 voti favorevoli, 30 voti contrari (tra cui Germania, Israele, Italia, Regno Unito e USA), 47 astensioni (tra cui Federazione Russa, Francia, Giappone e Spagna). Per l'elenco completo degli Stati che hanno espresso voto contrario e che si sono astenuti si veda UN Doc. A/77/PV.42.

⁸ UN Doc. A/RES/77/24, 30 novembre 2022, approvata con 149 voti favorevoli, 11 voti contrari (tra cui Australia, Canada, Israele e USA), 13 astensioni (tra cui Eritrea, Messico, Togo, Uruguay). Per l'elenco completo degli Stati che hanno espresso voto contrario e che si sono astenuti si veda UN Doc. A/77/PV.42.

⁹ UN Doc. A/RES/77/247, 30 dicembre 2022.

continua violazione da parte di Israele del diritto del popolo palestinese all'autodeterminazione; dalla sua prolungata occupazione e annessione del territorio palestinese occupato dal 1967, comprese le misure volte ad alterare la composizione demografica, il carattere e lo *status* della Città santa di Gerusalemme, nonché dall'adozione di misure e legislazioni discriminatorie. Il secondo quesito attiene all'influenza delle politiche e delle prassi di Israele sullo *status* legale dell'occupazione e alle conseguenze legali derivanti dal suddetto *status* per tutti gli Stati e per le Nazioni Unite.

Nella risoluzione 77/30¹⁰, avente ad oggetto l'*assistenza al popolo palestinese* e adottata in seduta plenaria, l'Assemblea ha invitato la Comunità internazionale a fornire urgentemente l'assistenza e i servizi necessari nel tentativo di alleviare la difficile situazione umanitaria affrontata dalle donne palestinesi, dai bambini e dalle loro famiglie; nonché di favorire la ricostruzione e lo sviluppo delle pertinenti istituzioni palestinesi. Inoltre, essa ha sottolineato la necessità della piena attuazione da parte di entrambe le parti degli accordi esistenti, tra cui l'Accordo del 15 novembre 2005 sulla circolazione e l'accesso e i principi concordati per il valico di Rafah, per consentire la libertà di movimento per la popolazione civile palestinese, così come per le importazioni e le esportazioni, all'interno e all'esterno della Striscia di Gaza. L'Assemblea ha infine richiesto al Segretario generale di presentarle un rapporto nel corso della 78^a sessione, attraverso il Consiglio economico e sociale, sull'attuazione della presente risoluzione, contenente una valutazione dell'assistenza effettivamente ricevuta dal popolo palestinese e delle necessità ancora non soddisfatte, nonché delle proposte concrete per rispondervi efficacemente.

Con riferimento alla questione dei rifugiati, l'Assemblea ha adottato tre delibere, su proposta della IV Commissione. Nella risoluzione 77/124¹¹ ha ribadito il diritto dei rifugiati palestinesi *alle loro proprietà e ai redditi da esse derivanti*, in conformità con i principi di equità e giustizia. In questa risoluzione, l'Assemblea ha richiesto al Segretario generale di adottare tutte le misure appropriate, in consultazione con la Commissione di conciliazione delle Nazioni Unite per la Palestina, per la protezione delle proprietà arabe in Israele e di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione. Nella risoluzione 77/123¹², dedicata all'*assistenza ai rifugiati palestinesi*, l'Assemblea ha nuovamente rilevato con rammarico che il rimpatrio o l'indennizzo per i rifugiati, previsto dal par. 11 della propria risoluzione 194(III), non è stato ancora effettuato; pertanto, ha confermato la richiesta alla Commissione di conciliazione delle Nazioni Unite per la Palestina di continuare ad adoperarsi per l'attuazione di tale previsione e di riferirle in merito non oltre il 1° settembre 2023. Invece, nella risoluzione 77/122¹³, relativa alle *operazioni dell'UNRWA per i rifugiati palestinesi nel vicino Est*, l'Assemblea ha elogiato l'Agenzia per i suoi sforzi straordinari, in cooperazione con le altre agenzie delle Nazioni Unite, nel fornire assistenza umanitaria, compreso cibo, alloggio e assistenza medica, ai rifugiati e ai civili colpiti durante i periodi di crisi e di conflitto. Inoltre, essa ha richiesto al Commissario generale di proseguire gli sforzi per mantenere ed aumentare il sostegno dei donatori tradizionali e per rafforzare le entrate dei donatori non tradizionali, anche attraverso partenariati con enti pubblici e

¹⁰ UN Doc. A/RES/77/30, 6 dicembre 2022, adottata senza ricorso al voto.

¹¹ UN Doc. A/RES/77/124, 12 dicembre 2022.

¹² UN Doc. A/RES/77/123, 12 dicembre 2022.

¹³ UN Doc. A/RES/77/122, 12 dicembre 2022.

privati. L'Assemblea ha inoltre incoraggiato l'Agenzia a fornire maggiore assistenza, conformemente al suo mandato, ai profughi palestinesi nella Repubblica araba siriana e a coloro che sono fuggiti nei Paesi limitrofi, come specificato nei piani di risposta alla crisi regionale siriana; e ha invitato i donatori a garantire con urgenza un sostegno costante all'Agenzia a tal fine, alla luce del continuo e grave deterioramento della situazione e delle crescenti esigenze dei rifugiati. Nel prosieguo della risoluzione, l'Assemblea ha esortato Israele a, *inter alia*, conformarsi pienamente alle disposizioni della Convenzione di Ginevra relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, del 12 agosto 1949, nonché a rispettare gli articoli 100, 104 e 105 della Carta ONU e la Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite, al fine di garantire la sicurezza del personale dell'Agenzia e la salvaguardia delle sue strutture nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est. Infine, l'Assemblea ha invitato il Commissario generale dell'UNRWA a includere, nella relazione annuale da presentarle, valutazioni sui progressi compiuti per porre rimedio alle ricorrenti carenze di finanziamento dell'Agenzia e per garantirle un sostegno duraturo e prevedibile, anche attraverso l'attuazione delle pertinenti disposizioni della presente risoluzione.

L'Assemblea ha dedicato altre due risoluzioni alla questione palestinese. Nella risoluzione 77/208¹⁴, adottata su proposta della III Commissione, ha ribadito *il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese*, comprendente il diritto alla nascita di uno Stato palestinese indipendente; ed ha esortato tutti gli Stati, le agenzie specializzate e le organizzazioni delle Nazioni Unite a continuare a sostenere ed assistere il popolo palestinese nella tempestiva realizzazione del suddetto diritto. Su proposta della II Commissione, l'Assemblea ha invece adottato la risoluzione 77/187¹⁵, avente ad oggetto *la sovranità permanente sulle proprie risorse naturali del popolo palestinese nel territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme Est, e della popolazione araba nel Golan siriano occupato*. In essa, ha ribadito sia il diritto del popolo palestinese di richiedere un indennizzo, in caso di eventuali conseguenze sulle proprie risorse naturali derivanti da misure illegali adottate da Israele e dai coloni israeliani nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est, sia l'auspicio che la suddetta questione sia affrontata nell'ambito dei negoziati tra Israeliani e Palestinesi sullo *status* finale. Inoltre, essa ha nuovamente esortato Israele, quale Potenza occupante, a porre termine a tutte le azioni, comprese quelle perpetrate dai coloni, nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est e il Golan siriano occupato, che possano danneggiare l'ambiente e le risorse naturali, in particolare quelle idriche e terrestri, e che rappresentino una minaccia ambientale e sanitaria per la popolazione civile. L'Assemblea ha infine richiesto al Segretario generale di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione, con particolare riferimento all'impatto di tali pratiche sulla promozione degli Obiettivi di sviluppo sostenibile.

4. *Necessità di porre termine all'embargo degli Stati Uniti contro Cuba.* – Anche nel corso della 78^a sessione, a cadenza biennale, l'Assemblea ha sottolineato la *necessità di porre termine all'embargo economico, commerciale e finanziario imposto dagli Stati Uniti d'America contro Cuba*, adottando in seduta plenaria la

¹⁴ UN Doc. A/RES/77/208, 15 dicembre 2022.

¹⁵ UN Doc. A/RES/77/187, 14 dicembre 2022.

risoluzione 77/7¹⁶. Nel preambolo della risoluzione, essa ha espresso la propria preoccupazione per la promulgazione ed applicazione da parte degli Stati membri di leggi e regolamenti – come l'*Helms-Burton Act* del 12 marzo 1996 – i cui effetti extraterritoriali incidono sulla sovranità degli altri Stati, sugli interessi legittimi di entità e persone poste sotto la loro giurisdizione, nonché sulla libertà di commercio e di navigazione. Inoltre, l'Assemblea ha ricordato le misure adottate dall'Esecutivo degli Stati Uniti d'America nel 2015 e 2016 per modificare diversi aspetti dell'applicazione dell'embargo, in contrasto con le misure adottate a partire dal 2017 per rafforzarne l'attuazione.

Nel testo della risoluzione, l'Assemblea ha esortato nuovamente tutti gli Stati ad astenersi dal promulgare e applicare leggi e misure quali quelle citate nel preambolo, in conformità con i propri obblighi ai sensi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. Infine, essa ha richiesto al Segretario generale, in cooperazione con gli organi e le agenzie appropriate delle Nazioni Unite, di preparare un rapporto sull'attuazione della presente risoluzione, alla luce delle finalità e dei principi della Carta e del diritto internazionale, e di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione.

5. *Tutela dei diritti delle donne.* – Su proposta della III Commissione, l'Assemblea ha adottato tre risoluzioni relative alla tutela dei diritti delle donne. Nella risoluzione 77/193¹⁷, ha sottolineato la necessità di *aumentare gli sforzi per impedire ed eliminare tutte le forme di violenza contro le donne e le ragazze*, condannandone fermamente ogni forma e riconoscendo che può costituire un impedimento al raggiungimento della parità di genere, all'emancipazione di tutte le donne e alla piena realizzazione dei loro diritti umani. Pertanto, ha sollecitato gli Stati ad adottare misure multisetoriali, coordinate ed efficaci in tale ambito, tra cui, *inter alia*, delineare e attuare misure legislative e politiche volte a eliminare tutte le forme di violenza e pratiche dannose rivolte alle donne e alle ragazze, tra cui la violenza sessuale e di genere, la violenza coniugale, il matrimonio forzato e la mutilazione genitale, ponendo termine all'impunità per tali situazioni; oltre ad affrontare ed eliminare le cause profonde della disuguaglianza di genere, tra cui tutte le forme di discriminazione, la disuguaglianza nei rapporti di potere, i valori patriarcali, gli stereotipi di genere, i costumi e le norme sociali dannose, gli atteggiamenti e comportamenti che giustificano, normalizzano o perpetuano la violenza contro le donne e le ragazze e stigmatizzano le vittime e le sopravvissute. L'Assemblea inoltre ha ritenuto importante che gli Stati rimuovano le barriere, comprese quelle politiche, giuridiche, culturali, sociali, economiche, istituzionali e religiose che impediscono alle donne una partecipazione piena, egualitaria, efficace e significativa al processo di decisione politica e che adottino le misure appropriate per prevenire tutte le forme di violenza, intimidazione e minaccia attuate *online* e attraverso le tecnologie digitali, auspicando l'adozione di leggi e prassi volte a proteggerle dalla diffamazione e dagli *hate speech*, rispettando i loro diritti umani e le libertà fondamentali.

¹⁶ UN Doc. A/RES/77/7, 3 novembre 2022, approvata con 185 voti favorevoli, 2 voti contrari (Israele e USA), 2 astensioni (Brasile, Ucraina).

¹⁷ UN Doc. A/RES/77/193, 15 dicembre 2022.

La risoluzione prosegue esortando la Comunità internazionale, compreso il sistema delle Nazioni Unite, e, qualora appropriato, le organizzazioni regionali e subregionali a sostenere gli sforzi nazionali in materia e chiedendo al Relatore speciale del Consiglio per i diritti umani sulla violenza contro le donne e le ragazze di presentarle una relazione nel corso della 78^a e 79^a sessione. Infine, chiede al Segretario generale di sottoporre nel corso della 79^a sessione una relazione contenente le informazioni fornite dagli organi e dalle agenzie specializzate delle Nazioni Unite sulle azioni adottate per attuare la presente risoluzione e la 75/161, compresa l'assistenza fornita agli Stati in materia; nonché le informazioni fornite dagli Stati sulle loro iniziative in tale ambito.

Nella risoluzione 77/194¹⁸, dedicata alla *tratta di donne e ragazze*, l'Assemblea ha esortato gli Stati non ancora aderenti a prendere in considerazione la ratifica o l'adesione, come questione prioritaria, alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale e al Protocollo addizionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, tenendo conto del ruolo centrale di tali strumenti nella lotta contro la tratta di esseri umani, esortando inoltre gli Stati parti ad applicarli pienamente ed efficacemente. L'Assemblea ha poi invitato i Governi a intensificare i loro sforzi per prevenire e affrontare, al fine di eliminare, la domanda che favorisce la tratta di donne e ragazze per tutte le forme di sfruttamento e, a tal riguardo, di mettere in atto o di rafforzare misure preventive, comprese misure legislative e punitive, per scoraggiare gli sfruttatori e garantire la loro responsabilità. L'Assemblea ha proseguito esortando i Governi, la Comunità internazionale e tutte le altre organizzazioni e entità che si occupano di situazioni emergenziali o legate a conflitti, di affrontare il rischio accresciuto per le donne e per le ragazze di essere vittima di tratta, sfruttamento e violenza di genere, attuata dai trafficanti *inter alia* tramite strumenti digitali; nonché di prevenire la tratta delle donne e delle ragazze attraverso tutte le iniziative nazionali, regionali e internazionali.

Nel prosieguo della risoluzione, l'Assemblea ha invitato i Governi a intensificare la collaborazione con le organizzazioni non governative, comprese le organizzazioni femminili, per sviluppare ed attuare programmi sensibili alle tematiche di genere e di età; per permettere una efficace consulenza, formazione e reintegro nella società delle vittime di tratta, oltre a programmi che forniscano rifugio o *helpline* alle vittime o potenziali vittime in modi che proteggano la loro *privacy* e identità. Infine, ha chiesto al Segretario generale di sottoporle nel corso della 79^a sessione un rapporto con informazioni sulle strategie e sugli interventi di successo, oltre che sulle lacune, nel contrastare la dimensione di genere all'interno della tratta di esseri umani e che fornisca raccomandazioni per favorire un approccio basato sui diritti umani, incentrato sulla vittima e sensibile alla questione di genere, nell'ambito degli sforzi contro la tratta di esseri umani, compreso nel perseguimento dei trafficanti e nella protezione delle vittime, anche considerato il contesto della pandemia Covid-19.

Nella risoluzione 77/195¹⁹ l'Assemblea ha sottolineato la necessità di *intensificare gli sforzi globali per l'eliminazione della mutilazione genitale femminile*. In tale risoluzione, essa ha condannato tutte le forme di violenza e

¹⁸ UN Doc. A/RES/77/194, 15 dicembre 2022.

¹⁹ UN Doc. A/RES/77/195, 15 dicembre 2022.

pratiche dannose che colpiscono le donne e le ragazze, tra cui in particolare la mutilazione genitale femminile; ed ha esortato gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie, legislative e politiche, conformemente ai propri obblighi di diritto internazionale dei diritti umani, per vietare la mutilazione genitale femminile e proteggere le donne e le ragazze. L'Assemblea ha inoltre esortato gli Stati ad integrare le misure punitive con attività di sensibilizzazione ed educative per favorire il consenso verso l'eliminazione di tale pratica; nonché a proteggere e sostenere le donne e le ragazze già sottoposte a mutilazione genitale o a rischio di esserlo, anche sviluppando servizi di sostegno sociale, legale e psicologico, e per assicurare loro l'accesso ai servizi sanitari, tra cui la tutela della salute sessuale e riproduttiva, al fine di migliorare la loro salute e il loro benessere.

L'Assemblea ha poi proseguito la risoluzione esortando gli Stati ad adottare, nel quadro generale delle politiche di integrazione ed in consultazione con le comunità colpite, misure efficaci e mirate rivolte alle donne e alle ragazze rifugiate, richiedenti asilo, migranti e sfollate, alle loro famiglie e alle loro comunità per proteggerle ovunque da tale pratica, anche quando essa si verifica fuori dal paese di residenza. L'Assemblea ha poi esortato la comunità internazionale, le entità interessate delle Nazioni Unite, la società civile e le istituzioni finanziarie internazionali a continuare a sostenere attivamente, attraverso l'assegnazione di maggiori risorse finanziarie e l'assistenza tecnica, programmi esaustivi e mirati che rispondano alle esigenze delle donne e delle ragazze a rischio o già sottoposte a mutilazioni genitali. Infine, essa ha rinnovato la sua richiesta al Segretario Generale di sottoporle, nel corso della 79^a sessione, un rapporto approfondito e multidisciplinare, con dati accurati e aggiornati, contenente un'analisi delle cause, dei progressi compiuti, delle sfide attuali e delle raccomandazioni per eliminare tale pratica, sulla base di informazioni aggiornate fornite dagli Stati membri, dai componenti delle Nazioni Unite e dalle altre parti interessate.

6. *Decolonizzazione*. – Come nelle precedenti sessioni, l'Assemblea si è interessata alla questione della decolonizzazione. Due delibere, approvata su proposta della III Commissione, sono state dedicate al rispetto del principio di autodeterminazione. Nella risoluzione 77/207²⁰ l'Assemblea ha ribadito che la *realizzazione universale del diritto dei popoli all'autodeterminazione* è una condizione fondamentale per garantire l'osservanza e la promozione dei diritti umani. Pertanto, essa ha dichiarato la sua ferma opposizione a qualsiasi atto di intervento militare straniero, di aggressione o occupazione, che sopprimono tale diritto e altri diritti umani in alcune parti del mondo, e ha chiesto al Consiglio dei diritti umani di prestare particolare attenzione a tali violazioni.

Nella risoluzione 77/206²¹, invece, l'Assemblea ha preso atto con apprezzamento dell'ultima relazione²² del Gruppo di lavoro del Consiglio per i diritti umani sull'*utilizzo dei mercenari come mezzo per violare i diritti umani e impedire l'esercizio del diritto dei popoli all'autodeterminazione*. Pertanto, essa ha esortato gli Stati non ancora parti ad aderire o ratificare la Convenzione del 4 dicembre 1989 contro il reclutamento, l'impiego, il finanziamento e l'addestramento dei

²⁰ UN Doc. A/RES/77/207, 15 dicembre 2022, adottata senza ricorso al voto.

²¹ UN Doc. A/RES/77/206, 15 dicembre 2022.

²² UN Doc. A/77/268.

mercenari²³. L'Assemblea ha poi richiesto al Gruppo di lavoro sopraccitato di continuare ad impegnarsi per il rafforzamento di un quadro giuridico internazionale in materia; nonché di consultare gli Stati e le organizzazioni intergovernative e non-governative in merito all'attuazione della presente risoluzione, riferendole in merito nel corso della 78^a sessione.

Su proposta della IV Commissione, l'Assemblea ha poi dedicato alcune risoluzioni all'analisi di aspetti generali della decolonizzazione. Nella risoluzione 77/149²⁴, avente ad oggetto *l'applicazione della Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali*, l'Assemblea ha ribadito l'importanza della propria risoluzione 1514 (XV) e delle altre delibere e decisioni in materia di decolonizzazione, compresa la 75/123, in cui il periodo 2021-2030 è stato dichiarato quarta Decade internazionale per lo sradicamento del colonialismo, e ha invitato le Potenze amministratrici, conformemente a suddette risoluzioni, ad adottare tutte le misure necessarie per consentire ai popoli dei Territori non autonomi di esercitare nel più breve tempo possibile il proprio diritto all'autodeterminazione, compresa l'indipendenza. L'Assemblea si è poi rivolta al Comitato speciale in materia, esortandolo a continuare a cercare mezzi adeguati per l'immediata e piena attuazione della Dichiarazione e delle azioni approvate nella citata Decade e, *inter alia*, a formulare specifiche proposte per porre termine al colonialismo, riferendole in merito nel corso della 78^a Sessione, nonché a prendere tutte le misure necessarie per ottenere un sostegno globale dai governi e dalle organizzazioni nazionali e internazionali per il raggiungimento degli obiettivi della Dichiarazione e l'attuazione delle pertinenti risoluzioni delle Nazioni Unite. L'Assemblea ha anche esortato le Potenze amministratrici a garantire che, nei Territori non autonomi posti sotto la loro amministrazione, le attività economiche e di altro tipo non ledano gli interessi delle popolazioni, ma promuovano lo sviluppo, e che le attività militari abbiano termine, in conformità con le pertinenti risoluzioni. Infine, ha chiesto al Segretario generale di continuare ad esaminare le risorse a disposizione del Comitato speciale, al fine di garantirgli finanziamenti, strutture e servizi commisurati ai suoi programmi annuali, come previsto nelle sue risoluzioni²⁵.

La risoluzione 77/131²⁶ ha per oggetto *l'applicazione della Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali da parte delle agenzie specializzate e delle istituzioni internazionali associate con le Nazioni Unite*. In essa, l'Assemblea chiede ai suddetti organismi di aumentare la cooperazione con il Comitato speciale nell'attuazione della citata Dichiarazione; nonché di esaminare e rivedere le condizioni in ciascun Territorio al fine di adottare le misure appropriate per accelerarne il progresso economico e sociale. Essa ha inoltre chiesto al Segretario generale di trasmettere la risoluzione agli organi direttivi delle suddette organizzazioni, in modo che possano adottare le misure necessarie per attuarla, e di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione.

Con la risoluzione 77/129²⁷ l'Assemblea ha invece ribadito la necessità che le Potenze amministratrici continuino a trasmettere *informazioni relative ai territori non autonomi, ai sensi dell'art. 73, lett. e della Carta delle Nazioni Unite*. Inoltre, ha

²³ Al 1° maggio 2023 essa risulta ratificata solo da 37 Stati, inclusa l'Italia.

²⁴ UN Doc. A/RES/77/149, 12 dicembre 2022.

²⁵ Cfr., in particolare, il par. 8 della risoluzione in commento.

²⁶ UN Doc. A/RES/77/131, 12 dicembre 2022

²⁷ UN Doc. A/RES/77/129, 12 dicembre 2022.

chiesto al Segretario generale di continuare a garantire adeguate informazioni tratte da tutte le fonti pubblicate disponibili, per la predisposizione delle relazioni relative ai suddetti Territori, e al Comitato speciale di svolgere le funzioni ad esso affidate dalla propria risoluzione 1970 (XVIII), in conformità con le procedure stabilite.

Nella risoluzione 77/130²⁸ l'Assemblea ha nuovamente affermato la necessità di evitare *attività economiche o di altro tipo che incidano sugli interessi delle popolazioni dei territori non autonomi* in modo negativo. Pertanto, ha ribadito la responsabilità delle Potenze amministratrici ai sensi della Carta di promuovere il progresso politico, economico e sociale dei Territori non autonomi, riaffermando inoltre i diritti legittimi delle popolazioni sulle loro risorse naturali. Infine, l'Assemblea ha chiesto al Segretario generale di continuare ad informare sull'argomento l'opinione pubblica mondiale, tramite tutti i mezzi a disposizione, e al Comitato speciale di continuare ad esaminare la questione e di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione.

Nella risoluzione 77/148²⁹ l'Assemblea ha ribadito l'importanza di impegnarsi per garantire la più ampia *diffusione delle informazioni sulla decolonizzazione*, con particolare enfasi sulle possibilità di autodeterminazione disponibili per i popoli dei Territori non autonomi. Pertanto, essa ha chiesto al Dipartimento della pubblica informazione e al Dipartimento degli affari politici e di *peace-building* di attuare le raccomandazioni del Comitato speciale, di pubblicizzare il lavoro delle Nazioni Unite nel settore, nonché, *inter alia*, di cercare la piena collaborazione delle Potenze amministratrici nell'assolvimento di tali compiti. Infine, l'Assemblea ha richiesto al Comitato speciale di continuare ad esaminare la questione e di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione.

Con la risoluzione 77/132³⁰, riguardante le *offerte di studio e formazione da parte degli Stati membri verso gli abitanti dei territori non autonomi*, l'Assemblea ha invitato tutti gli Stati a continuare a fare le suddette offerte, fornendo, se possibile, i fondi per il viaggio agli eventuali studenti. Inoltre, ha esortato le Potenze amministratrici ad adottare misure efficaci per garantire la diffusione capillare nei Territori sotto la loro amministrazione delle informazioni in merito e per fornire tutte le risorse necessarie per consentire agli studenti di avvalersene.

L'Assemblea si è poi dedicata all'analisi della situazione nei singoli Territori, con delibere adottate su proposta della IV Commissione e per *consensus*.

Nella risoluzione 77/133³¹, avente ad oggetto il *Sahara Occidentale*, l'Assemblea ha nuovamente dichiarato il proprio sostegno nei confronti del processo negoziale iniziato con l'adozione della risoluzione 1754(2007) del Consiglio di sicurezza e sostenuto da successive risoluzioni, al fine di raggiungere una soluzione politica giusta, duratura e reciprocamente accettabile, che garantisca l'autodeterminazione per la popolazione del Sahara Occidentale. Inoltre, essa ha lodato gli sforzi in tal senso del Segretario generale e dell'Inviato personale e ha invitato le parti a cooperare con il Comitato internazionale della Croce Rossa e a rispettare gli obblighi previsti dal diritto internazionale umanitario.

²⁸ UN Doc. A/RES/77/130, 12 dicembre 2022.

²⁹ UN Doc. A/RES/77/148, 12 dicembre 2022.

³⁰ UN Doc. A/RES/77/132, 12 dicembre 2022, adottata senza ricorso al voto.

³¹ UN Doc. A/RES/77/133, 12 dicembre 2022.

Nella risoluzione 77/142³², riguardante la *Nuova Caledonia*, l'Assemblea ha preso atto dello svolgimento del terzo *referendum* sull'autodeterminazione, avvenuto il 12 dicembre 2021 nonostante le sfide della pandemia e il boicottaggio di alcuni settori di elettori, in cui il 96,50% ha espresso voto contrario alla piena sovranità e indipendenza e il 3,50% voto favorevole. Pertanto, essa ha esortato tutte le Parti coinvolte, nell'interesse della popolazione e nell'ambito dell'Accordo di Nouméa, a continuare il dialogo in uno spirito di armonia e di rispetto reciproco, al fine di giungere ad un atto di autodeterminazione in accordo con la Carta e con le proprie risoluzioni in materia, compresa la 1514(XV) e 1541(XV). Infine, l'Assemblea ha richiesto al Segretario generale, alle agenzie specializzate e alle altre organizzazioni del sistema delle Nazioni Unite, di fornire assistenza economica, sociale e di altro tipo alla Nuova Caledonia e di continuare a farlo, qualora ritenuto appropriato, anche dopo l'esercizio del suo diritto all'autodeterminazione.

Con la risoluzione 77/139³³ l'Assemblea ha ribadito il diritto inalienabile all'autodeterminazione del popolo della *Polinesia Francese*, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite e con la propria risoluzione 1514(XV), contenente la Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali. Pertanto, essa ha esortato la Potenza amministratrice a intensificare il dialogo con la Polinesia Francese per favorire il processo di autodeterminazione, a cooperare con il Comitato speciale per adempiere l'obbligo, finora inattuato, di trasmettere al Segretario generale informazioni sul territorio ai sensi dell'art. 73 lett. e), della Carta. Infine, l'Assemblea ha chiesto al Segretario generale di fornire continui aggiornamenti sulle conseguenze ambientali, ecologiche, sanitarie e di altro tipo dei *tests* nucleari svoltisi per 30 anni nella Polinesia Francese, come seguito del precedente rapporto in materia, redatto ai sensi del par. 7 della propria risoluzione 71/120.

Nella risoluzione 77/145³⁴, dedicata a *Tokelau*, l'Assemblea ha preso atto positivamente della decisione del Parlamento del 23 maggio 2022 di tornare a esaminare le opinioni della popolazione e di riavviare il dialogo sulla questione dell'autodeterminazione, in vista del centesimo anniversario dell'amministrazione neozelandese nel 2026. Inoltre, ha riconosciuto l'impegno costante della Nuova Zelanda nel soddisfare le esigenze economiche e sociali della popolazione di Tokelau e ha ricordato con soddisfazione l'istituzione e il funzionamento del Fondo fiduciario internazionale di Tokelau per sostenere le sue attuali esigenze, esortando gli Stati membri e le agenzie internazionali e regionali a contribuirvi, per affrontare i problemi delle piccole dimensioni dell'isola, dell'isolamento e della mancanza di risorse.

Sempre su proposta della IV Commissione, l'Assemblea ha dedicato una serie di delibere ai territori non autonomi del Pacifico e dei Caraibi, adottate anch'esse senza ricorso al voto. In tutte queste risoluzioni – la 77/134³⁵, dedicata a *American Samoa*; la 77/135³⁶ relativa ad *Anguilla*; la 77/136³⁷, avente ad oggetto *Bermuda*; la 77/137³⁸, sulle *British Virgin Islands*; la 77/138³⁹, riguardante le *Cayman Islands*; la

³² UN Doc. A/RES/77/142, 12 dicembre 2022.

³³ UN Doc. A/RES/77/139, 12 dicembre 2022.

³⁴ UN Doc. A/RES/77/145, 12 dicembre 2022.

³⁵ UN Doc. A/RES/77/134, 12 dicembre 2022.

³⁶ UN Doc. A/RES/77/135, 12 dicembre 2022.

³⁷ UN Doc. A/RES/77/136, 12 dicembre 2022.

³⁸ UN Doc. A/RES/77/137, 12 dicembre 2022.

77/140⁴⁰, relativa a *Guam*; la 77/141⁴¹, dedicata a *Montserrat*; la 77/143⁴², con oggetto *Pitcairn*; la 77/144⁴³, concernente *Saint Helena*; la 77/146⁴⁴, sulle *Turks and Caicos Islands*; la 77/147⁴⁵, riguardante le *United States Virgin Islands* – l'Assemblea ha ribadito il diritto inalienabile delle popolazioni all'autodeterminazione, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite e con la propria risoluzione 1514(XV), contenente la Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali. Pertanto, essa ha esortato le Potenze amministratrici, in cooperazione con i Governi territoriali e con gli organi appropriati delle Nazioni Unite, a sviluppare programmi di educazione politica volti a promuovere tra la popolazione maggiore consapevolezza in merito a tale diritto, in conformità con le legittime opzioni politiche, basate sui principi chiaramente definiti nella citata risoluzione e nelle altre decisioni pertinenti. L'Assemblea ha poi richiesto ai Territori e alle Potenze amministratrici di prendere tutte le misure necessarie per proteggere e tutelare l'ambiente contro qualsiasi degradazione e ha rinnovato la richiesta alle agenzie specializzate interessate di monitorare le condizioni ambientali nei Territori, fornendo assistenza, coerentemente con i propri regolamenti interni. Infine, essa ha chiesto al Comitato speciale di continuare ad esaminare tali situazioni e di riferirle in merito nel corso della 78^a sessione.

MARIA VITTORIA ZECCA

³⁹ UN Doc. A/RES/77/138, 12 dicembre 2022.

⁴⁰ UN Doc. A/RES/77/140, 12 dicembre 2022.

⁴¹ UN Doc. A/RES/77/141, 12 dicembre 2022.

⁴² UN Doc. A/RES/77/143, 12 dicembre 2022.

⁴³ UN Doc. A/RES/77/144, 12 dicembre 2022.

⁴⁴ UN Doc. A/RES/77/146, 12 dicembre 2022.

⁴⁵ UN Doc. A/RES/77/147, 12 dicembre 2022.

Consiglio di sicurezza
(luglio – dicembre 2022)

1. *Considerazioni introduttive.* – Nel delicato semestre in esame, nel quale l’attenzione della Comunità internazionale si è inevitabilmente concentrata sull’aggressione armata perpetrata, a partire dal 24 febbraio dello stesso anno, dalla Federazione russa nei confronti dell’Ucraina, il Consiglio di sicurezza ha continuato a monitorare altre situazioni che già da tempo sono oggetto di attenzione da parte dell’organo ONU avente la responsabilità principale nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. In particolare, per la loro rilevanza, esamineremo le risoluzioni 2642 del 12 luglio sul Medio Oriente, 2654 del 27 ottobre 2022 sul Sahara Occidentale e 2669 del 21 dicembre sul Myanmar, tutte adottate a maggioranza, a cui deve aggiungersi la risoluzione 2644 del 9 dicembre, altresì adottata a maggioranza, che introduce delle deroghe per ragioni umanitarie all’applicazione di misure sanzionatorie previste in precedenti risoluzioni per rispondere a minacce alla pace e alla sicurezza internazionale.

2. *La situazione in Medio Oriente.* – Con la risoluzione 2642 del 12 luglio 2022, approvata con dodici voti favorevoli e l’astensione di Francia, Regno Unito e Stati Uniti, il Consiglio di sicurezza, nel richiedere «the full and immediate implementation of all provisions of all relevant Security Council resolutions»¹, ha confermato la necessità di continuare ad adottare misure finalizzate a fronteggiare la gravissima crisi umanitaria determinata dal conflitto siriano ad oltre undici anni dal suo inizio e ulteriormente aggravata dalla pandemia. La risoluzione in parola ha disposto l’estensione per un periodo di soli sei mesi, cioè fino alla data del 10 gennaio 2023, delle misure previste dai paragrafi 2 e 3 della precedente risoluzione 2165 (2014)² e, in particolare, dell’autorizzazione data alle agenzie umanitarie ONU e ai loro partners a utilizzare le rotte attraverso le linee di conflitto e il solo posto di frontiera di Bab-al-Hawa per assicurare la necessaria assistenza umanitaria³, incluse forniture mediche e chirurgiche, alla popolazione siriana. Essa rappresenta peraltro una soluzione di compromesso rispetto a un progetto di risoluzione, bloccato la settimana precedente dal veto russo⁴, che avrebbe invece prorogato le stesse misure, come in precedenza, per un periodo complessivo di dodici mesi.

La risoluzione 2642 prevede l’eventualità di un’ulteriore proroga semestrale delle misure in oggetto, ma solo se confermata da successiva, separata risoluzione. Proprio quest’aspetto, che lascerebbe esposta la popolazione siriana nel periodo più

¹ Nello specifico sono richiamate le risoluzioni 2139 (2014), 2165 (2014), 2191 (2014), 2258 (2015), 2332 (2016), 2393 (2017), 2401 (2018), 2449 (2018), 2504 (2020), 2533 (2020) e 2585 (2021).

² Risoluzione 2165 del 14 luglio 2014.

³ La risoluzione 2165 (2014) prevedeva invece per la menzionata assistenza umanitaria transfrontaliera, anche l’utilizzo dei valichi di Bab al-Salam, Al Yarubiyah e Al-Ramtha, oltre ad altri già in uso.

⁴ V. UN Doc. S/PV.9087.

rigido dell'anno a una possibile sospensione dell'assistenza umanitaria, ha suscitato le perplessità, ove non le proteste, di Francia, Regno Unito e Stati Uniti che si sono pertanto astenuti dal voto⁵.

Riguardo al profondo impatto umanitario e socio-economico determinato in Siria dalla pandemia da COVID-19, la risoluzione, dopo aver ribadito la necessità di garantire l'accesso senza ritardo, di personale umanitario e medico e dei relativi strumenti, forniture e mezzi di trasporto, nonché la somministrazione della vaccinazione anti-COVID in tutte le zone della Siria, senza discriminazioni, in conformità alla risoluzione 2565 (2021) e all'appello del Segretario generale dell'ONU, chiede agli Stati membri di rispondere con interventi pratici che possano fronteggiare i bisogni urgenti della popolazione siriana.

Ulteriori aspetti da segnalare sono le richieste rivolte al Segretario generale di predisporre un Rapporto speciale sulle esigenze umanitarie in Siria entro il 10 dicembre 2022, di informare mensilmente il Consiglio e di predisporre un rapporto periodico, almeno ogni sessanta giorni, sull'implementazione della presente come delle precedenti risoluzioni⁶ e sull'adesione ad esse di tutte le parti coinvolte in Siria. Infine, il Consiglio di sicurezza incoraggia le riunioni bimestrali del *Security Council Informal Interactive Dialogue* con la partecipazione di donatori, parti regionali interessate e rappresentanti delle agenzie umanitarie internazionali operanti in Siria, per seguire regolarmente i progressi raggiunti nell'applicazione della risoluzione stessa.

3. *La situazione riguardante il Sahara Occidentale.* – La risoluzione 2654 del 27 ottobre 2022, adottata con 13 voti a favore, nessun voto contrario e l'astensione del Kenya e della Federazione Russa⁷, ha prorogato per un nuovo anno, cioè fino al 31 ottobre 2023, il mandato della MINURSO⁸, assegnando alla Missione un ruolo centrale soprattutto con riguardo agli accordi di cessate il fuoco raggiunti tra le parti, che esse sono chiamate a rispettare pienamente, onorando gli impegni assunti con il

⁵ In particolare, il delegato statunitense ha rilevato che il voto espresso sia dovuto al fatto che «one Council member takes the entire Security Council hostage, with the lives of Syrian men, women and children hanging in the balance» e che «[s]ome of the recent dire needs in Syria are a direct result of Russia's invasion of Ukraine and the shocks that that brutal invasion has caused to food systems in Syria and around the world».

⁶ V. *supra*, nota 1.

⁷ Il delegato kenyota ha motivato la propria astensione ritenendo la risoluzione 2654 lontana dal mandato originario della MINURSO cioè quello «of implementing a referendum for the self-determination of the people of Western Sahara» (v. nota seguente), mentre il rappresentante russo ha lamentato che il testo di risoluzione presentato dagli Stati Uniti non abbia tenuto conto di nessuno dei «well-grounded comments, including compromises», ripetutamente comunicati dalla delegazione russa a quella statunitense e che pertanto «the process of preparing and agreeing on the document» sarebbe stato «not fully consultative».

⁸ La MINURSO (United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara) è stata istituita dal Consiglio di sicurezza con la risoluzione 690 del 29 aprile 1991 a seguito dell'accettazione, il 30 agosto 1988, da parte del Marocco e del Fronte POLISARIO delle «proposte di accordo» e in conformità al piano del Segretario generale dell'ONU che prevedeva un periodo di transizione durante il quale l'Inviato personale del Segretario stesso sarebbe stato responsabile in via esclusiva di tutti gli aspetti del referendum attraverso il quale il popolo Saharawi avrebbe potuto esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione optando tra indipendenza o integrazione al Marocco. Come è noto, non si è ancora tenuto alcun referendum. La precedente proroga del mandato della MINURSO si era avuta fino al 31 ottobre 2022 con risoluzione 2602 del 29 ottobre 2021.

precedente Inviato personale del Segretario generale Kōhler⁹ e astenendosi da qualunque azione suscettibile di compromettere le negoziazioni promosse dall'ONU o di destabilizzare la situazione nella regione.

La risoluzione, che si basa sul rapporto del Segretario generale sulla situazione in Sahara Occidentale del 3 ottobre 2022¹⁰, reitera la richiesta a tutte le parti coinvolte di piena cooperazione con la MINURSO, della quale si evidenzia la libertà di interagire con tutti gli interlocutori, così come quella di adottare ogni misura necessaria a garantire la sicurezza, la piena libertà di movimento e di accesso al personale ONU o a questo associato nell'esercizio del proprio mandato. Da un punto di vista logistico, per assicurare la sostenibilità della presenza della Missione, si richiede la ripresa di approvvigionamenti sicuri e regolari.

La risoluzione 2654, nel richiamare le risoluzioni 1325 (2000)¹¹ e 2250 (2015)¹², incoraggia altresì una piena, eguale ed effettiva partecipazione delle donne, così come una partecipazione reale ed attiva dei giovani nei colloqui tenuti sotto gli auspici delle Nazioni Unite; richiama parimenti le risoluzioni 2242 (2015) e 2538 (2020) e il loro auspicio che aumenti il numero delle donne nei contingenti militari e di polizia delle operazioni di mantenimento della pace delle Nazioni Unite.

Da un punto di vista prettamente politico, la risoluzione rinnova la raccomandazione già formulata nel rapporto del Segretario generale del 14 aprile 2008¹³ secondo la quale è indispensabile che le parti nell'ambito del processo volto a nuove negoziazioni, diano prova di realismo e di uno spirito di compromesso ed elaborino le loro posizioni per progredire verso una soluzione, incoraggiando nel contempo i Paesi vicini ad apportare un contributo attivo ed importante al processo stesso. Un ruolo chiave in tale contesto è riconosciuto all'Inviato personale del Segretario generale Staffan de Mistura, con il quale Marocco, Fronte Polisario, Algeria e Mauritania sono fortemente incoraggiati ad impegnarsi «with a view to achieving a just, lasting, and mutually acceptable political solution which will provide for the self-determination of the people of Western Sahara [...]».

Al Segretario generale sono assegnati i compiti di informare regolarmente il Consiglio di sicurezza ogni qual volta lo ritenga opportuno durante il periodo del mandato, in particolare sul progredire delle negoziazioni svoltesi sotto i suoi auspici, sull'applicazione della risoluzione in oggetto, sulla conduzione delle operazioni della MINURSO e sulle misure prese per superare le difficoltà incontrate nonché di predisporre un rapporto prima della fine del mandato. Al Segretario generale il Con-

⁹ Il tedesco Kōhler ha cessato il suo incarico il 22 maggio 2019. Il 7 ottobre 2021 il Segretario generale delle Nazioni Unite António Guterres ha annunciato la nomina dell'italiano Staffan de Mistura quale suo nuovo Inviato Personale per il Sahara occidentale.

¹⁰ UN Doc. S/2022/733.

¹¹ La risoluzione 1325 “Donne, pace e sicurezza”, approvata all'unanimità dal Consiglio di sicurezza il 31 ottobre del 2000, è stata la prima in assoluto a promuovere la messa in atto di misure di protezione speciali durante le situazioni di conflitto, che colpiscono le donne in modo sproporzionato e nel contempo a riconoscere e incoraggiare il ruolo delle donne nella ricostruzione politica e sociale dei Paesi usciti dai conflitti per garantire una pace durevole.

¹² La risoluzione 2250 “Giovani, Pace e Sicurezza”, adottata il 9 dicembre 2015 dal Consiglio di sicurezza, ponendosi in continuità con la risoluzione 1325 (2000) e con altri documenti volti a rinforzare la protezione di categorie vulnerabili nei conflitti, focalizza l'attenzione sui giovani, con particolare riferimento al loro crescente coinvolgimento in movimenti violenti ed estremisti e alla necessità di promuovere una loro effettiva partecipazione nei processi di riconciliazione, ricostruzione e promozione della pace.

¹³ UN Doc. S/2008/251.

siglio chiede inoltre di continuare ad adottare le misure necessarie ad assicurare che tutto il personale della MINURSO si conformi pienamente alla politica di tolleranza zero delle Nazioni Unite riguardo a sfruttamento o abusi sessuali e di tenerlo pienamente informato sui progressi della Missione a tale riguardo. Nello stesso tempo il Consiglio sollecita i Paesi che forniscono i contingenti o il personale di polizia ad adottare misure di prevenzione appropriate, quali le verifiche dei precedenti e l'organizzazione di corsi di formazione e sensibilizzazione per tutto il personale prima e durante la missione e a fare in modo che attraverso rapide inchieste condotte congiuntamente alla MINURSO, i membri dei loro contingenti che si rendano responsabili di tali condotte ne rispondano pienamente.

Rispetto alla gravissima situazione umanitaria dei rifugiati Saharawi, dovuta, in particolare, alla loro dipendenza dall'assistenza esterna, all'impatto della pandemia da COVID-19 e, soprattutto per coloro che vivono nei campi profughi di Tindouf, alla scarsità di fondi e alla riduzione degli aiuti alimentari, la risoluzione da un lato «strongly urges» gli Stati membri a versare nuovi e ulteriori contributi volontari per finanziare i programmi alimentari in modo da fronteggiare i bisogni umanitari dei rifugiati ed evitare riduzioni delle derrate, dall'altro esorta gli organismi attivi in materia a facilitare la fornitura degli aiuti umanitari in conformità alle *best practices* ONU. Infine, sebbene nel preambolo e non nella parte dispositiva dell'atto, si incoraggiano le parti a perseverare nei rispettivi sforzi diretti a promuovere e proteggere i diritti umani, incluse le libertà di espressione e di associazione, nel Sahara occidentale e nei campi profughi di Tindouf e si richiede una cooperazione rafforzata con l'Alto commissariato ONU per i diritti umani (OHCHR), che includa visite facilitate nella regione.

4. *Il Myanmar*. – Con la risoluzione 2669 del 21 dicembre 2022, il Consiglio di sicurezza, «expressing deep concern at the ongoing state of emergency imposed by the military in Myanmar on 1 February 2021 and its grave impact on the people of Myanmar», si occupa della grave crisi umanitaria, economica e politica determinata dal colpo di Stato militare del 1° febbraio 2021, che ha ribaltato il risultato di elezioni democratiche, ha portato ad attacchi e atti di violenza nei confronti di civili, ad arresti arbitrari tra i quali quelli dei capi politici del governo precedente, ad un numero considerevole di sfollati interni e a un peggioramento delle condizioni di vita già particolarmente penose dei Rohingya, determinando dunque conseguenze negative per l'intero Paese e la sua stabilità.

La risoluzione, adottata con dodici voti favorevoli, nessun voto contrario e l'astensione di Cina¹⁴, India¹⁵ e Federazione Russa¹⁶, chiede l'immediata cessazione

¹⁴ La Cina ha motivato la propria astensione ritenendo che, da un punto di vista formale, sarebbe stato più appropriato adottare una *statement* del Presidente del Consiglio di sicurezza piuttosto che una risoluzione dell'organo; che, da un punto di vista del contenuto, il tono della risoluzione in parola «lacks balance» e che, nella sostanza, sarebbe stato preferibile lasciare all'ASEAN, di cui il Myanmar fa parte, il compito di gestire la crisi e lasciare tempo e spazio all'associazione «to build consensus and play its role».

¹⁵ La presidente di turno del Consiglio di sicurezza Ruchira Kamboj, quale rappresentante dell'India, dopo aver premesso che la complicata situazione in Myanmar richiede un approccio «of quiet and patient diplomacy», ha motivato l'astensione indiana considerando che una risoluzione del Consiglio porterebbe le parti a trincerarsi dietro le rispettive inflessibili posizioni, invece di incoraggiarle a proseguire un «inclusive political dialogue».

di tutte le forme di violenza nel Paese e la *de-escalation* delle tensioni, in particolare esigendo dalla Giunta militare l'immediato rilascio di tutte le persone detenute arbitrariamente, con esplicita menzione, tra queste, del Presidente Win Myint e del Consigliere di Stato Aung San Suu Kyi e, da tutte le parti coinvolte, il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della *rule of law*.

Per quanto riguarda la ricerca di una soluzione alla grave crisi politica, il Consiglio di sicurezza «reiterates its call» affinché le istituzioni e i processi democratici siano preservati e un dialogo costruttivo e la riconciliazione siano perseguiti «with the will and interests of the people of Myanmar». In tale prospettiva, il paragrafo cruciale della risoluzione è quello in cui si riconosce un ruolo centrale all'Associazione degli Stati del sud-est asiatico (ASEAN)¹⁷ nel facilitare la ricerca di una soluzione pacifica della crisi in Myanmar nell'interesse della popolazione di detto Stato e si incoraggia la Comunità internazionale a sostenere il meccanismo e il processo avviati a tale riguardo dall'ASEAN e in particolare gli impegni volti all'attuazione dei cosiddetti *Five Point Consensus*, ossia immediata cessazione della violenza nel Paese; dialogo tra le parti; nomina di un Inviato speciale¹⁸; assistenza umanitaria da parte dell'ASEAN e visita in Myanmar dell'Inviato speciale per incontrare tutte le parti. Trattasi dei cinque punti concordati per la gestione e il superamento della crisi durante il vertice di Giacarta del 24 aprile 2021 tra il Capo della giunta militare del Myanmar, Generale Min Aung Hlaing, e i nove leader degli altri Stati membri dell'ASEAN sui quali, tuttavia, due giorni dopo l'accordo raggiunto, la giunta del Myanmar ha ritirato la propria approvazione, dichiarando che avrebbe preso in considerazione i suggerimenti avanzati dai leader dell'ASEAN quando la situazione fosse tornata alla stabilità. La risoluzione 2669 «call for concrete and immediate actions», rilevando che la giunta militare si era impegnata in sede ASEAN ad attuare effettivamente i *Five Points Consensus* e chiede al Segretario generale o al suo Inviato speciale¹⁹, in coordinamento con l'Inviato speciale ASEAN, di riferire oralmente al Consiglio entro il 15 marzo 2023 in merito al supporto delle Nazioni Unite nell'attuazione dei cinque punti di consenso.

Per quanto riguarda la gestione della crisi dal punto di vista umanitario, il Consiglio di sicurezza riafferma la necessità di un accesso umanitario completo, sicuro e senza ostacoli e si sottolinea da un lato che l'assistenza umanitaria debba estendersi a tutte le persone in stato di bisogno in Myanmar e dall'altro che debbano garantirsi la piena protezione, salvezza e sicurezza del personale medico ed umanitario. Infine, si rimarca la necessità di affrontare alla radice la crisi nello Stato del Rakhine e di creare le condizioni necessarie per un ritorno consensuale, durevole, sicuro e digni-

¹⁶ Il delegato russo ha motivato l'astensione del proprio Paese considerando che la situazione in Myanmar non comporti una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, ma sollevi piuttosto questioni relative ai diritti umani e che pertanto l'organo più adatto ad affrontarla non sia il Consiglio di sicurezza, bensì la III Commissione dell'Assemblea generale, che ha competenze specifiche in materia di diritti umani e questioni umanitarie.

¹⁷ L'ASEAN, istituita nel 1967, è composta da dieci Paesi: Brunei, Cambogia, Filippine, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, Singapore, Thailandia e Vietnam.

¹⁸ Il 4 agosto 2021 i Ministri degli esteri dell'ASEAN hanno nominato quale Inviato speciale ASEAN in Myanmar il Secondo Ministro degli Esteri del Brunei, Erywan Yusof, al quale è succeduto nell'incarico il Ministro degli Esteri cambogiano Prak Sokhom a partire dal 1° gennaio 2022.

¹⁹ Dal 26 aprile 2018 all'ottobre 2021 ha ricoperto la carica di Inviato speciale ONU per il Myanmar la svizzera Christine Schraner Burgener, seguita dalla singaporiana Noeleen Heyzer.

tosio dei rifugiati Rohingya e degli sfollati, incoraggiando l'azione diplomatica tra le parti coinvolte per risolvere le questioni riguardanti i primi ed evidenziando l'importanza di protezione e assistenza continue per rifugiati e sfollati.

5. *Questioni generali sulle sanzioni.* – La risoluzione 2644 del 9 dicembre, adottata con quattordici voti a favore e la sola astensione dell'India²⁰, fornisce una risposta alle sollecitazioni della cosiddetta “comunità umanitaria” composta da ONG, agenzie e altri soggetti che in vari ambiti della scena internazionale svolgono attività umanitarie, mediche e di sostegno alle popolazioni civili soprattutto, ma non solo, nell'ambito di conflitti armati.

Considerando che più di trecento milioni di persone necessitano di aiuti umanitari per sopravvivere e che oltre ottocento milioni di individui, in varie zone del mondo, non hanno cibo sufficiente, non stupisce che la risoluzione sia stata sponsorizzata da oltre quaranta membri delle Nazioni Unite (quelli non facenti parte del Consiglio di sicurezza sono stati pertanto ammessi a partecipare alla riunione in conformità alla regola 37 del suo regolamento di procedura)²¹. Essa si propone di realizzare un bilanciamento tra la necessità di attuare le sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza per fronteggiare minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, quali in particolare il congelamento di capitali e di altre attività finanziarie o risorse economiche di individui, gruppi, imprese ed altre entità indicate dal Consiglio o dai suoi Comitati competenti in materia di sanzioni, e il dovere della Comunità internazionale di proteggere i civili dagli effetti negativi e non voluti di quelle sanzioni. Pertanto, dopo aver ricordato il carattere temporaneo delle sanzioni, la possibilità di modificarle, ove necessario, in considerazione dell'evoluzione della situazione e la necessità di ridurre al minimo gli effetti umanitario avversi non intenzionali, essa prevede al par. 1 ampie eccezioni alla loro applicazione rispetto ad attività umanitarie, di assistenza medica e di fornitura di beni essenziali svolte dalle Nazioni Unite, inclusi i programmi, i fondi, altri organi così come dalle agenzie specializzate e dalle organizzazioni ad esse collegate, da organizzazioni internazionali e umanitarie aventi lo *status* di osservatore presso l'Assemblea generale dell'ONU, da organizzazioni non governative partecipanti al Piano di pronto intervento umanitario e a quello di pronto intervento per i rifugiati delle Nazioni Unite, dai vari enti aderenti all'Ufficio per il coordinamento degli Affari umanitari ONU (OCHA), da impiegati, beneficiari, organi sussidiari e partners degli enti precedenti o che agiscono in tale qualità, nonché da ogni altra persona o ente abilitato a questo fine da uno dei Comitati istituiti dal Consiglio.

La risoluzione precisa che le deroghe appena indicate debbano valere (anche) rispetto ai pacchetti di sanzioni previsti dalle risoluzioni 1267 (1999), 1989 (2011) et

²⁰ La presidente di turno, quale rappresentante dell'India, dichiara di astenersi dal voto in ragione del timore che gruppi terroristici, usando «the umbrella of the humanitarian assistance space» possano aggirare le sanzioni, incluse quelle del Comitato che segue le risoluzioni 1267 (1999), 1989 (2011) e 2253 (2015), concernenti lo Stato islamico in Iraq, Da'esh, Al-Qaida, individui, gruppi, imprese e altre entità associate, raccogliendo fondi e reclutando combattenti. Inoltre, l'India lamenta la mancata attribuzione, nella risoluzione, di un ruolo più attivo per il cosiddetto *1267 Monitoring Team*.

²¹ Sono stati invitati a partecipare Australia, Austria, Bahamas, Belgio, Bulgaria, Canada, Croazia, Cipro, Danimarca, Estonia, Figi, Finlandia, Germania, Grecia, Islanda, Isole Marshall, Italia, Lettonia, Lesotho, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Nuova Zelanda, Portogallo, Repubblica Ceca, Repubblica Dominicana, Romania, Samoa, San Marino, Slovenia, Spagna, Svizzera e Ucraina.

2253 (2015) concernenti l'ISIL (Da'esh) e Al-Qaida per un periodo di due anni dall'adozione della risoluzione stessa e che è intenzione del Consiglio di sicurezza di pronunciarsi sulla proroga della loro applicazione prima della loro scadenza. Inoltre, da un lato riconosce un importante ruolo di monitoraggio sull'applicazione del par. 1 al Comitato istituito dal Consiglio di sicurezza in relazione alle sanzioni introdotte con le citate risoluzioni 1267, 1989 e 2253, chiedendogli altresì di assistere gli Stati membri nella comprensione e piena applicazione delle disposizioni del suddetto paragrafo e dall'altro chiede a tutti gli Stati membri di cooperare pienamente con il Comitato in questione e con il suo Team di supporto analitico e di monitoraggio delle sanzioni.

In merito ai rapporti con risoluzioni precedenti, la 2664 ne annulla e sostituisce i paragrafi che facevano salvi alcuni programmi e attività nel contesto di regimi sanzionatori, fatta eccezione per il par. 1 della risoluzione 2615 (2021) relativo agli aiuti umanitari in Afghanistan, che continua pertanto ad applicarsi. La risoluzione assegna al Coordinatore dei soccorsi di emergenza delle Nazioni Unite (ERC) compiti di raccolta di informazioni e di gestione delle stesse, in particolare domandandogli di organizzare una riunione informativa per ciascun Comitato rilevante entro undici mesi dalla data di adozione della risoluzione e, successivamente, ogni dodici mesi, in merito all'espletamento dell'assistenza umanitaria e delle altre attività dirette a rispondere ai bisogni essenziali in conformità alla risoluzione, chiedendo nel contempo a coloro che forniscono gli aiuti di assistere l'ERC nel preparare tali informative comunicandogli il più rapidamente possibile, e comunque entro 60 giorni dalla sua richiesta, le informazioni rilevanti.

Infine il Consiglio di sicurezza assegna al Segretario generale il compito di preparare un rapporto scritto sulle conseguenze avverse e non intenzionali delle proprie sanzioni, ivi comprese le misure interdittive di viaggi e di embargo sulle armi, così come le misure specifiche di determinati regimi sanzionatori e quello di fare raccomandazioni, nel suo rapporto, circa le modalità per minimizzare e attenuare tali conseguenze negative, anche grazie a deroghe permanenti supplementari ed esprime l'intenzione, ove necessario, di prendere in considerazione altre misure per attenuare le conseguenze negative e involontarie delle sanzioni, tenendo conto del rapporto e delle raccomandazioni del Segretario generale.

EMILIA MARIA MAGRONE

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

ANNITA LARISSA SCIACOVELLI – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

DONATO GRECO – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

FEDERICO CASOLARI – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea – Alma Mater Studiorum, Università di Bologna.

ANDREA MENSI – Assegnista di ricerca – Alma Mater Studiorum, Università di Bologna.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

EDUARDO SAVARESE – Magistrato – Tribunale di Napoli. Docente di Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

ANNA FAZZINI – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università di Napoli L’Orientale.

Per la sezione *Note e Commenti*:

CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU – Ricercatrice di Diritto dell’economia – Università degli Studi di Messina.

Per la sezione *Rassegne*:

MARIA VITTORIA ZECCA – Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell’Unione europea – Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Funzionario presso il Ministero dell’Interno.

EMILIA MARIA MAGRONE – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

finito si stampare presso la Vulcanica Print Nola (Na)
nel mese di maggio 2023

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 2023: 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 maggio 2023