

INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW (ISTITUTO DI DIRITTO COMPARATO)
UNIVERSITY "NICCOLÒ CUSANO" (UNIVERSITÀ "NICCOLÒ CUSANO")

INTERNATIONAL SCIENTIFIC THEMATIC CONFERENCE
CONVEGNO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

**FROM NATIONAL SOVEREIGNTY TO
NEGOTIATION SOVEREIGNTY
"Days of Law Rolando Quadri"**

**DALLA SOVRANITÀ NAZIONALE ALLA
SOVRANITÀ NEGOZIALE
"Giorni del Diritto Rolando Quadri"**

Thematic Conference Proceedings of International Significance
Atti di convegni tematici di rilevanza internazionale

Editors/A Cura di

Jelena Kostić
Valentina Ranaldi
Augusto Sinagra



**Belgrade, 14 June 2024
Belgrado, 14 giugno 2024**

**FROM NATIONAL SOVEREIGNTY TO
NEGOTIATION SOVEREIGNTY
“Days of Law Rolando Quadri”**

**DALLA SOVRANITÀ NAZIONALE ALLA
SOVRANITÀ NEGOZIALE
“Giorni del Diritto Rolando Quadri”**



INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW (ISTITUTO DI DIRITTO COMPARATO)
UNIVERSITY “NICCOLÒ CUSANO” (UNIVERSITÀ “NICCOLÒ CUSANO”)

INTERNATIONAL SCIENTIFIC THEMATIC CONFERENCE
CONVEGNO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

**FROM NATIONAL SOVEREIGNTY TO
NEGOTIATION SOVEREIGNTY
“Days of Law Rolando Quadri”**

**DALLA SOVRANITÀ NAZIONALE ALLA
SOVRANITÀ NEGOZIALE
“Giorni del Diritto Rolando Quadri”**

Thematic Conference Proceedings of International Significance
Atti di convegni tematici di rilevanza internazionale

Editors/A Cura di

Jelena Kostić
Valentina Ranaldi
Augusto Sinagra



**Belgrade, 14 June 2024
Belgrado, 14 giugno 2024**

INTERNATIONAL SCIENTIFIC THEMATIC CONFERENCE
CONVEGNO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE
From National Sovereignty to Negotiation Sovereignty
“Days of Law Rolando Quadri”
Dalla sovranità nazionale alla sovranità negoziale
“Giorni del Diritto Rolando Quadri”

Publishers/Editori

Institute of Comparative Law
(Istituto di diritto comparato)
University “Niccolò Cusano” of Rome
(Università di Roma “Niccolò Cusano”)

For the Publishers/Per gli Editori

Prof. dr Jelena Čeranić Perišić
Prof. dr Anna Pirozzoli

Reviewers/Revisori

Prof. Cristiana Fioravanti (Italy)
Prof. dr Miloš Stanić (Serbia)

Scientific Committee/Comitato Scientifico

Prof. dr Ebru Akduman (Turkey)	Prof. dr Lucia Mokra (Slovakia)
Prof. dr Maria Caterina Baruffi (Italy)	dr Oliver Nikolić (Serbia)
Doc. dr Ana Đanić Čeko (Croatia)	Prof. dr Anita Rodiņa (Latvia)
Prof. dr Ilir Kanaj (Albania)	Prof. dr Ioana VasIU (Romania)

Organizing Committee/Comitato Organizzatore

Prof. Paolo Bargiacchi, University „Kore“, Enna, Italy (Università „Kore“, Enna, Italia), Prof. dr Jelena Čeranić Perišić, Institute of Comparative Law, Belgrade (Istituto di diritto comparato, Belgrado), dr Jelena Kostić, Institute of Comparative Law, Belgrade (Istituto di diritto comparato, Belgrado), Ivana Radomirović, LLM, Institute of Comparative Law, Belgrade (Istituto di diritto comparato, Belgrado), Prof. dr Valentina Ranaldi, University „Niccolò Cusano“, Rome, Italy (Università „Niccolò Cusano“, Roma, Italia), Prof. dr Teresa Russo, University of Salerno, Italy (Università di Salerno, Italia), Prof. Augusto Sinagra, University „Sapienza“, Rome, Italy (Università „Sapienza“, Roma, Italia), Prof. Anna Lucia Valvo, University of Catania, Italy (Università di Catania, Italia), Miloš Vasović, LLM, Institute of Comparative Law, Belgrade (Istituto di diritto comparato, Belgrado), Aleksandra Višekruna, LLM, Institute of Comparative Law, Beograd (Istituto di diritto comparato, Belgrado)

Official Languages/Lingue ufficiali

English and Italian/Inglese e italiano

Technical Editor/Redattore tecnico

Miloš Vasović, LLM

Prepress/Prestampa

Branimir Trošić

Printed by/Stampato da

Birograf Comp d.o.o., Beograd

Copies/Copie

150

ISBN 978-86-82582-18-2

DOI: https://doi.org/10.56461/ZR_24.FNSTNS

This Collection of papers is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

Il presente Volume è il risultato della ricerca condotta presso l'Istituto di diritto comparato finanziato dal Ministero della Scienza, dello sviluppo tecnologico e dell'innovazione della Repubblica di Serbia nell'ambito del Contratto sulla realizzazione e il finanziamento della ricerca scientifica della SRO nel 2024 registrato con il n. 451-03-66/2024-03/200049.

Table of Contents/Indice

Jelena Kostić Valentina Ranaldi PREFACE.....	ix
PREFAZIONE.....	xiii
Augusto Sinagra INTRODUZIONE GENERALE: LA SOVRANITÀ TRA POLITICA E DIRITTO ALLA LUCE DELLA CONCEZIONE REALISTA DEL DIRITTO PUBBLICO NAZIONALE E DEL DIRITTO INTERNAZIONALE	xvii
Gordana Gasmi EU MODEL – NEGOTIATING A NEW CONCEPT OF SOVEREIGNTY.....	1
Anna Lucia Valvo SULLA “SUDDITANZA” E SULLA PERSONALITÀ GIURIDICA INTERNAZIONALE DELL’INDIVIDUO ALLA LUCE DEL PENSIERO DI ROLANDO QUADRI.....	19
Miroslav Đorđević IMPLEMENTING EUROPEAN VALUES IN CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE FRAMEWORK IN SERBIA – CASE OF JUDICIARY	35
Susanna Quadri SICUREZZA ENERGETICA EUROPEA TRA SOVRANITÀ E SOLIDARIETÀ	45
Erjon Hitaj THE “SPECIFIC INTENT” TO COMMIT GENOCIDE UNDER THE UN GENOCIDE CONVENTION OF 1948: THE CASE OF SOUTH AFRICA V. ISRAEL BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE	57
Daniele Granara L’ART. 11 DELLA COSTITUZIONE NEL PENSIERO DI ROLANDO QUADRI.....	75
Samir Aličić ROMAN CONSTITUTIONAL MODEL AS AN INSTRUMENT OF PEACE IN POST-CONFLICTUAL SOCIETIES – NEGOTIATED SOVEREIGNTY AND CONSOCIATIONAL DEMOCRACY.....	89
Maurizio Orlandi PROTEZIONE DELLA SOVRANITÀ ECONOMICA E MISURE ANTI-SOVVENZIONE – VERSO L’INTRODUZIONE DI DAZI COMPENSATIVI NEI CONFRONTI DELLE AUTOVETTURE ELETTRICHE CINESI.....	105

Massimo Panebianco LA SOVRANITÀ IN TRANSIZIONE NELLE RIFORME COSTITUZIONALI DEL XXI SECOLO (ART. 9 E 117 COST. ITALIANA)	119
Gian Luigi Cecchini SOVRANITÀ STATALE E POTERE STATALE – PERCHÉ LA SOVRANITÀ NAZIONALE NON È NEGOZIABILE	129
Giancarlo Guarino SOVRANITÀ, STATO, SOGGETTO: TALUNE BREVI RIFLESSIONI SUL FONDAMENTO DEL SISTEMA GIURIDICO INTERNAZIONALE	145
Savo D. Manojlović WHAT WAS/IS THE ALTERNATIVE TO THE BRUSSELS AGREEMENT FROM 2013 BETWEEN SERBIA AND KOSOVO	169
Ruggiero Cafari Panico IL SACRIFICIO RECIPROCO DI SOVRANITÀ E L’EFFICACIA DELLE DIRETTIVE: NUOVI LIMITI?	185
Lorenzo Federico Pace EU LAW AND THE SOVEREIGNTY OF MEMBER STATES: BETWEEN MONISM, DUALISM, AND THE REALITY OF EU LAW	205
Aleksandra Rabrenović PUBLIC SERVICE AND HUMAN RESOURCES MANAGEMENT STANDARDS IN 2023 PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION – SOMETHING OLD AND SOMETHING NEW?	215
Cristina Gazzetta UNO SGUARDO (D)ALLA SOVRANITA’, TRA POLITICA, DIRITTO E ORGANIZZAZIONI (STATALI)	233
Vladimir T. Mikić THE ONGOING INTERNATIONALIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW IN EUROPE AND THE BOUNDARIES OF NATIONAL SOVEREIGNTY	245
Daniela Fisichella DECLINAZIONI DI SOVRANITÀ STATALE NELLA COMUNITÀ GLOBALIZZATA IN MOVIMENTO	255
Vasilije Marković A NOTE ON THE DUAL CITIZENSHIP TENDENCIES WITHIN THE EUROPEAN PERSPECTIVE	271
Ylenia Parziale INTERNATIONAL CRIMES: RESPONSIBILITY OF STATES AND ROLE OF INDIVIDUALS	285

Ljubomir Tintor THE IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON STATE SOVEREIGNTY	297
Alessandro Tomaselli EUROPEAN MARKET AND STATE SOVEREIGNTY TESTED BY ENVIRONMENTAL CHANGE AND CLIMATE MIGRANTS.....	317
Aleksandar Mihajlović COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EU AI ACT AND THE CoE FRAMEWORK CONVENTION ON AI, HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW	331
Giangiacoimo Vale NEGOTIATION SOVEREIGNTY, THE EUROPEAN UNION AND THE METAMORPHOSIS OF THE EMPIRE	349
Elçin Yılmaz ESTABLISHING NATIONAL SOVEREIGNTY AND NEGOTIATIONAL SOVEREIGNTY IN TURKIYE (1919–1923).....	363

Jelena Kostić*
Valentina Ranaldi**

PREFACE

1. Reasons and Contents of the Conference: For a Realist Framework of the Concept of Sovereignty in its Various Declinations

This Volume collects the papers presented on the occasion of the International Scientific Conference *From National Sovereignty to Negotiation Sovereignty* – “Days of Law Rolando Quadri”, held at the Institute of Comparative Law in Belgrade and online on June 14th, 2024, attended by scholars of different scientific and geographical origins.

The Conference follows a first Edition entitled “Rolando Quadri Relectures in International Law” – “La dottrina 'realistica' del diritto internazionale”, held on May 19th, 2023 at the University “Ismail Qemali”, Vlore, Albania, and also strongly desired by Prof. Augusto Sinagra to celebrate the scientific work of a scholar who, with his realist approach to international law, has left an indelible mark on this discipline.

In this 2024 Conference, organized by the Editors and their Institutions (Institute of Comparative Law in Belgrade and Department of Politics, Law and Social Sciences, “Niccolò Cusano” University of Rome) the participants were asked to reflect on the concept of sovereignty in its various declinations, with specific regard to an alleged evolution from national sovereignty to negotiation sovereignty.

The twenty-five scholars who accepted to grapple with this topic therefore addressed a problem of particular topicality and relevance, framing it in several cases within the general theory of international law and the State (e.g. the contributions of Cecchini, Guarino, in addition to the Introduction by Sinagra).

Furthermore, particular attention was paid, in the Conference of which this Volume represents a broader and more reasoned scientific outcome, to the European Union, its presumed sovereignty and the idea of a limitation or partial transfer of sovereignty to it by its Member States.

* Ph.D., Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6032-3045>

E-mail: j.kostic@iup.rs

** Ph.D., Associate Professor of European Union Law, Department of Politics, Law and Social Sciences, “Niccolò Cusano” University, Rome, Italy.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1542-4100>

E-mail: valentina.ranaldi@unicusano.it

*** The first chapter of the Preface is written by Valentina Ranaldi, and the second is written by Jelena Kostić.

In this regard, the thought of Professor Rolando Quadri – whose “school” several Authors of this Volume refer to – centered on a realist conception of national public law and international law, can only inspire critical evaluations, leading us to observe the factual data indicated in the Treaties themselves, dealing with conferral of competences (which can be revoked as well as extended by the Member States at any time) of the States to the Union, without the need to bring up the concept of sovereignty which too often, especially today, is discussed inappropriately at all levels rather than simply observing the evidence of the legal data.

By no means this assessment diminishes the clear relevance of the European Union’s action, given the breadth of its competences and the effects of its policies and regulatory acts, but it doesn’t allow us to imagine, at least in its current state and in the Editors’ view, the EU as a legal entity that falls outside the category of International Organisations.

In any case, the observation of factual data according to a realist approach to law is something different but complementary to the likewise fundamental exercise of imagination of a future form of European integration, on which some Authors have admirably ventured with an eye to historical models which may only superficially appear distant. This is how the idea of Empire was evoked, mainly from a political philosophy perspective but also, in Roman law terms, through reference to some typical institutions of Roman law that, *mutatis mutandis*, could well represent a useful example for institutional reforms in some specific contexts, including European ones (on this we refer, respectively, to the contributions of Vale and Aličić).

In this regard and despite the diversity of approach, positions and views which represents, in the writer’s view, an indispensable richness and essential element of scientific research, it is pleasing to note how various Authors wished for a regeneration of the European Union, which takes greater care to populations and individuals and fulfills the task for which it was imagined in the great intuition of its founding fathers: to ensure wealth and peace in Europe thanks to close economic integration that creates ties between all its members such as to make armed conflicts between them unthinkable, this being the safest way to maintain international peace and security.

A Union that is not concerned, therefore, with exercising a purely political action where, in the absence of an exclusive competence and of autonomy and independence from the Member States, its action risks not being effective (consider, for example, foreign policy), but rather engaged in a real effort, to quote Article 3 TEU, “for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment”.

The reference to the concept of sustainable development and economy was another important *leitmotiv* of the Conference, where energy aspects and European energy security “between sovereignty and solidarity” were discussed (as in the presentation by Susanna Quadri), as well as the challenges of climate change and other global crises (Fischella, Tintor, Tomaselli), highlighting the relevance of the economic aspects linked to the free market and competition (as in the paper by Orlandi).

Many of the Authors that we have the privilege of hosting in this Volume have instead intended to decline the topic of the Conference in terms of relationships between legal systems, and this from the different points of view of International and EU Law (as for Gasmi, Cafari Panico, who dealt with “mutual sacrifice of sovereignty and effectiveness of directives”, Pace, who wrote about EU Law and the Sovereignty of Member States “between Monism, Dualism, and the Reality of Eu Law”, and Panebianco, who dedicated his paper to “Sovereignty in Transition in the Constitutional Reforms of the 21st Century”, with particular regard to the art. 9 and 117 of the Italian Constitution), as well as of Constitutional, Public and Comparative law (Granara, dealing with art. 11 of the Italian Constitution in the thought of Rolando Quadri, Gazzetta, Đorđević –the latter with specific regard to the implementation of European Values in Constitutional and Legislative Framework in the Republic of Serbia, for a long time now a candidate Country for EU membership amidst difficulties and negotiating stalemates – and Mikić).

Without forgetting the original approach adopted by Valvo, who intended to deal with “subjection” and international legal personality of the individual in the light of Rolando Quadri’s thought.

Other Authors have instead examined the aspects linked to sovereignty in diversified fields such as Public Service (Rabrenović), 2013 Brussels Agreement (Manojlović), Dual Citizenship (Marković), AI in EU and CoE regulatory framework (Mihajlović), with an interesting insight into the Turkish context (Yilmaz).

Finally, there is room for some reflections on the sovereignty of States in the context of the evolution of international criminal law (as in Parziale’s contribution), as well as on the evaluation of the commission of international crimes by international jurisdictions, as in the paper by Hitaj. To him, organizer of the aforementioned 2023 Vlore Conference and Editor, together with Prof. Sinagra, of the related Conference Proceedings, goes a special thanks for passing the baton of this event dedicated to the thought of Prof. Rolando Quadri, with the hope that it can maintain an annual frequency, involving Scholars from an ever-increasing number of Countries and disciplines.

2. Joint Research and Conference Results

With regard to the different Countries involved in this Conference, we would like to remind that this is only the latest result of a long international scientific collaboration between the organizing Institutions, namely the Institute of Comparative Law of Belgrade and the University “Niccolò Cusano” of Rome. A cooperation which led to concrete scientific results in recent years, such as joint publications as well as organization and participation in several International Scientific Conferences organized by the Institute in the Republic of Serbia, within the scope of 2019 *Cooperation Agreement* and its 2023-2024 *Annex no. 1101 from 29th of December 2023* among partner Institutions. On the basis of the recent *Annex*, in particular, the project of this joint research was carried out on the topic of the Conference: From National Sovereignty to Negotiation Sovereignty.

It should be recalled that this research, whose purpose was precisely the in-depth study of this topic and the organization of this Conference, to be understood as the main output of the research itself, took place in the period from January to May 2024 and is financed by the funds of the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia in the context of the research activities of the Institute of Comparative Law of Belgrade (art. 2 and 4 of the *Annex*).

The project has been managed on behalf of the Institute of Comparative Law by Jelena Kostić and of the University Niccolò Cusano by Valentina Ranaldi, who are also Editors of this proceedings of the scientific Conference where the results of the joint research have been presented (pursuant art. 6 of the mentioned *Annex* to the 2019 *Cooperation Agreement*), together with Prof. Augusto Sinagra. For this reason the two partner organizing Institutions are referred to as "Publishers" of the Volume.

In the framework of this project and Volume it should be recalled that the views and opinions expressed in this Conference and related Proceedings are those of the speakers and Authors and do not necessarily reflect the views and positions of the entities they represent, of the organizing Institutions nor of the Editors.

In conclusion, a special and heart-felt dedication from the Editors goes to the memory of Prof. Jovan Ćirić who, as Director of the Institute (a position he has held from 2007 to 2016), by getting in touch his researchers with his Italian friend Prof. Augusto Sinagra with the rare simplicity and friendly concern that was typical of him despite his high scientific substance (which then led him to assume the high institutional role of Judge of the Serbian Constitutional Court from 2016), created indissoluble bonds of institutional and scientific collaboration, but above all of friendship and closeness so rare and precious in the academic community.

Jelena Kostić*
Valentina Ranaldi**

PREFAZIONE***

1. Ragioni e contenuti del Convegno: per un inquadramento realista del concetto di sovranità nelle sue diverse declinazioni

Il Volume raccoglie le relazioni presentate in occasione del Convegno scientifico internazionale *From National Sovereignty to Negotiation Sovereignty* – “Days of Law Rolando Quadri”, svoltosi presso l’Istituto di Diritto Comparato di Belgrado e *online* il 14 giugno 2024, cui hanno partecipato studiosi di diversa provenienza scientifica e geografica.

Il Convegno fa seguito a una prima Edizione intitolata “Rolando Quadri *Relectures in International Law*” - “La dottrina 'realistica' del diritto internazionale”, tenutasi il 19 maggio 2023 presso l’Università “Ismail Qemali” di Vlore, Albania, e anch’essa fortemente voluta dal Prof. Augusto Sinagra per celebrare l’opera scientifica di uno studioso che, con il suo approccio realista al diritto internazionale, ha lasciato un segno indelebile in questa disciplina.

In questo più recente Convegno del 2024, organizzato dai curatori e dalle Istituzioni di appartenenza (Istituto di Diritto Comparato di Belgrado e Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e sociologiche dell’Università di Roma “Niccolò Cusano”) si è inteso proporre ai partecipanti una riflessione sul concetto di sovranità nelle sue diverse declinazioni, con specifico riguardo a una presunta evoluzione da una sovranità nazionale a una sovranità negoziale.

I venticinque studiosi che si sono cimentati su questo tema hanno quindi affrontato una problematica di particolare attualità e rilevanza, inquadrandola in diversi casi nell’ambito della teoria generale del diritto internazionale e dello Stato (ad es. il contributo di Cecchini, Guarino, oltre all’Introduzione stessa di Sinagra).

Inoltre, molto si è parlato, in questo Convegno di cui il presente Volume rappresenta un più ampio e ragionato esito scientifico, di Unione europea, della sua presunta sovranità e dell’idea di una limitazione o cessione parziale di sovranità ad essa da parte dei suoi

* Ph.D., Senior Research Fellow, Istituto di Diritto Comparato di Belgrado, Serbia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6032-3045>

E-mail: j.kostic@iup.rs

** Ph.D., Professore associato di Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e sociologiche, Università “Niccolò Cusano”, Roma, Italia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1542-4100>

E-mail: valentina.ranaldi@unicusano.it

*** Del paragrafo 1 di questa Prefazione è autore Valentina Ranaldi, del paragrafo 2 è autore Jelena Kostić.

Stati membri. A riguardo il pensiero del Professor Rolando Quadri - alla cui Scuola si richiamano diversi Autori di questo Volume - incentrato su una concezione realista del diritto pubblico nazionale e del diritto internazionale, non può che ispirare valutazioni critiche, riportandoci a osservare il dato di fatto indicato dai Trattati stessi, che si esprimono in termini di deleghe di competenze degli Stati all'Unione (che in ogni momento possono essere revocate così come ampliate dagli Stati membri) senza bisogno di scomodare il concetto di sovranità di cui troppo spesso, soprattutto oggi, si discute a sproposito a tutti i livelli piuttosto che limitarsi ad osservare le evidenze del dato giuridico.

Ciò non sminuisce affatto la palese rilevanza dell'azione dell'Unione europea, data l'ampiezza delle sue competenze e gli effetti delle sue politiche e dei suoi atti normativi, ma non per questo consente di immaginare, allo stato attuale e a modo di vedere dei curatori, l'UE come un'entità giuridica che non sia riconducibile alla categoria delle Organizzazioni internazionali.

Ora, una cosa è l'osservazione del dato di fatto secondo un approccio realista del diritto, una cosa è il pur fondamentale esercizio di immaginazione di una forma futura di integrazione europea, su cui alcuni Autori si sono egregiamente cimentati con un occhio a modelli storici che solo superficialmente possono apparire distanti. È così che è stata evocata l'idea di impero, principalmente in un'ottica di filosofia politica ma anche, in termini giusromanistici, attraverso il richiamo ad alcuni istituti tipici del diritto romano che, *mutatis mutandis*, potrebbero ben rappresentare un utile esempio per riforme istituzionali in alcuni specifici contesti, anche europei (su questo si rimanda, rispettivamente, ai contributi di Vale e Aličić).

A tale riguardo e pur nella diversità di impostazione, posizioni e vedute che rappresenta, a modo di vedere di chi scrive, un'irrinunciabile ricchezza ed elemento essenziale della ricerca scientifica, fa piacere constatare come diversi Autori abbiano auspicato una rigenerazione dell'Unione europea, che si dia maggiore cura delle popolazioni e degli individui e che assolva il compito per il quale era stata immaginata nella grande intuizione dei suoi padri fondatori, cioè assicurare benessere e pace in Europa grazie a una stretta integrazione economica che crei legami tra tutti i suoi membri tali da rendere impensabili conflitti armati tra di essi, essendo questo il modo più sicuro di mantenere la pace e la sicurezza internazionale.

Un'Unione che non si preoccupi, quindi, di voler esercitare un'azione prettamente politica laddove, non avendo competenza esclusiva e in mancanza di autonomia e indipendenza dagli Stati membri, la sua azione rischia di non risultare efficace (si pensi, ad esempio, alla politica estera), quanto piuttosto di adoperarsi davvero, per citare l'art. 3 TUE, «per uno sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale».

Il riferimento al concetto di sviluppo ed economia sostenibile è stato un altro importante *leitmotiv* del Convegno, ove si è trattato di aspetti energetici, di sicurezza energetica europea "tra sovranità e solidarietà" (come nella relazione di Susanna Quadri), ma anche delle sfide del cambiamento climatico e delle altre crisi globali (Fisichella, Tintor,

Tomaselli), sottolineando la rilevanza degli aspetti economici legati al libero mercato e alla concorrenza (come nel contributo di Orlandi).

Molti tra gli Autori che abbiamo il privilegio di ospitare in questo Volume hanno invece inteso declinare il tema del Convegno in termini di rapporti tra ordinamenti, e ciò dai diversi punti di vista del diritto internazionale e dell'Unione europea (come Gasmi, Cafari Panico, che si è occupato di “sacrificio reciproco di sovranità ed efficacia delle direttive”, ma anche Pace, che si è concentrato sui rapporti tra il diritto dell'Unione europea e la sovranità degli Stati membri “tra monismo, dualismo e realtà del diritto dell'UE”, e Panebianco, che ha dedicato la sua riflessione alla “sovranità in transizione nelle riforme costituzionali del XXI secolo” con particolare riguardo agli artt. 9 e 117 cost. italiana), così come del diritto costituzionale, pubblico e comparato (Granara, in merito all'art. 11 della Costituzione nel pensiero di Rolando Quadri, Gazzetta, Đorđević – quest'ultimo con specifico riguardo alla realizzazione dei valori europei nel quadro costituzionale e legislativo della Repubblica di Serbia, ormai da tempo Stato candidato all'adesione all'Unione tra difficoltà e stalli negoziali - e Mikić).

Senza dimenticare l'originale “taglio” dato da Valvo, che ha inteso occuparsi di “sudditanza” e personalità giuridica internazionale dell'individuo alla luce del pensiero di Rolando Quadri.

Altri Autori hanno invece colto gli aspetti legati alla sovranità in ambiti diversificati come il servizio pubblico (Rabrenović), gli Accordi di Bruxelles del 2013 (Manojlović), la doppia cittadinanza (Marković), la regolamentazione dell'intelligenza artificiale a livello di Unione europea e Consiglio d'Europa (Mihajlović), con un'interessante incursione nel contesto turco (Yilmaz).

Trovano spazio, infine, alcune riflessioni sulla sovranità degli Stati alla prova delle evoluzioni del diritto penale internazionale (nel contributo di Parziale), nonché sulla valutazione della commissione di crimini internazionali da parte delle giurisdizioni internazionali, come nel caso di Hitaj. A quest'ultimo, organizzatore del menzionato Convegno di Vlore del 2023 e curatore, assieme al Prof. Sinagra dei relativi Atti del Convegno, va un ringraziamento speciale per averci passato il testimone di questo evento dedicato al pensiero del Prof. Rolando Quadri, con l'auspicio che esso possa mantenere una cadenza annuale coinvolgendo studiosi di un numero sempre maggiore di Paesi e di discipline.

2. Risultati della ricerca congiunta e del Convegno

Proprio con riguardo ai diversi Paesi coinvolti in questo Convegno, ci teniamo a ricordare che esso è solo l'ultimo dei risultati di una lunga collaborazione scientifica internazionale tra le Istituzioni organizzatrici, e cioè l'Istituto di Diritto Comparato di Belgrado e l'Università di Roma “Niccolò Cusano”. Una cooperazione che ha condotto a risultati scientifici concreti negli ultimi anni, come pubblicazioni congiunte nonché organizzazione e partecipazione a numerosi Convegni scientifici internazionali organizzati dall'Istituto nella Repubblica di Serbia, ed è inquadrabile nell'*Accordo di cooperazione*

del 2019 e nel suo *Allegato numero 1101 dal 29 Dicembre 2023 del 2023-2024* tra le Istituzioni partner. Sulla base di quest'ultimo *Allegato*, in particolare, si è portato avanti il progetto della presente ricerca congiunta sul tema del Convegno: dalla sovranità nazionale alla sovranità negoziale.

Va precisato che questa ricerca, che aveva come finalità proprio l'approfondimento delle tematiche indicate e l'organizzazione di questo Convegno, da intendersi come principale prodotto della ricerca stessa, è finanziata con i fondi del Ministero della Scienza, dello Sviluppo Tecnologico e dell'Innovazione della Repubblica di Serbia nell'ambito delle attività di ricerca dell'Istituto di Diritto Comparato di Belgrado (artt. 2 e 4 dell'*Allegato*).

Il progetto è stato portato avanti, per conto dell'Istituto di Diritto Comparato di Belgrado, da Jelena Kostić e, per conto dell'Università "Niccolò Cusano", da Valentina Ranaldi, che sono anche curatori degli Atti del Convegno scientifico in occasione del quale sono stati presentati i risultati della ricerca congiunta (ai sensi dell'art. 6 del citato *Allegato all'Accordo di cooperazione* del 2019), assieme al Prof. Augusto Sinagra. Per questa ragione le due Istituzioni organizzatrici partner sono indicate come "Editori" del presente Volume.

Nell'ambito di questo progetto e Volume occorre ricordare che i punti di vista e le opinioni espresse in occasione del Convegno e nei relativi Atti sono quelli dei relatori e degli Autori e non riflettono necessariamente i punti di vista e le posizioni degli enti che essi rappresentano, delle Istituzioni organizzatrici o dei curatori.

In conclusione, una speciale e sentita dedica dei curatori va alla memoria del Prof. Jovan Ćirić che, da Direttore dell'Istituto (carica che ha ricoperto dal 2007 al 2016), mettendo in contatto i suoi ricercatori con i suoi amici italiani - il Prof. Augusto Sinagra e i suoi allievi - con la rara semplicità e amichevole premura che gli era propria nonostante l'alto spessore scientifico (che lo ha poi portato ad assumere l'alto ruolo istituzionale di Giudice della Corte costituzionale serba dal 2016) ha creato indissolubili legami non solo istituzionali e di collaborazione scientifica, ma anche e soprattutto di amicizia e vicinanza come non sempre si sviluppano nella comunità accademica.

Augusto Sinagra*

INTRODUZIONE GENERALE: LA SOVRANITÀ TRA POLITICA E DIRITTO ALLA LUCE DELLA CONCEZIONE REALISTA DEL DIRITTO PUBBLICO NAZIONALE E DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Abstract

L'introduzione contesterà la diffusa ed erronea convinzione che il diritto possa governare la politica e non, come in realtà è, la politica il diritto; precisando che l'idea di sovranità è idea che appartiene alla categoria del pensiero politico e non alla categoria del pensiero giuridico, sottolineando le conseguenziali confusioni e mistificazioni anche sul terreno applicativo della politica degli Stati.

La mia più che un'introduzione sarà una provocazione, nel senso migliore della parola, per indurre a qualche riflessione sul tema di questo Convegno e cioè la sovranità nazionale alla sovranità negoziale o negoziabile.

Già in questo risiede l'importanza di questo Convegno e soprattutto il grande inganno del quale ci stiamo occupando oggi circa una possibilità di negoziare la sovranità.

Di questo dirò tra un momento, ma preliminarmente desidero ancora aggiungere il perché questo Convegno viene intitolato alla memoria e all'opera scientifica del Professore Rolando Quadri, che fu mio Professore all'Università e poi anche in seguito fonte di apprendimento, e posso assicurarvi che era un grande amico della Serbia ma prima ancora era un grande nemico della menzogna e quindi testimoniava, anche con la sua opera scientifica, la verità e in questo è stato un rivoluzionario se vogliamo, perché la verità non si deve mai dire e dirla significa compiere, appunto, un atto rivoluzionario.

Perché questo Convegno evoca il nome di Rolando Quadri? Perché parliamo del fondatore e dell'Autore di un'ordinazione sistematica della concezione realistica del diritto, del diritto interno come soprattutto del diritto internazionale.

Da queste premesse e da questi presupposti ne deriva che l'idea di una sovranità negoziabile sottintende una manifesta incongruenza, una manifesta ipocrisia, perché la sovranità non è cosa che possa essere oggetto di un negoziato.

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, "Sapienza" Università di Roma (f.r.).

E-mail: studio@sinagrasabatinisanci.it

La sovranità non può essere disciplinata, regolata, dal diritto, e qui si vede già il primo madornale errore di fondo, perché la verità è esattamente il contrario: è la sovranità che non solo disciplina ma crea il diritto. Pensare a un diritto che possa disciplinare, che possa regolare la sovranità è un errore inimmaginabile anche sul piano sistematico, perché l'idea della sovranità appartiene alla categoria del pensiero politico, non a quella del pensiero giuridico.

È qui che risiede l'errore di fondo, che poi si scontra contro il dato fenomenico o la possibilità di una verifica fenomenica, e impone la domanda: anche ad ammettere che lo Stato negozi la propria sovranità "cedendola" in parte - perché se la negozia in tutto è lo Stato che si auto annulla, decide esso della propria estinzione, perché l'idea della sovranità è necessariamente connessa all'idea della statualità - ma, parlando di sovranità negoziata in parte, perché questo è il sottinteso, è questo che rappresenta il contrabbando culturale e politico che si sta perpetrando da anni e anni con riguardo specialmente all'Unione europea.

Pure a voler ammetterlo, infatti, non si può sfuggire all'unica verifica possibile, di natura fenomenica: se lo Stato un giorno decidesse di revocare, di cambiare la propria decisione relativa alla cessione "parziale" di sovranità - che è una illogicità manifesta - potrebbe farlo, sì o no? Io penso che certamente sì. Allora se qualcuno dice eventualmente no, lo spieghi: perché non potrebbe farlo?

L'equivoco in cosa consiste? È che nel volere, per ragioni che mi sfuggono, accreditare l'idea della sovranità dell'Unione europea, come pretende anche l'attuale Capo dello Stato italiano, (non so sulla base di quali studi egli abbia formato tale sua convinzione), il quale alla vigilia delle ultime elezioni per il Parlamento europeo ha detto che esse erano rivolte a consacrare la sovranità dell'Unione europea, si nega questa possibilità.

Ora, da una parte c'è che l'esito delle votazioni per il Parlamento europeo in Italia ha rappresentato una sonora smentita a queste elucubrazioni del Capo dello Stato italiano e basta vedere quale è stata la percentuale dell'astensione in Italia, percentuale che non è quella del 50,68% come comunicano gli uffici ministeriali, ma di molto superiore, e in questa astensione vanno calcolati in più un milione e mezzo di schede bianche e di schede volutamente rese nulle dall'elettore, il che significa che l'astensione in Italia, come per esempio nei Paesi Bassi o nella Repubblica Ceca, si è attestata su livelli del 70% degli aventi diritto al voto.

A parte queste considerazioni che possono riguardare il cortile di casa, c'è che con questo contrabbando culturale e politico che si fa dell'idea della sovranità dello Stato, intesa come una specie di torta da dividere in fette (la sovranità non è una torta!), è questo che si vuole nascondere, che i rapporti tra lo Stato membro e l'Unione europea sono rapporti basati unicamente - e lo dice lo stesso ultimo Trattato di Lisbona del 2007 ma anche i Trattati precedenti lo dicevano - su una delega di competenze, le quali possono essere allargate, estese, ridotte e revocate da parte dello Stato, e se qualcuno non la pensa così io ne rispetto il pensiero, però lo vengo a dimostrare e ad argomentare.

Per cui in sintesi, alla domanda "dove risiede la sovranità dell'Unione europea?" io rispondo tranquillamente: da nessuna parte, perché l'Unione europea è un'Organizzazione

internazionale come tante altre, che si caratterizza per un modo specifico, singolare, per quanto riguarda l'efficacia dei suoi regolamenti, intesi come direttamente e immediatamente applicabili nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati, nei riguardi dei soggetti giuridici e fisici.

È tuttavia evidente che questo meccanismo sottintende il fatto che con la legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati europei si è introdotto un meccanismo di recepimento generale automatico e preventivo e con contenuto definibile e individuabile nel futuro, nei riguardi dei regolamenti comunitari futuri rispetto alla data della legge di autorizzazione alla ratifica.

Questo è l'inganno che va denunciato, che non porta diminuzione all'importanza dell'Unione europea, anche se questa Unione europea non è quella immaginata dai cosiddetti "Padri fondatori", né è un'Unione europea attenta alle esigenze dei popoli e degli individui; diciamo la verità, è un'Unione europea guerrafondaia, che corrisponde agli interessi delle industrie belliche, delle industrie farmaceutiche, che ha interesse e riguardo nei confronti delle banche, di quelle che una volta il Poeta armato, quello che consentì il ritorno della città di Fiume alla Patria, e cioè Gabriele D'Annunzio, nel 1919 definiva "i centri occulti della finanza internazionale". Sono passati più di cento anni ma non è cambiato nulla, se non che i centri della finanza internazionale non sono più occulti ma adesso si fanno perfettamente quali sono: multinazionali, banche, Banca centrale europea, Fondo monetario internazionale e altri enti di questa natura.

La vicenda della sovranità dello Stato in generale, e specificamente dell'Unione europea, in Italia ha avuto una vita molto travagliata; di questo si è occupato, nella sua relazione a questo Convegno, con la sua capacità e competenza, il Prof. Daniele Granara con riguardo all'art. 11 della Costituzione italiana. Successivamente, molti anni dopo, questo problema della compatibilità tra i regolamenti comunitari e le leggi interne dello Stato è stata risolta in Italia con la modifica dell'art. 117 della Costituzione, con il quale il legislatore si è autolimitato, nel senso di non poter legiferare in modo contrario a ciò che dispongono i regolamenti comunitari.

Attenzione però, qui siamo sempre sul terreno politico, perché se l'idea della sovranità la si riporta nel suo ambito naturale, che è un ambito politico, niente impedisce allo Stato, qualsiasi Stato, di modificare le sue precedenti decisioni e dire: da adesso il sistema non è più così. Al momento è così, ma è una soluzione giuridica, non è una soluzione politica, sulla quale unicamente si deve fondare l'idea della sovranità.

Con riguardo all'art. 11 della Costituzione italiana, che ha diversi, multipli contenuti, per quello che qui interessa esso dispone che lo Stato italiano si impegna a limitare l'esercizio della propria sovranità a seguito della partecipazione a organizzazioni internazionali che curino la pace e la sicurezza internazionali.

Allora un conto è dire che lo Stato decide di limitare la propria sovranità, e questo non significa cedere la sovranità in parte (perché questa rimane una grande sciocchezza) ma fa capire qual'è la collocazione storica di questo articolo nel 1948, quando nacque la Costituzione italiana, e cioè favorire l'ingresso dell'Italia nell'Organizzazione delle Nazioni Unite, per cui, siccome fino a due anni prima eravamo stati qui in Italia un po' "vivaci"

e “birbanti”, si voleva assicurare il mondo occidentale, in particolare il mondo anglosassone, che per l’avvenire saremmo stati “buoni” e “disciplinati”. Questo, però, aveva riguardo all’Organizzazione delle Nazioni Unite, dove poi l’Italia è entrata nel 1957.

Ma io non mi voglio prevalere di questo argomento e dirò di più: più che l’Organizzazione delle Nazioni Unite, che ha questo compito statutario di proteggere la pace e la sicurezza internazionale (compito al quale non assolve, perché non ci sono mai state tante guerre nel mondo quante ce ne sono state dal 1945 in poi, quindi evidentemente l’Organizzazione delle Nazioni Unite ha fallito il suo scopo), mi spingo a dire che sono soprattutto le Organizzazioni economiche a mantenere la pace e la sicurezza internazionale, perché tutte le guerre nascono per ragioni economiche, per soldi, e allora se un’Organizzazione economica riesce a mantenere rapporti pacifici tra tutti i suoi membri, è il modo più sicuro di mantenere la pace e la sicurezza internazionale.

Questo doveva essere lo scopo della Comunità economica europea, poi Comunità europea, finché non è diventata Unione europea pretendendo di assumere un profilo e una finalità politica.

A parte facili considerazioni, e cioè che una casa si costruisce dalle fondamenta e non dal tetto, vi è che questa idea della sovranità dell’Unione europea non trova riscontro nella realtà perché non esiste e questo non sarà compreso fino a quando non saranno intese nel modo corretto le considerazioni e i risultati della ricerca scientifica del grande Professore Rolando Quadri, finché cioè non si metterà mano a valutare con intelligenza quella concezione realista del diritto internazionale, che non taglia né inverte mai il rapporto tra la politica e il diritto, e cioè tra la sovranità e il diritto.

D’altra parte, e questa è una considerazione conclusiva, l’Istituto di Diritto Comparato di Belgrado ha un motto in latino, “*ius nullo continetur loco*”, che significa molte cose, e dai brocardi latini si ricava un senso vero e profondo della verità. Io ricordo allora un brocardo latino che recita: “*ubi societas, ibi ...*” e arrivati a questo punto tutti continuano “*ibi ius*”, ma non è vero, perché il principio romanistico è stato modificato nel corso del periodo medioevale, poi con la pandettistica che ne è seguita, ed era diverso. Il principio latino è un altro: “*ubi societas ibi auctoritas*”, dopo, e solo dopo, viene il diritto. Perché altrimenti intendere “*ubi societas, ibi ius*” accrediterebbe l’idea che il diritto possa governare la politica, e anche questo si è reso strumento e pretesto per scatenare guerre.

Una concezione realistica del diritto internazionale restituisce ad esso, come diceva il grande Professore Rolando Quadri, credibilità ed efficacia nella sua funzione di regolare pacificamente i rapporti tra gli Stati e quindi garantire la pace senza bisogno di “baracche” e “baracconi” come l’Organizzazione delle Nazioni Unite o l’Unione europea.

Altrimenti si finisce con il confondere il diritto con l’uso della forza, cioè la negazione di quello che vuole essere il diritto, criterio di regolazione dei rapporti o delle relazioni. Questo porta all’aggressione anglosassone in Ucraina (perché non è la Federazione russa lo Stato aggressore, dato che questa guerra comincia nel 2014 con il colpo di Stato in Ucraina organizzato dagli Stati Uniti d’America, lo ricordiamo perfettamente tutti) e il diritto internazionale, sempre per riprendere e rimanere coerenti al pensiero realistico di Rolando Quadri, conosce anche l’istituto della legittima difesa preventiva e

non può che essere così, perché se la legittima difesa fosse legittimamente esercitata solo dopo l'aggressione verrebbe meno la sua funzione di contenere, se non prevenire, l'aggressione stessa. La legittima difesa direi addirittura non può che essere preventiva.

Allora dinnanzi a uno Stato che vede la sua frontiera terrestre presidiata da batterie missilistiche rivolte contro di esso, uno Stato che vede massacrata una popolazione che parla la sua lingua, segue le sue tradizioni, con il quale divide un'unicità di animi e di intenti, qualcuno pensa di poter dire che questo Stato non aveva il diritto di intervenire?

A parte le facili considerazioni che di fronte a uno Stato come la Federazione russa quando era Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, che ha avuto 25 milioni di suoi figli morti nella lotta al nazismo, ci si alza in piedi e si tace in segno di rispetto, la legittima difesa preventiva assolve a questo compito ed è essa espressione della sovranità dello Stato.

Conclusivamente ci tengo a ringraziare l'Istituto di Diritto comparato di Belgrado, che mi è caro non soltanto perché è un Istituto prestigioso, ma perché per me è il riflesso del Prof. Jovan Ćirić che, come diceva Dante Alighieri, *m'è fisso nella mente e nel cuore*.

EU MODEL – NEGOTIATING A NEW CONCEPT OF SOVEREIGNTY**

Abstract

European Union (EU) is considered to be a successful model of transfer of exclusive national sovereignty from its Member States to the EU institutions. However, this transfer was happening gradually and up to present has not yet been finished. At the economic level, process that is titled deepening of the European integration, started from customs union, than through common market and finally single market (EU) with the single currency, euro, which is not embracing all Member States. At the political level, the EU has not yet built central political authority with supranational powers that would overcome national jurisdictions of Member States. The Lisbon Treaty of 2009 tried to upgrade the complicated structure of mixed sovereignty divided between Member States and the EU institutions, by cancelling three pillars and forming single legal personality of the Union. Nevertheless, there are voices in the EU Member States from public officials, scholars and wide public, that traditional concept of national sovereignty is more recommendable to respond to modern challenges of contemporary world. Improving the EU model of sovereignty obviously has its limitations, because it is difficult to imagine a paradoxical perspective in which Member States will give up their sovereignty.

Keywords: *European Union, competences, sovereignty*

* PhD, Research Fellow, Full Professor, Institute of Comparative Law, Belgrade.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6666-5692>

E-mail: g.gasmi@iup.rs

* This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

MODEL EU – PREGOVORI O NOVOM KONCEPTU SUVERENITETA

Apstrakt

Evropska unija (EU) se smatra uspešnim modelom prenosa isključivog nacionalnog suvereniteta svojih država članica na institucije EU. Međutim, ovaj transfer se odvijao postepeno i do danas još nije završen. Pravna evolucija novog koncepta suvereniteta EU i njegovo jačanje u fokusu su analize ovog rada, kao i relevantni novi trendovi. Na ekonomskom nivou, proces koji se zove produblјivanje evropskih integracija, počeo je od carinske unije, zatim preko zajedničkog tržišta i konačno do jedinstvenog tržišta (EU) sa jedinstvenom valutom evro (Evrozona), koja ne obuhvata sve države članice. Na političkom nivou, EU još nije izgradila centralnu političku vlast sa nadnacionalnim ovlašćenjima, koja bi prevazišla nacionalne jurisdikcije država članica. Lisabonski ugovor iz 2009. pokušao je da nadogradi komplikovanu strukturu mešovite suverenosti podeljene između država članica i institucija EU, ukidanjem prethodna tri stuba saradnje i formiranjem jedinstvenog pravnog subjektiviteta Unije sa tri oblasti nadležnosti, sa taksativnom numeracijom delatnosti. Međutim, zbog brojnih problema funkcionisanja EU i snažnih geopolitičkih izazova, kojima je EU izložena, posebno posle pandemije i zbog rata u Ukrajini, ali i rata u Gazi, u državama članicama EU jačaju glasovi javnih zvaničnika, naučnika i široke javnosti, da je tradicionalni koncept nacionalnog suvereniteta preporučljiviji za odgovor na izazove savremenog sveta. Može se zaključiti da proces usavršavanja modela suvereniteta EU očigledno ima svoja ograničenja, jer je teško zamisliti paradoksalnu perspektivu u kojoj će se države odreći svog suvereniteta. Takođe, na globalnom nivou konceptualno jezgro suvereniteta ostaje osnovno i ispunjava mnoge važne zahteve međunarodnih odnosa, iako su zbog globalizacije potrebne njegove modifikacije.

Ključne reči: *Evropska unija, nadležnosti, suverenitet*

1. Introduction

Sovereignty is the exclusive right to exercise supreme political authority (legislative, judicial, executive) over a certain territory and over a population on that territory.¹ Sovereignty is one of the most important concepts in international relations, since it has central role in setting the foundation for a rule of law. The Treaty of Westphalia, signed in Europe in 1648 after the Thirty Years' War, established the concept of the sovereign state. Sovereignty rests on the principles of territoriality and non-interference in the domestic affairs of states, according to the Westphalian definition.² Modern sovereign states are main subjects in international relations. The United Nations (UN) Charter, in Chapter 1, Article 2, asserts that the UN is “based on the principle of the sovereign equality of all its Members.” Sovereign state guarantees peace within its borders, ensures implementation of international agreements and of national legal system. Sovereignty is based on the principle of a territorial integrity of a state and on providing for the rule of law on a state territory.

European Union (EU) is considered to be a successful model of transfer of exclusive national sovereignty from its Member States to the EU institutions: the European Commission, the EU Council of Ministers, the EU Parliament and the European Court of Justice, with the main advisory bodies: the Committee of Regions and the Economic and Social Committee. However, this transfer was happening gradually and up to present has not yet been finished. EU Member States are the main constitutive subjects of the Union and as such dictate the course and pace of the establishment of the Union's scope of jurisdiction. The areas in which the EU Member States are ready to cede their competences to a supranational community and its institutions are becoming more and more numerous. Certainly, the explanation of this phenomenon, where national sovereignty is no longer an indivisible and forever defined conceptual category, lies in the growing interdependence of the states in the modern world within the process of globalization.

Despite the federalist efforts in the mid-50s of the last century, during the attempt to establish the European Defense Community, the functionalist approach to European integration prevailed, which is characterized by an overriding focus on the objectives of the Union's actions, and accordingly, the Member States ceded some parts of their competences to the Community/EU institutions.

At the economic level, process that is titled deepening of the European integration, started from customs union (European Economic Community - EEC), than through common market and finally single market (EU) with the single currency, euro, which is not embracing all Member States. The euro area, commonly called the Eurozone, is a currency union of 20 (twenty) Member States of the European Union that have adopted the euro as their primary currency and sole legal tender, and have thus fully implemented economic and monetary union (EMU) policies.

¹ Similar definition see in: R.G. Tatar, A. Moisi, „The Concept of Sovereignty“, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Issue 24/2022, <https://doi.org/10.47743/jopaf1-2022-24-27>, last visited 4 July 2024.

² J. Hemmings, „Defining Sovereignty“, <https://ipdefenseforum.com/2023/03/defining-sovereignty/>, last visited 4 July 2024.

It has to be remembered as an unsuccessful effort of creating of supranational community in the form of European Coal and Steel Community (ECSC) consisting of six Member States founders in 1950 (France, West Germany, Italy and Benelux countries). The lesson learned from that, very limited in scope of competences, model of supranational community, i.e. only to coal and steel sector, contributed to the establishment of the EEC and later the EU. European Economic Community – EEC was a step back regarding the limitation of competences of its Member States for the sake of a supranational institution. Established institutions of the EEC: Commission, Council of Ministers, Parliament and European Court of Justice, with the advisory body: Economic and Social Committee, were equipped with competences strictly devoted to achieving the goals of restricted economic unification at that time. Consequently, the theory of implicit competences arose to explain such functionalistic approach.

At the political level, the EU has not yet built central political authority with supranational powers that would overcome national jurisdictions of Member States, in the following domains: common foreign policy, common security and partially justice and home affairs. Those spheres of jurisdictions are in exclusive competence of the EU Member States.

2. Legal evolution of a new concept of sovereignty of the EU

Bearing in mind that the Union has not yet become a federation or a confederation model of uniting its Member States, despite the fact that a large number of its members (but not all Member States) use the Euro as a single currency, some authors define the EU as a post-sovereign model of community.³ Union has long since surpassed the classical characteristics of international organization and the usual typology. Therefore, many authors define the EU as a *sui generis* model of community.⁴

EU Member States are primarily motivated by the idea and advantages of an economic union, as a necessity in a highly globalized international economy. This is evidenced by the continuous process of improving the institutional structure of the EU, in the form of successive revisions of the constituent Treaties on the EU, then the unsuccessful Draft Treaty on the Constitution of Europe and finally the adoption and entry into force of the Lisbon Treaty on EU (2009). Evolution of legal development of a new concept of sovereignty started in Rome Treaties of 1957, continued in Single European Act of 1987, than by virtue of the Maastricht Treaty of 1993, the EU was established on three pillars of cooperation of Member States. Those pillars existed even through revisions of Maastricht Treaty, in Amsterdam Treaty of 1999 and in Nice Treaty of 2003.

The Lisbon Treaty of 2009 tried to upgrade the complicated structure of mixed sovereignty divided between Member States and the EU institutions, by cancelling three

³ S. Samardžić, *Evropska unija kao model supranacionalne zajednice*, Institute for European Studies, Belgrade, 1999, 34.

⁴ R. Vukadinović, *Pravo EU*, Kragujevac, 2006, 73, G. Gasmī, *Quo vadis EU – Relevantni pravni i institucionalni faktori*, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2016, 12.

pillars and forming single legal personality of the Union with the three areas of competences, with taxative numeration of activities. New notion of sovereignty, at least for the EU Member States is based on: 1. exclusive competence of the EU, 2. exclusive competence of the Member States and 3. shared competences, followed by so-called coordinating competences. According to the Treaty of Lisbon, the degree of the EU competence on public policies can be divided into three main categories (see Table): (1) exclusive competence, (2) shared competence between the Member States and the EU, and (3) policy areas in which Member States are still the main players, even if the EU could be partially involved to supplement Member State action. As Table shows, the EU has the exclusive capacity to make decisions in few, but important public policies: external trade, monetary policy (only for the Eurozone), customs, competition policy, international agreements and conservation of marine resources.

The policies where the EU share competences with Member States include internal market, social policy, agriculture, environmental policies, research and development, transport, cohesion funds, energy, security and justice, etc. Finally, there are public policies where Member States manifest their sovereignty as the main players, even if the EU is involved to some extent: education, culture, public health, tourism, civil protection, administrative cooperation and industrial policy. The common foreign and common security policy is a separate system in the EU. Member States also harmonize their national economic, social and employment policies within the framework of the EU mechanisms.

Table of detailed areas of competences in the Lisbon Treaty on EU:

Exclusive Policies	Shared Policies	Coordination Policies
Customs Union	Internal Market	Economic Policy
Competition Rules	Social Policy	Employment Policy
Marine Conservation	Cohesion Funds	Social Policy
Commercial Policy	Agric & Fisheries	Common Policies
International Treaties	Environment	Development Cooperation
External Policies	Consumer Protection	Humanitarian Aid
CFSP	Transport	Complementary Policies by MS
CSDP	Trans-Europe Networks	Human Health
	Energy	Industry
	Security & Justice	Culture
	Public Health	Tourism
	Research	Education & Training
	Technology	Civil Protection
	Space	Administrative Cooperation

The process of transferring the sovereignty of Member States to the EU institutions is evolutionary in nature and depends on concrete economic and political determinants within the EU and in a global framework. It is illustrated by the globalization strengthening, which dictated furthermore the deepening the European integration

trends through widening of competences of the EU institutions, aimed at forming legal and political identity of the EU as a whole. In this way, the EU Member States performed the efforts to preserve their improved capacity in global economic and political international relations.

The dynamics of building a new concept of sovereignty under the auspices of the EU is variable depending on the political and economic conditions in the EU Member States. In this way, Rome Treaties of 1957 formed EEC (European Economic Community) and European Atomic Energy Community, based on the customs union, due to favorable political climate at that time.⁵ The common market formed by the Rome EEC Treaty was, at that time, the biggest free trade area in the world. However, interesting example is the United Kingdom of Britain (UK), who participated in the initial negotiations for the both Rome Treaties, but withdrew because it expressed strong fear for the loss of national sovereignty.⁶ This historical example proves the importance of political and economic factors in creating the new concept of mixed sovereignty in Western Europe.

The main reason for establishing the Community, as the forerunner of today's EU, was the establishment of an internal market and ensuring sustainable economic development, based on balanced economic growth, stable prices and a highly competitive market economy, which contributes to full employment and social progress. Rome Treaties came into force on 1st July 1958, introducing three communities: ECSC, EEC and Euratom. Since ECSC came to an end on 23rd July 2002,⁷ from this date the EEC and Euratom were collectively referred to as the European Communities, as separate legal subjects. Established customs union was based on the abolition of all customs duties and quantitative restrictions in trade among Member States, a common external tariff and rules on the free movement of goods, labour, business and capital – four freedoms, thus creating economic conditions similar to the market of a single state. Furthermore, some authors therefore compare the EEC to the UK, because there is free movement of goods, persons, business and capital between England, Scotland, Wales and Northern Ireland.⁸

Rome Treaty on the EEC represents the revolutionary solution of mixed sovereignty that was based on delegated competences of the Community, which have not existed before its entry into force. What are the activities that Member States have transferred to the EEC? In the Art 3 of the Rome Treaty there were the following Community competences:

- Elimination among Member States of customs duties and of quantitative restrictions on the import and export of goods, and of all other measures with equivalent effect;
- Forming a common customs tariff and a common commercial policy towards third countries (non members);
- Abolition of obstacles to the free movement of persons, services and capital among Member States;

⁵ J. Fairhurst, *Law of the European Union*, Longman / Pearson, 2010, 6.

⁶ There was, in addition, the big concern for the damage to its preferential trade with the Commonwealth. *Ibid.*

⁷ Paris Treaty on ECSC of 1952 was signed for 50 years duration.

⁸ J. Fairhurst, *ibid.* 7.

- Adoption of a common agricultural policy;
- Adoption of a common transport policy;
- Creation of a Community competition policy;
- Approximation of national laws of Member States to the extent necessary for the proper functioning of the common market and
- Association of overseas countries and territories aimed at increasing trade and economic development.

Obviously, those are economic competences of the mixed sovereignty of the Community and its main institutions: the Commission, the Council of Ministers, the Assembly (later European Parliament) and the Court of Justice. The legal importance of those economic competences was confirmed in later amendments to the Rome Treaty by the Single European Act of 1987. In the meantime, in April 1965 happened the merger of institutions. Although the agreement was reached to exist only one Parliamentary Assembly and one Court of Justice for the ECSC, EEC and Euratom, by virtue of the Merger Treaty, one Council and one European Commission, together with one Court of Justice and one Assembly were introduced for the three Communities.

In this way, limited sovereignty of the Community was improved through strengthening of its institutional structure. However, the three Communities retained their separate legal personality, and continued to function in parallel. Because of the common bodies, membership and goals, the single term Community, which signifies the existence of three, was universally accepted as the European Community in the political sense. In the legal context, the three European communities continued to exist side by side.

The goal of institutional merging is better internal coordination of the performance of functions, reduction of costs, simplification of administrative procedures and simpler adoption of the budget.

Further legal evolution of a new concept of sovereignty came with the Single European Act of 1987, which introduced amendments to the founding Treaties. For the first time political cooperation among Member States was launched for the sake of forthcoming creation of the European Union, which was mentioned for the first time in the form of Member States' commitment to build European Union. Regular meetings of prime ministers or presidents of Member States, in order to draw common political aims were envisaged in the established European Council. The solution was found in an intergovernmental method of political cooperation in the European Council. Consequently, Member States were not bound unless all the Member States agree on some political issue.

This approach is present also in later revisions of Rome Treaties: in the Maastricht Treaty on the EU of 1993, the Amsterdam Treaty of 1999 and the Nice Treaty of 2003, as well as in the Lisbon Treaty on the EU, for areas of common foreign and security policy, common defence policy and to some extent, for economic policy, employment and social policies. Those are domains where Member States keep the primacy of their national sovereignty, in order to preserve vital national interests.

3. Strengthening the EU sovereignty

Strengthening the EU sovereignty developed through the improvement of legislative powers of the European Parliament. Without expanding the competence of the EU and strengthening the democratic responsibility of its institutions, where the European Parliament occupies a special place, it would be difficult to achieve the transfer of state sovereignty on the monetary level to the EU bodies. The leading members of the Community, France and Germany, advocated the need to build a political, economic and monetary union, which arose from the understanding of the connection between these areas.

Maastricht Treaty on the EU of 1993 was the result of those political efforts. In the established EU, common foreign and security policy remained outside the jurisdiction of the Community, forming the second pillar of member cooperation, according to the Maastricht EU Treaty. The third pillar of cooperation covered issues from the field of justice and internal affairs (immigration, asylum, cooperation of judicial authorities), as a kind of codification of informal agreements of Member States. In the central first pillar of the European Union, the then current body of relations and the legal system of the European communities, which continued to exist as the basis of the EU, was placed.

Given the extension of jurisdiction to new areas, the name European Economic Community was changed to European Community, because in this way we wanted to point out the broader (non-economic) functions of the Community. On the one hand, the existing communitarian competences were strengthened and this refers to: social policy (without the participation of Great Britain); area of economic and social cohesion (regional development); environmental protection; scientific research work and technological development. On the other hand, the EU Treaty from Maastricht introduced new areas of Community activity: education and professional training; visa policy; consumer protection; culture; development cooperation with developing countries; industrial policy; trans-European communication networks in transport, energy and telecommunications.

The adoption of the EU Treaty in Maastricht marked the official introduction of the monetary union of the EU members in three stages, which also represented the strengthening of the EU sovereignty.

The most important reforms were made in the sphere of competence and work of the European Parliament in the direction of improving its position in the legislative domain. The process of strengthening Parliamentary powers, which began with the Single European Act and establishing the procedure for the cooperation of the Parliament and the Council, continued with further legal reforms. In addition to the cooperation procedure, a complex co-decision procedure has been introduced and the number of cases where Parliament's consent is required has increased. The co-decision procedure with the Council (Art. 189 B), as a form of democratic control of the Council's work, is applied in several areas of particular importance for the development of the EU: implementation of the internal market, scientific research and technological development,

education and professional training, culture, health and protection of environment. Unlike the cooperation procedure, in co-decision the Parliament can stop the adoption of an act in the Council.

The legislative functions of the European Parliament are multiple:

- giving opinions on foreign-political issues and the judicial field;
- confirmation of trade and other agreements with third countries or international organizations (consent);
- adoption of the annual budget on equal footing with the Council;⁹
- co-decision with the Council enlarged to fifty new issues and
- cooperation legislative procedure.

In the field of political control in the EU, through the mechanism of electing the President of the Commission on the proposal of the European Council, the Parliament should take into account the results of the European elections for deputies, so that the President of the Commission is a representative of the political will of the majority of voters in the EU.

The democratic control of the Parliament over the Commission is reflected not only in the approval of the election of its members, but also in the right of the Parliament to form an investigative commission and examine citizens' complaints about improper administrative work of the EU bodies (Ombudsman powers).

However, in the area of political union, more modest progress was achieved than in relation to the economic and monetary union, while in terms of social policy, agreement was not reached on greater Communitarian competence and decision-making rights of the Union. Great Britain again expressed reservations regarding the adoption of the new Social Charter, and the other eleven members concluded the Protocol on Social Policy and the Agreement, which is outside the legal framework of the Treaty on the European Community.¹⁰

The general principle of conferred competences, i.e. assigned competences, represents the principle on which is based the European Union and its model of sovereignty. The areas in which EU Member States are ready to cede their competences to a supra-national Community and its institutions, such as the EU, are becoming more numerous today. The national sovereignty of EU Member States is no longer an indivisible and forever defined conceptual category, because the interdependence of states is increasing at the global context and even more, at the regional level in the modern world.

In the area of shared competences, the EU operates on the basis of the principle of subsidiarity, which defines that the EU takes measures, only if the goals of the intended action cannot be achieved to the required extent by the Member States, that is, the goals can be more successfully achieved by the EU, taking into account the size or performance of

⁹ Until the Lisbon Treaty on the EU, the Council of Ministers had the right to final decisions in the area of mandatory budget expenditures, which make up the majority of the EU budget (especially expenditures for agriculture). G. Gasmi, *Quo vadis EU*, *op. cit.*

¹⁰ G. Gasmi, *op. cit.*, 47.

the intended actions. Guardians of the consistent implementation of the subsidiarity principle in the EU, in terms of the hierarchy of competences in the EU, are primarily the national parliaments of the Member States and the European Court of Justice.

EU measures shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of the EU Treaty. This constitutes the principle of proportionality, which complements the principle of subsidiarity. Member States undertake all necessary measures to achieve EU tasks and refrain from any measures that may jeopardize the achievement of EU objectives. On the other side, the Lisbon Treaty strengthens the presumptions in favor of the competences of the Member States in situations where they are not explicitly assigned to the EU institutions.

Birth of the EU marked the strengthening of its specific model of sovereignty. In this process, the acquisition of the status of a legal entity of the Union, which enables the conclusion of international agreements on behalf of the EU as a whole and accession to international organizations and conventions, is of great positive importance. In relation to the common defense and security policy, the Lisbon Treaty made progress towards the formation of the so-called European common defense. A clause on mutual defense was introduced (Art. 42, paragraph 7), which means that if one member state is attacked, the other members have an obligation to help it in defense. It is the usual principle of collective security in international relations, which is embodied in Ch. VII of the UN Charter.

There is an important difference (*differentia specifica*) of common policies in relation to the coordination of national policies. First of all, in the case of common policies, there is a transfer of competence to the EU (especially in the area of achieving the internal market), while in the case of harmonization of national policies, the responsibility for implementing and formulating the policy is still in the hands of the Member States. Bearing that in mind, for a complete interpretation of the construction and functioning of the EU, it is necessary to apply a functionalist approach.

The founders of integration functionalism (D. Mitrani, Inis L. Claude, P. G. Taylor, etc.)¹¹ believe that political integration should automatically result from economic unification. Bearing in mind that through economic integration a greater closeness of attitudes develops in the cooperation of states, it should precede political integration. According to their views, the gradual transfer of state powers to the joint bodies of the international organization is moving in the direction of its formation into a supranational entity, that is, a political community of a parastate way of functioning.

Another important issue is the open question in relation to the EU enlargement *versus* sovereignty of the EU i.e. does the enlargement strengthen the competences of the EU or not. EU enlargement policy has been considered the most efficient foreign policy instrument, especially after the Big Bang enlargement in 2004. However, the deadlock in actual enlargement processes for the last decade, especially in the Western Balkans region, contributed significantly to decrease of the EU's geopolitical influence, its credibility, endangered security (especially with the Ukraine war), hampering economic

¹¹ D. Mitrani, *A Working Peace System*, London, NY, 1946, 47.

opportunities and normative power.¹² Seen from the point of sovereignty view, both the EU and its Member States claim authority for foreign and even security affairs. Member States foster their national interests despite the existence of the EU, its foreign policy or common positions they jointly take on certain matters.¹³

Consequently, when the EU enlargement is at stake, Member States are insisting on primacy of their national interests, so the sovereignty of the EU is functional during negotiations on accession, but final say have the Member States when it comes to ratification of achieved agreements on accession. The result is that common foreign policy including the enlargement, as well as common defence policy are separate domains in terms of the EU jurisdiction, since there the Member States jealously keep their sovereign powers allowing only common positions and actions based on unanimity. Amsterdam Treaty on the EU (1999) has introduced the notion of the constructive abstention in the decision making process of the common foreign policy issues, aimed at reaching the consensus, very often so necessary in reality. However, it does not change the assessment of very limited sovereignty of the EU in foreign policy matters. Later Lisbon Treaty on the EU (2009) improved the ability of the Union to conclude international agreements by establishing the legal personality of the EU as a whole, which is considered to be a great improvement for the EU sovereignty.¹⁴ Recent example is that the EU joined the Convention of the Council of Europe on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention) as of October 2023, although not all Member States are contracting parties of this Convention.¹⁵

4. New trends

Globalization is a process of interaction and integration that embodies a transformation in the organization of social relations and transactions, which generate transcontinental or interregional flow of communication, technology, knowledge and opportunities. Globalization has transformed several aspects of the global system and influenced almost all dimensions of human lives.¹⁶ We witness now the functioning

¹² I. Radić Milosavljević, M. Petrović, „EU Enlargement Policy between the Chronological Precedence of the Western Balkans and the Geopolitical Urgency in the Eastern Neighborhood: a Realist Perspective, *Političke perspektive*, Vol. 14, No. 1, 2024.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ G. Gasmı, *Quo vadis EU – Relevantni pravni i institucionalni faktori*, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2016, 121.

¹⁵ Council Decision (EU) 2023/1075 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to institutions and public administration of the Union, OJ L 143I , 2 June 2023, 1; Council Decision (EU) 2023/1076 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters, asylum and non-refoulement, OJ L 143I , 2 June 2023, 4.

¹⁶ D. Dubey, „Perspective on Traditional Concept of Sovereignty and Globalization“, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3868677, last visited 5 July 2024.

of UN, European Union, NATO, World Bank, World Trade Organization (WTO) and International Monetary Fund (IMF) that have imposed their authority by promoting universal standards for everything. All those trends have thus changed the traditional concept of sovereignty. The very core of traditional sovereignty is power of self-determination, the power to determine for and by oneself and not the command of others.

The question is: which are the areas in which sovereign states are ready to cede their competences to a supranational community. As it stems from the historical course of development of the Community into the European Union, this question has not yet been given a final answer.

Furthermore open question arises: does this new concept of the EU model of sovereignty, as it was established in 2009 by the Lisbon Treaty on the EU, reflect the needs of modern states in XXI century? More and more, there are voices in the EU Member States from public officials, scholars and wide public, that traditional concept of national sovereignty is more recommendable to respond to modern challenges of contemporary world. This trend has developed recently, especially after Pandemic of Covid-19, which indicated the systemic weakness and the lack of competence and powers of the EU institutions in the area of public health protection, when population in most EU Member States asked primarily from their governments to protect them adequately. Additionally, this trend gained importance furthermore with security threats resulted from the wars in Ukraine and in Gaza.

However, traditional definition of sovereignty, as it was formulated in a Westphalian manner, is obsolete due to globalization and extreme interdependence of states.¹⁷ The new concept of sovereignty, born within the EU, remains regionally limited and open to possible new negotiations among Member States in future eventual revision of the Lisbon Treaty on EU. Process of upgrading the new concept of sovereignty is dynamic and will depend on multidimensional factors, such as geopolitical elements in Europe, including war in Ukraine, economic stability or instability, national ruling parties in Member States and finally, European elections for EU Parliament showing political mood of wide EU population in 2024.

„At the level of the European Union, and on the international stage in general, the states are each sovereign. The European Union is thus a juxtaposition of the sovereignty of the Member States. Therefore, sovereignty cannot be absolute, but each state must respect the sovereignty of the other states, as well as the rules of Community law. The evolution of states is accompanied by the evolution of the concept of sovereignty, which designates them. Therefore, the concept of sovereignty must, in the context of Europeanization, be rethought.“¹⁸

At a global level, new trends are present in defining the concept of sovereignty, such as the notion of so called responsible sovereignty, which assumes that a state is

¹⁷ B. Aurescu, *The New Sovereignty*, C.H. Beck, Bucharest, 2003, 48, D. Herzog, *Sovereignty*, RIP, Yale University Press, 2020, 29.

¹⁸ R. G. Tatar, A. Moisi, „The Concept of Sovereignty“, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Issue 24/2022, <https://doi.org/10.47743/jopafl-2022-24-27>, last visited 5 July 2024.

responsible for the welfare of its citizens and for the protection of their human rights.¹⁹ The essence of this definition is that it makes the concept of sovereignty conditional upon fulfillment of economic prosperity and human rights protection. UN accepted the concept of responsible sovereignty by a resolution passed by the UN General Assembly in September 2005 at the World Summit. However, the interpretation and implementation of this concept of responsible sovereignty contrary to the traditional, absolute sovereignty, may pose problems and can result in conflicts among states.

It is important to stress the primacy of Community law and the *Acquis Communautaire* in the EU Member States, which is one of crucial principle of the EU functioning. Nevertheless, Poland has been sued by the European Commission following the decisions of the Polish Constitutional Court challenging the supremacy of EU law. The Polish Government explicitly argues that the Commission's legal action is an attack on its sovereignty.²⁰ This recent example directly illustrates the complexity of the execution of traditional notion of sovereignty of a Member State in the framework of the EU. However, the EU model of shared sovereignty does not ruin the essence of the concept of sovereignty, because its Member States consciously, voluntarily and supported by the public vote are those that delegate their powers to a common institutional structure in order to achieve effective security and viable prosperity.

It seems that in near future the EU model of so called a juxtaposed sovereignty over the Member States needs to be rethought, especially after the Brexit, the withdrawal of the United Kingdom from the European Union and Euratom in early 2020. For the first time, it happened that a Member State left the Union, which was considered by Eurosceptics to be the beginning of disintegration. On the other side, many European states: from the Western Balkans region (Serbia, Montenegro, Bosnia & Herzegovina, Albania),²¹ and Ukraine and Moldavia, as well as Turkey try to become members of the EU in a long-running negotiations. In candidate countries, the Union is seen as an adequate wheel of economic development and of sustainable peace among its members.

According to the Eurobarometer survey from December 2019, the distrust of citizens of EU Member States in the Union has increased and amounts to 47% of those surveyed. This is followed by a high percentage of mistrust in national governments (61%) and EU member parliaments (60%). In only four Member States, a relative majority say they "tend to trust the EU": Germany, Poland, Belgium (49%), and Slovakia (45%). Citizens in Great Britain (29%), France (32%) and Greece (34%) have the lowest level of trust in the EU. According to a regular Eurobarometer survey (December 2019), more than a

¹⁹ J. Hemmings, *op.cit.*

²⁰ Poland's Constitutional court ruled in July 2021 that the measures imposed by the European Court of Justice were unconstitutional, although Poland had agreed with the rule of law when it became a member of the EU in 2004. R. G. Tatar, A. Moisi, *op. cit.*

²¹ G. Gasmı, D. Prlja, „European path of the Western Balkans region - normative aspects and geopolitical factors“, *Regional Law Review – Collection of papers from the First International Scientific Conference*, (ed. Reljanović M.), Institute of Comparative Law, Belgrade, COBISS.SR-ID 26220297, ISBN 978-86-80186-60-3 (IUP), 59 - 76., 2020.

third of citizens in EU countries (34%) believe that the migrant crisis is the most significant problem facing the Union since 2014.²²

Consequently, this situation served to strengthen national far-right movements and Eurosceptics in the EU Member States and became even more indicative of the Union's institutional weaknesses.²³ Recent European elections in June 2024 for the European Parliament clearly confirmed those trends.

Conflicts in implementation of the EU model of sovereignty are often present: on April 2, 2020, the European Court of Justice ruled that three EU countries: the Czech Republic, Hungary and Poland violated EU regulations when they refused to accept migrants under the 2015 EU temporary quota system introduced by a decision of the Council of Ministers.²⁴ The European Court of Justice concluded that the three Member States were not entitled to invoke: "maintenance of law and order" or "maintenance of internal security", or to claim that the resettlement program was "dysfunctional".²⁵ The three Member States have posed the arguments of absolute national sovereignty, which were not accepted at the EU level.

Jean Monet wrote in his memoirs that "Europe will move forward in crises and it will be the sum of the solutions adopted for those crises". However, the absence of solidarity from other EU members towards Italy, France and Spain, the Member States that suffered the most losses in the Pandemic, indicated a direct violation of European values that are legally protected and declared by the Treaty of Lisbon (Articles 2, 3).

From a normative point of view, these provisions of the Lisbon Treaty emphasize universal values, such as: human dignity, freedom, democracy, equality, rule of law, solidarity, non-discrimination and respect for human and minority rights. "These values are common to Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men rule" (Art. 2). Therefore, some authors point out that the Treaty of Lisbon (TEU) is deeply rooted in human rights, because those provisions of Article 2 on the values of the Union have not only political, but also concrete legal effects.²⁶ In the EU practice, these values are seriously violated, which represents another example of the gap between the normative and real dimensions of the functioning of the Union.

²² European Commission, "Autumn 2019 - Standard Eurobarometer", Press Release 20 December Brussels, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner>, last visited 4 July 2024.

²³ G. Gasmi, „The legal framework of the EU - a decade since the adoption of the Lisbon Treaty on the EU and the black momentum of the Union“, in: *Liber Amicorum in honor of Radovan D. Vukadinović, Challenges in international business law and the law of the European Union*, (ed, Tatham A. F., Popović V., Vukadinović Marković J.), Academy of Sciences and Arts of the Republic of Srpska, Association for European Law, Kragujevac - Banja Luka, Official Gazette, 2020, 225 - 248.

²⁴ Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece (OJ 2015 L 248, 80).

²⁵ ECJ Judgment in Joined Cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17 Commission v Poland, Hungary and the Czech Republic, Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 40/20 Luxembourg, 2 April 2020, www.curia.europa.eu, last visited, 6 July 2024.

²⁶ J. Piris, *The Lisbon Treaty – A legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 71.

Therefore, many authors are proponents of the idea of the Europe of free nations, i.e. as A. Dvorak wrote: „But this does not mean that we should cease being inspired by European integration created from below. The search for ways to continue further free existence and preserve national independence while building mutually beneficial cooperation with neighbouring states was justifiable yesterday, is today and will be tomorrow.“²⁷ This quote not only affirms the strengthening of the old traditional concept of sovereign states, but furthermore indicates the problems of the EU model of juxtaposed and shared sovereignty in relation to its Member States.

Furthermore Petr Drulak wrote about the tragedy of the EU²⁸ suggesting the closer Central European integration based on the primacy of national sovereignty: „The basic premise is: less EU, more national sovereignty and a new type of regional integration. The weakening of the EU and the strengthening of individual states are linked vessels. States need to regain the ability to regulate capitalism and sovereignly decide the rules by which they would live.“²⁹

Additionally, there is a strong resistance to a new-wave trend of decarbonisation policy of the EU, because the EU accounts for only about one tenth of global carbon emissions³⁰ and yet it wants to radically change European industry and energy. Opponents consider that the EU will endanger its own economic prosperity, because decarbonisation experiments damage European economies and exacerbate social disparities.

5. Conclusions

Bearing in mind geopolitical challenges of XXI century, especially Pandemic, war in Ukraine in Europe, but also war in Gaza, the concept of sovereignty receives new connotations and conceptual additions in order to respond to new social, political and economic requirements. This is applicable furthermore for the European Union and its Member States, since there is a significant mood for constitutional amendments of its Lisbon Treaty without cancelling achieved results of integration, but followed by strengthening of national sovereignty of Member States in a traditional sense.

²⁷ A. Dvorak, „Historical development and contradictory concepts of efforts to unite Europe“, in: *Saint Adalbert and Central Europe*, (ed. Tomáš Kulman, Michal Semín), Patrimonium Sancti Adalberti, Prague 6 – Břevnov, Czech Republic, 2021, 31.

²⁸ P. Drulák, „A dangerous world and the Central European integration as a necessity“, in: *Saint Adalbert and Central Europe*, (ed. Tomáš Kulman, Michal Semín), Patrimonium Sancti Adalberti, Prague 6 – Břevnov, Czech Republic, 2021, 35: „The real tragedy of today’s European Union is not its failure to stand up to geopolitical challenges. It was not founded with such objective in mind and its Member States are not prepared to provide it with the necessary tools to do so. France may dream that its nuclear weapons, military and intelligence capabilities, and veto power in the UN Security Council predestine it for a leading role in a strategically acting Europe, but others do not want to defer to either France or the European Commission on strategic issues.“

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

At a global level, starting from the point of complexity of current international flows, the concept of sovereignty remains necessary, because states are main subjects in international relations. However, globalization trends make unavoidable pressures on traditional essence of sovereignty, diminishing its scope and asking for its adaptation. Open question still is: does globalization and deepening of integration within the EU will result in effective changes of the notion of sovereignty. The answer to this question is already present to a limited extent, because the EU model clearly shows revolutionary steps in creating a new concept of mixed sovereignty, no matter how complicated it is in practice.

It can be concluded that the process of perfecting the EU model of sovereignty obviously has its limitations, because it is difficult to imagine a paradoxical perspective in which states will give up their sovereignty. History of unsuccessful efforts in moving the Union towards confederation or even federation through Draft Treaty on European Constitution (2004), which was rejected at French referendum and later in Netherlands (2005), confirms this conclusion. Consequently, changes of a new concept of sovereignty in the EU will be only nuanced. Furthermore, at a global level conceptual core of the sovereignty remains basic and meets many important requirements of international relations, although its modifications are needed due to globalization.

References

- Aurescu, B. *The New Sovereignty*, Bucharest, C. H. Beck, 2003.
- Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece (OJ 2015 L 248, p. 80).
- Council Decision (EU) 2023/1075 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to institutions and public administration of the Union, OJ L 143I, 2 June 2023, p. 1; Council Decision (EU) 2023/1076 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters, asylum and non-refoulement, OJ L 143I, 2 June 2023.
- Drulák, P. „A dangerous world and the Central European integration as a necessity“, in: *Saint Adalbert and Central Europe*, (ed. Tomáš Kulman, Michal Semín), Patrimonium Sancti Adalberti, Prague 6 – Břevnov, Czech Republic, 2021.
- Dubey, D. „Perspective on Traditional Concept of Sovereignty and Globalization“, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3868677.
- Dvorak, A. „Historical development and contradictory concepts of efforts to unite Europe“, in: *Saint Adalbert and Central Europe*, (ed. Tomáš Kulman, Michal Semín), Patrimonium Sancti Adalberti, Prague, Czech Republic, 2021.

- ECJ Judgment in Joined Cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17 *Commission v Poland, Hungary and the Czech Republic*, Court of Justice of the European Union PRESS European Commission, "Autumn 2019 - Standard Eurobarometer", Press Release 20 December Brussels, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner>.
- Fairhurst, J. *Law of the European Union*, Longman/Pearson, 2010.
- Gasmı, G. *Quo vadis EU – Relevantni pravni i institucionalni faktori*, Belgrade, Institute of Comparative Law, 2016.
- Gasmı, G., D. Prlja, „European path of the Western Balkans region - normative aspects and geopolitical factors“, *Regional Law Review – Collection of papers from the First International Scientific Conference*, (Ed. Reljanović M.), Belgrade, Institute of Comparative Law, 2020, 59 – 76.
- Gasmı, G. „The legal framework of the EU - a decade since the adoption of the Lisbon Treaty on the EU and the black momentum of the Union“, in: *Liber Amicorum in honor of Radovan D. Vukadinović, Challenges in international business law and the law of the European Union*, (ed. Tatham A. F., Popović V., Vukadinović Marković J.), Academy of Sciences and Arts of the Republic of Srpska, Association for European Law, Kragujevac - Banja Luka, Official Gazette, 2020, 225 – 248.
- Hemmings, J. „Defining Sovereignty“, <https://ipdefenseforum.com/2023/03/defining-sovereignty/>.
- Herzog, D. *Sovereignty*, RIP, Yale University Press, 2020.
- Mitrany, D. *A Working Peace System*, London, NY, 1946.
- Piris, J. *The Lisbon Treaty – A legal and Political Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Radić Milosavljević, I., Petrović, M. „EU Enlargement Policy between the Chronological Precedence of the Western Balkans and the Geopolitical Urgency in the Eastern Neighborhood: a Realist Perspective, *Političke perspektive*, Vol. 14, No. 1, 2024. RELEASE No 40/20 Luxembourg, 2 April 2020, www.curia.europa.eu, last visited, 3 July 2024.
- Samardžić, S. *Evropska unija kao model supranacionalne zajednice*, Belgrade, Institute for European Studies, 1999.
- Tatar, R. G., Moisi, A. „The Concept of Sovereignty“, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Issue 24/2022, <https://doi.org/10.47743/jopaf1-2022-24-27>.
- Vukadinović, R. *Pravo EU*, Kragujevac, Centar za pravo EU, 2006.

SULLA “SUDDITANZA” E SULLA PERSONALITÀ GIURIDICA INTERNAZIONALE DELL’INDIVIDUO ALLA LUCE DEL PENSIERO DI ROLANDO QUADRI

Abstract

Da un po' di tempo a questa parte nel dibattito dottrinario si è diffusa la tendenza ad assegnare un'importanza centrale all'individuo nel contesto del diritto internazionale. In questo ambito si parla di una sorta di “umanizzazione” del diritto internazionale principalmente per due motivi: in ragione della crescente attenzione (quantomeno a livello enunciativo) alla tutela dei diritti fondamentali e delle libertà individuali e in ragione della presenza di norme di diritto penale internazionale e del loro impatto sull'evoluzione del diritto internazionale. Per tali ragioni la dottrina discute su una (improbabile) “evoluzione” del diritto internazionale da una normativa centrata sugli Stati (e per gli Stati) a una normativa rivolta agli individui (e per gli individui).

In altri termini, la presunta soggettività internazionale degli individui si fonderebbe sull'esistenza di diritti individuali riconosciuti e tutelati a livello internazionale e suscettibili di protezione davanti a giurisdizioni internazionali, nonché sull'esistenza di norme penali internazionali “originali” che determinano la responsabilità individuale a livello internazionale.

Il contributo, anche alla luce del pensiero di Rolando Quadri, intende proporre una ricostruzione critica della dottrina sulla questione e mettere in luce l'assenza di basi solide per la teoria della soggettività internazionale dell'individuo sottolineando invece il ruolo predominante - e addirittura esclusivo - degli Stati per quanto riguarda la soggettività nel diritto internazionale.

Parole Chiave: *il diritto internazionale, la soggettività internazionale, il ruolo degli Stati, il pensiero di Ronaldo Quadri*

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università degli Studi di Catania.

E-mail: anna.valvo@unict.it

O „SUBJEKTIVNOSTI“ I MEĐUNARODNOPRAVNOJ LIČNOSTI POJEDINACA U SVELU MISLI RONALDA KVADRIJA

Apstrakt

Već neko vreme postoji tendencija u doktrinarnoj debati da se pojedincu pridaje centralni značaj u kontekstu međunarodnog prava. Stoga se govori o svojevrsnoj „humanizaciji“ međunarodnog prava pre svega iz dva razloga: zbog sve veće pažnje (bar u principu) zaštiti osnovnih prava i sloboda pojedinca i zbog prisustva normi međunarodnog krivičnog prava, i njihovog uticaja na razvoj međunarodnog prava. Iz ovih razloga, doktrina govori o (malo verovatnoj) „evoluciji“ međunarodnog prava od okvira koji je usredsređen na države (i za države) do okvira usmerenog ka pojedincima (i za pojedince).

Drugim rečima, navodni međunarodni subjektivitet pojedinaca zasnivao bi se na postojanju individualnih prava priznatih i zaštićenih na međunarodnom nivou i koja bi se mogla podržati pred međunarodnim jurisdikcijama, kao i na postojanju „prvobitnih“ međunarodnih krivičnopравnih normi koje određuju individualnu odgovornost na međunarodnom nivou.

Ovo istraživanje, takođe u svetlu misli Rolanda Kvadrifa, ima za cilj da pruži kritičku rekonstrukciju doktrine o tom pitanju i istakne nedostatak čvrstih osnova za teoriju međunarodnog subjektiviteta pojedinca, umesto da se istakne preovlađujuća i zaista isključiva uloga država u smislu subjektiviteta u međunarodnom pravu.

Ključne reči: *međunarodno pravo, međunarodni subjektivitet pojedinca, uloga država, misao Ronalda Kvadrifa*

1. Introduzione

La questione della classificazione dell'individuo come soggetto di diritto internazionale sebbene suggestiva è tuttavia ancora controversa in dottrina e merita una ricostruzione di carattere critico partendo da una ineludibile prospettiva di positivismo giuridico.

In dottrina si riconosce pressoché unanimemente che per soggettività di diritto internazionale deve intendersi l' idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive¹. In altri termini, l'esser destinatari di norme determinerebbe il conseguimento della soggettività giuridica internazionale o, come anche è stato detto, la soggettività non sarebbe altro che la “denominazione tecnico-giuridica della destinatarietà di norme”².

La tendenza a riconoscere un ruolo centrale all'individuo nel diritto internazionale, si fonda sostanzialmente su una sorta di “umanizzazione” del diritto internazionale con specifico riferimento all'influenza che, da un lato, la crescente tendenza alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali e, dall'altro, le norme del diritto penale internazionale hanno sull'evoluzione del diritto internazionale.

Quindi, si assisterebbe a un'evoluzione del diritto internazionale da un diritto degli Stati (e per gli Stati) a un diritto degli individui (e per gli individui).

La premessa della soggettività internazionale degli individui sarebbe l'esistenza di diritti degli individui direttamente rilevabili dal diritto internazionale e suscettibili di protezione dinanzi alle giurisdizioni internazionali, nonché l'esistenza di norme penali internazionali (“originali”) da cui deriverebbe l'imputabilità dell'individuo a livello internazionale.

Il contributo, anche in coerenza con il pensiero di Rolando Quadri, è rivolto ad affermare la insussistenza della personalità giuridica internazionale dell'individuo e il ruolo preminente, anzi esclusivo, degli Stati, in termini di soggettività nel diritto internazionale. Questo perché le norme del diritto internazionale sono il frutto di un complesso insieme di relazioni economiche, culturali, sociali e politiche tra gli Stati.

In altre parole, il diritto internazionale, concepito come un insieme di regole vincolanti destinate a disciplinare le relazioni tra Stati, enti indipendenti nei rapporti reciproci con altri Stati e sovrani rispetto agli individui verso i quali esercitano la loro potestà d'imperio, regola il comportamento degli Stati e non quello degli individui benché questi ultimi possano risultare destinatari indiretti di norme di diritto internazionale che conferiscono all'individuo la facoltà di agire nei confronti dello Stato.

In altri termini, la personalità giuridica internazionale dell'individuo deve essere esclusa non soltanto perché il diritto internazionale, nella misura in cui regola i rapporti

¹ Si veda, in proposito, U. Leanza, I. Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, IV Ed., Torino, Giappichelli, 2022, per i quali la soggettività consiste nel possesso di una qualità giuridica tale da rendere idonei a diventare titolari di diritti e di doveri. Si veda anche F. Mastromartino, *La soggettività degli individui nel diritto internazionale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 10, 2010, e bibliografia ivi citata.

² Cfr. G. Arangio Ruiz, L. Margherita, E. Tau Arangio Ruiz, *Soggettività nel diritto internazionale, Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. XIX, Torino, Utet, 1999, 301.

fra gli Stati, prevede soltanto questi ultimi come destinatari delle sue norme, ma anche e soprattutto perché l'ordinamento internazionale si fonda sui rapporti fra Stati (enti *superiorem non recognoscens*³) e per ciò stesso ne sono esclusi gli individui che rispetto agli Stati, da un canto, si trovano in una posizione subordinata e, d'altro canto, sono privi degli strumenti necessari per tutelare i propri diritti dinanzi all'ordinamento internazionale. In altri termini, l'adempimento degli obblighi contenuti nei trattati è questione che riguarda esclusivamente gli Stati anche se l'adempimento riguarda in indirettamente anche l'individuo⁴.

Come anche è stato detto: “Le norme consuetudinarie o i trattati che apparentemente impongono doveri agli individui, in realtà impongono allo Stato l'obbligo di vietare e punire certi fatti individuali o lo autorizzano a farlo quando altrimenti sarebbe vietato: l'obbligo dell'individuo non sorge se lo Stato non abbia emanato la norma che vieta [...]. E le norme che apparentemente accordano diritti agli individui, in realtà obbligano o autorizzano lo Stato ad accordare quei dati diritti”⁵.

2. Sovranità e soggettività internazionale

Benché per decenni la dottrina positivista si sia orientata nel senso di negare la soggettività internazionale degli individui da considerare non come soggetti ma come *oggetto* delle norme internazionali, nel secolo scorso è fiorita una vasta letteratura riguardante la soggettività giuridica internazionale non solo degli individui ma anche delle organizzazioni internazionali.

Tradizionalmente, dunque, la soggettività internazionale è considerata come derivata dalle caratteristiche tipiche degli Stati che sono i destinatari dell'ordinamento e delle norme internazionali⁶; tuttavia, parte della dottrina si chiede se questa qualità possa essere attribuita anche alle organizzazioni internazionali, mentre per gli individui il problema è stato posto nei termini della loro capacità di essere destinatari diretti (beneficiari) delle norme del diritto internazionale.

In altre parole, si è consolidata la tendenza di una idea di “superamento” dello Stato e, conseguentemente, della sovranità statale; superamento dell'idea dello Stato e

³ Cfr. R. Quadri, *Scritti giuridici - Diritto Internazionale Pubblico*, I Vol, Milano, A. Giuffrè, 1988, p. 833: “Le droit international aurait comme objet seulement les conduites des Etats dans l'exercice de leur pouvoir souverain (*ius imperii*)”.

⁴ In proposito, si veda R. Quadri, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1936 che a p. 56 chiarisce che: “Quando i trattati internazionali parlano di diritti, doveri, ecc. dei singoli, non fanno altro che obbligare gli Stati ad attribuire e rispettivamente imporre agli individui, mediante i loro ordinamenti giuridici interni, i diritti e i doveri di cui è parola. Cosicché la fonte di questi va sempre ricercata nel diritto interno degli Stati che danno esecuzione agli obblighi loro imposti dai trattati internazionali [...]. Viceversa, la pretesa giuridica all'esecuzione degli obblighi contenuti nei trattati, anche se tale esecuzione importi conseguenze per gli individui, esiste solo nei rapporti tra le parti contraenti”.

⁵ Cfr. D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Rome, Athenaeum, 1912, 137.

⁶ Come sottolinea la Corte Permanente di Giustizia Internazionale nella sentenza del 27 settembre 1927 (*Lotus, Francia c. Turchia*): “Il diritto internazionale regola i rapporti tra Stati indipendenti”.

della sovranità statale, come tradizionalmente intesa, che dovrebbe meglio corrispondere alle esigenze del contesto cosmopolita (o “globalizzato”) attuale indicativo di un processo ritenuto non più limitabile o revocabile.

È appena il caso di osservare, tuttavia, che le caratteristiche tipiche degli Stati, come il potere esclusivo di governo sulla collettività umana presente nel territorio e l'indipendenza da altre autorità statali, confermano l'idea della soggettività internazionale esclusiva degli Stati che trovano in sé stessi il loro fondamento di legittimazione⁷.

Pertanto, solo lo Stato può garantire agli individui che vivono al suo interno quei diritti riconosciuti dal diritto internazionale. Solo lo Stato dispone degli strumenti di organizzazione politica e amministrativa idonei a soddisfare gli obblighi internazionali e anche sotto questo specifico profilo lo Stato si presenta come una necessità sociale e politica perché solo il governo dello Stato può garantire una vita sociale ordinata e soddisfare le esigenze individuali e collettive delle comunità.

In proposito, appare come mai superata l'affermazione secondo cui: “Essendo [...] la Comunità internazionale [...] una comunità paritaria, fondata sul principio dell'indipendenza e dell'uguaglianza dei suoi membri, ne rimangono esclusi coloro che, per vincoli di subordinazione verso altri enti, non potrebbero in essa assumere una certa posizione di autonomia, che è altresì necessaria perché il mantenimento dei loro impegni non sia impedito da una volontà estranea. In altri termini, le persone internazionali sono sempre, per usare un'espressione del linguaggio diplomatico, delle *Potenze*”⁸.

Ed è lo Stato che, per il suo modo di essere e per le sue responsabilità funzionali, agisce anche come strumento di garanzia dell'ordine politico e sociale al suo interno e nel contesto delle relazioni internazionali; e allo Stato deve essere garantita la piena sovranità in termini principalmente di rispetto del suo dominio riservato, del divieto di ingerenza da parte di chiunque nei suoi affari interni (*ius excludendi alios*), del divieto generale di aggressione da parte di altri Stati e, prima ancora, della sua piena indipendenza politica e integrità territoriale, oltre al rispetto del principio generale dell'uguaglianza giuridica volto a garantire la sua posizione di parità nel contesto generale delle relazioni internazionali con altri Stati all'interno della Comunità internazionale degli Stati.

Quanto, poi, al momento costitutivo della sovranità, esso coincide con l'effettivo esercizio della potestà di imperio su un dato territorio e verso la popolazione in esso, indipendentemente da ogni pur non necessario riconoscimento da parte di Stati preesistenti⁹.

⁷ Cfr. U. Leanza, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, 2002, che a p. 152 esemplifica il concetto specificando che: “L'indipendenza non si valuta esclusivamente sotto il profilo di fatto ma anche sotto un profilo formale che è quello della originarietà dell'ordinamento, nel senso che a livello costituzionale l'ordinamento di uno Stato deve riposare su sé stesso e non fondarsi sull'ordinamento di un altro Stato”.

⁸ Si veda, S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1939, 60.

⁹ Si veda, in proposito, D. Quagliani, *La sovranità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004.

3. La presunta personalità giuridica delle organizzazioni internazionali

Dal secondo dopoguerra in poi si è assistito alla costituzione di numerose organizzazioni internazionali che, per espressa delega degli Stati membri, svolgono funzioni e prendono decisioni che rientrano nella competenza (sovranità) tipica degli Stati membri¹⁰.

La Comunità internazionale è quindi costituita non solo dagli Stati ma anche da organizzazioni di Stati che esercitano - su delega - alcune delle tipiche funzioni degli Stati.

Questo fenomeno, tuttavia, non ha cambiato la struttura della Comunità internazionale che ancora oggi vede negli Stati gli unici soggetti con personalità giuridica, in termini di capacità originaria.

Infatti, le organizzazioni internazionali, compresa l'Unione Europea, non sono dotate di soggettività giuridica internazionale, non sono dotate di sovranità ed esercitano esclusivamente le funzioni e i poteri delegati dagli Stati con il loro atto costitutivo (il trattato che ne è il fondamento di legittimazione).

Quanto alla asserita *sovranità* dell'Unione Europea, è opinione prevalente che gli Stati membri le abbiano *trasferito parte* della loro sovranità nazionale. Si ritiene, tuttavia, in adesione ad una concezione che potrebbe sembrare reazionaria ma che è sicuramente coerente con i principi generali del diritto, che questo “indirizzo del pensiero scientifico”, e dunque l'idea di un trasferimento parziale di sovranità da parte degli Stati all'Unione europea, sia del tutto destituito di fondamento¹¹.

La questione non riguarda l'effettivo, preteso esercizio di poteri sovrani da parte dell'Unione Europea, ma riguarda l'infondata pretesa del *trasferimento* di poteri sovrani da parte degli Stati membri all'Unione Europea.

Al riguardo si osserva che la sovranità è un concetto unitario e un modo di essere che non consente frammentazioni o trasferimenti parziali, dunque, quando uno Stato *cede* parte della sua sovranità, è in quel momento che la esercita tutta. Da ciò deriva l'incoerenza del termine “sovranozionalità” in riferimento all'Unione Europea, la cui produzione normativa, sebbene prevalente su quella degli Stati membri, è permessa e condizionata dalla volontà degli Stati membri.

¹⁰ Anche l'Unione europea che rappresenta una forma particolarmente evoluta di Organizzazione internazionale è priva di autonoma capacità decisionale e agisce in base al principio delle competenze di attribuzione ed è titolare di quelle competenze che le vengono delegate, anche in via esclusiva, dagli Stati membri. Cfr. A. L. Valvo, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, Seconda Ed., Padova, Amon, 2017, 67 ss.

¹¹ Per un differente punto di vista, cfr. D. Rocha Ferraz Ribeiro, *Indivíduos como sujeitos de direito internacional em um mundo pluralista*, in *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, n.13, 2013, che p. 41 sostiene che: “Essas organizações não são Estados e não são sujeitos de direito internacional na mesma medida dos Estados, contudo, não se pode negar que as organizações internacionais podem possuir personalidade internacional. Organizações internacionais não são sujeitos de direito das gentes na mesma medida dos Estados, já que dependem da vontade dos seus membros para existir e dependem de um tratado constitutivo que lhes dê “vida”. Contudo, organizações internacionais podem celebrar tratados, participar no desenvolvimento do direito internacional, podem atuar nas relações internacionais e podem possuir obrigações e direitos no âmbito internacional”.

In questa prospettiva, a parte il fatto che la sovranità non può essere ceduta parzialmente, il problema consiste nel verificare la possibilità di revocare o meno la decisione statale di trasferire parzialmente la propria sovranità.

In merito si rileva che, se lo stesso Trattato di Lisbona al suo art. 50 (TUE) prevede la possibilità di ritirarsi dalla UE da parte degli Stati membri, già questa disposizione è sufficiente a concludere nel senso della piena revocabilità della decisione di presunto trasferimento parziale della sovranità statale¹².

Nondimeno, è utile ricordare che l'origine pattizia delle organizzazioni internazionali (fra le quali la UE), condiziona l'essenza stessa e la vita dell'ente ed è attraverso il trattato istitutivo che gli Stati esprimono i loro (originari) poteri sovrani esercitati per il tramite delle organizzazioni internazionali e il trattato istitutivo, dal quale secondo alcuni discenderebbe la personalità internazionale, non può che avere effetti fra le parti del trattato¹³. Come, in proposito, osserva Quadri: “Che la capacità normativa [di un trattato] sia limitata, risulta dal fatto che esso intanto non ha efficacia e valore nei riguardi dei terzi Stati, degli Stati, cioè, che non abbiano partecipato alla sua stipulazione e, in genere, che non abbiano ad esso acceduto. Se la volontà comune di alcuni Stati non può valere per altri Stati, può essa valere per individui? Dare una risposta affermativa alla domanda significherebbe postulare l'esistenza di una comunità distinta e contrapposta ai singoli Stati che hanno partecipato alla posizione della norma internazionale, capace di mettersi immediatamente a contatto con i singoli. Tale comunità però non esiste. Gli individui restano sottoposti agli Stati singolarmente presi”¹⁴.

Per non tacere della circostanza che, in ultima analisi, le organizzazioni internazionali, esattamente come gli individui, non sono titolari delle garanzie dell'ordinamento giuridico internazionale né rispondono di obblighi sul piano giuridico internazionale.

4. Gli individui nel diritto internazionale: la legittimazione ad agire

Da tempo la dottrina discute lo *status* dell'individuo nel diritto internazionale, alternando tra coloro che affermano e coloro che, al contrario, negano la personalità giuridica internazionale dell'individuo.

Sebbene le ricostruzioni dottrinarie che considerano l'individuo dotato di soggettività giuridica internazionale – partendo dal presupposto che l'individuo sia destinatario di alcune norme internazionali – possano essere suggestive, si condivide il punto di vista della dottrina positivista classica che nega radicalmente qualsiasi profilo

¹² Sul diritto di recesso, fra i tanti, Cfr. P. Eeckhout & E. Frantziou, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading*, in *Common Market Law Review*, 54(3), 2017, 695-734; K. Armstrong, *After EU Membership: The United Kingdom in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

¹³ Cfr., in proposito, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, v. Ed., Napoli, Liguori Editore, 1989, 522.

¹⁴ Così R. Quadri, *La sudditanza*, cit., 60.

di soggettività giuridica dell'individuo sulla premessa essenziale della sua incapacità di “attivare” il sistema ordinamentale internazionale¹⁵.

L'idea della personalità giuridica internazionale dell'individuo “nasce” insieme con il fenomeno delle organizzazioni internazionali; in particolare, quelle che sovrintendono alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona umana.

“È nel campo dell'organizzazione internazionale che generalmente si parla di una *völkerrechtliche Unmittelbarkeit* degli individui, cioè di un contatto diretto del diritto internazionale con gli individui”¹⁶.

È noto che i sistemi regionali, quantomeno il sistema europeo predisposto dalla CEDU, preposti alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, prevedono un meccanismo di garanzia *diretta* dei diritti dell'individuo tramite un sistema di controllo di natura giudiziaria che può essere direttamente attivato dagli individui¹⁷.

È utile ricordare che dalla legittimazione processuale degli individui ad agire dinanzi, per esempio, alla Corte europea dei diritti dell'uomo, non discende la soggettività giuridica internazionale di questi ultimi¹⁸. In proposito, non si deve dimenticare che il ruolo degli Stati non viene sostituito da quello degli individui ma sono sempre gli Stati i soggetti del rapporto giuridico convenzionale da cui è scaturita la giurisdizione internazionale (“sovranaazionale”, come direbbero alcuni) che può essere adita dagli individui.

I soggetti del Trattato internazionale, dunque, restano sempre gli Stati parti e il Trattato è, e rimane, fonte di diritti o doveri esclusivamente per gli Stati e non anche per gli individui che sono terzi nel rapporto convenzionale e rispetto ai quali il Trattato non può che essere giuridicamente estraneo.

In proposito, come osserva Sereni, “Nell'ambito del diritto internazionale si manifesta una tendenza costante verso la formazione mediante accordi di norme specifiche per la protezione della vita, della libertà e della dignità umana. La tendenza alla protezione di questi valori umani mediante norme convenzionali non ha portato però sinora ad una modifica delle concezioni giuridiche tradizionali in base alle quali l'individuo è oggetto e non soggetto delle norme di diritto internazionale”¹⁹

¹⁵ Cfr. A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di Diritto internazionale pubblico*, Terza Edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 96.

¹⁶ Così R. Quadri, *Diritto internazionale*, cit., 410.

¹⁷ In particolare, l'entrata in vigore del *Protocollo* n. 11 alla CEDU ha sancito definitivamente un diritto di azione processuale dell'individuo non più sottoposto alla condizione dell'accettazione da parte dello Stato.

¹⁸ In proposito, come osserva F. Rezek, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, la circostanza che esistano norme che contemplano l'individuo, non significa possesso della personalità giuridica internazionale. D'altra parte, afferma l'A., anche la fauna e la flora sono oggetto di protezione dal DI, ma non per questo viene attribuita loro personalità giuridica.

¹⁹ Così A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1956, 274. Dello stesso avviso è G. Bosco, *Lezioni di diritto internazionale*, II Ed., Milano, Giuffrè, 1987, che a p. 160 afferma lo stesso principio nel senso che: “Anche se un trattato internazionale ha per oggetto la protezione della persona umana [...] i suoi destinatari sono pur sempre gli Stati sui quali incombe l'obbligo di accordare quei diritti, obbligo di cui rispondono nei confronti degli altri Stati contraenti, secondo le norme del diritto internazionale”.

In altri termini, “la legittimazione a stare in giudizio non attribuisce diritti soggettivi ma potestà processuali all’individuo”²⁰ ed è lo Stato che, se ed in quanto parte del Trattato internazionale da cui discendono diritti per gli individui, condiziona la posizione dell’individuo il quale, con ogni evidenza, non assume una posizione *personale* ed autonoma nell’ordinamento internazionale a prescindere da quella dello Stato²¹.

5. La responsabilità dell’individuo nel sistema penale internazionale

La creazione della Corte penale internazionale e dei Tribunali speciali che l’hanno preceduta, mette in evidenza la figura dell’individuo nel diritto internazionale e la sua stessa evoluzione come protagonista nella moderna Comunità internazionale degli Stati.

Se pure questo non significa affatto che l’individuo sia assunto al rango di soggetto di diritto internazionale, tuttavia è innegabile che in ragione della evoluzione del diritto internazionale e, in particolare, del diritto internazionale penale, l’individuo ha assunto una maggior centralità ed un ruolo più “visibile” nell’ambito dell’ordinamento giuridico internazionale.

L’evoluzione del *ruolo* dell’individuo nel diritto internazionale può esser fatta risalire al secondo dopoguerra. Originariamente, infatti, in una Comunità formata da Stati-governo era impensabile anche soltanto immaginare una responsabilità (penale) degli individui ai quali non era (e non è) riconosciuta alcuna soggettività nell’ambito della Comunità internazionale.

In effetti, le resistenze che ha incontrato, e ancora incontra, la nascita di un organico e universale sistema di diritto internazionale penale sostanziale e processuale si basa sull’idea secondo cui l’attribuzione di diritti e obblighi agli individui sulla base di norme di diritto internazionale avrebbe determinato l’erosione del concetto di sovranità dello Stato, oltre che la nascita di una organizzazione giuridica universale dell’umanità nella quale gli interessi della Comunità universale degli individui avrebbero potuto sovrapporsi e sostituirsi a quelli della Comunità internazionale degli Stati ed essere gestiti da parte di organismi sovrastatali.

Non stupisce, pertanto, che i primi tentativi di dar vita ad una sistema di giustizia penale volta a reprimere e punire i crimini internazionali furono avversati dalla dottrina giuridica internazionalista, soprattutto degli Stati europei di tradizione estranea al sistema di *common law* il cui assetto costituzionale si fonda sul principio di normatività e dunque sulla preminenza del diritto di fonte legislativa che impone un sistema di trasformazione delle norme internazionali in norme interne, diversamente dagli Stati di *civil law* in cui vige il principio secondo cui *International law is part of the law of the land*

²⁰ Così A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni*, cit. 97.

²¹ Per un diverso punto di vista, cfr. C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, Utet Giuridica, 2015, 183: “Poiché gli individui in quanto tali sono oggi destinatari di diritti e obblighi di diritto internazionale, la loro soggettività internazionale si consolida. [...] Non c’è motivo di escludere la soggettività internazionale degli individui per il solo fatto che non sono loro formalmente a creare o far rispettare coercitivamente attraverso sanzioni le norme internazionali, purché risulti che gli individui possano autonomamente far valere i loro diritti e rispondano per la violazione dei loro obblighi”.

, principio che va inteso nel senso che l'efficacia delle norme internazionali ha una estensione diretta sul piano del diritto interno; efficacia resa possibile dalla situazione di prevalenza o parità in quegli Stati dello *ius non scriptum* rispetto al diritto codificato e del principio della effettività del diritto rispetto a quello della normatività.

In ragione di ciò, trovava piena giustificazione e condivisione nella dottrina internazionale tradizionale l'affermazione secondo cui "L'inesistenza di un diritto penale internazionale deriva anche dal vigore perentorio del sillogismo: il diritto internazionale fonda obbligazioni unicamente fra Stati, le norme penali regolano la condotta degli individui quindi se la norma è penale non è internazionale o viceversa"²²; ed ancora: ".

Il diritto internazionale come diritto fra gli Stati attribuisce soltanto a questi diritti e doveri, ma non agli individui o alle associazioni che agli Stati sono soggette"²³.

Per dare una misura di quanto fosse radicata l'idea del diritto internazionale come esclusivamente preposto a disciplinare i rapporti fra gli Stati, veniva ancora osservato che "Il diritto internazionale in senso obiettivo è un complesso di norme giuridiche disciplinanti i rapporti di più Stati tra loro. E poiché il diritto soggettivo sorge esclusivamente dal diritto obiettivo si deve riconoscere che i soli Stati sono soggetti di diritto internazionale, non già gli individui per i quali la norma del diritto internazionale finché è tale è una regola del tutto impotente e sterile"²⁴.

In tale clima, non meraviglia affatto che prima della seconda guerra mondiale la realizzazione di un sistema di giustizia penale internazionale sembrasse più che altro un'utopia vagheggiata da pochi idealisti. In proposito, appare utile ricordare come non si esitasse a sostenere che "Una norma di diritto internazionale non può mai considerarsi obbligatoria per i soggetti di uno Stato e correlativamente non si può mai avere un reato contro il diritto internazionale [...] non esistono reati di diritto internazionale"; ed ancora: "Tra le molte astiose stranezze escogitate da coloro che dominarono la conferenza di pace di Versailles per inasprire e perpetuare fra le nazioni gli odi suscitati dalla guerra va rammentata l'inaudita pretesa di ottenere dall'Olanda l'estradizione dell'Imperatore tedesco quale mandante degli eccessi commessi in guerra dai suoi dipendenti e dalla Germania, dall' Austria e dall'Ungheria, oltre che l'estradizione di un gran numero di Ufficiali come autori di delitti perpetrati durante la guerra stessa a danno dei sudditi alleati. Siffatta richiesta mirava ad inscenare la commedia di un processo penale nel quale il giudice sarebbe stato l'offeso. Ma la resistenza degli Stati interessati impedì che si verificasse tale finzione oltraggiosa per la giustizia progettata da politici"²⁵.

Alla definizione del diritto internazionale come diritto della Comunità internazionale degli Stati consegue che protagonisti *del e nel* diritto internazionale sono gli Stati in quanto unici titolari di diritti e obblighi nell'ordinamento internazionale. Nel diritto internazionale classico, dunque, era del tutto estranea la previsione di una responsabilità personale dell'individuo (organo) e di una sua legittimazione processuale passiva.

²² Così, E. Levi, *In tema di diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1929, 4.

²³ Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it., Milano, Società Editrice Libreria, 1912, 358.

²⁴ Così V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. 1, Torino, Utet, 1933, 137.

²⁵ Ancora Manzini, *Trattato*, cit. 136.

Tuttavia, a partire dal secondo dopoguerra comincia a ripugnare l'idea della impunità a livello internazionale degli individui che si sono resi responsabili di gravi e persistenti diritti fondamentali della persona umana e comincia a delinearsi l'idea di una responsabilità degli individui per quei comportamenti che costituiscono violazione dei superiori interessi della Comunità internazionale. Nasce in tal modo il moderno concetto di crimine internazionale dell'individuo e in particolare del *crimine di guerra*²⁶.

L'*iter* che ha condotto alla definizione dei crimini internazionali dell'individuo, della responsabilità penale internazionale dell'individuo e la predisposizione di appropriati strumenti per l'affermazione della sua responsabilità, è stato lento e si è andato definendo attraverso alcune tappe fondamentali che vanno dal Patto di Londra del 1945 istitutivo dello Statuto del cosiddetto Tribunale militare di Norimberga e dalla Convenzione sul genocidio del 1948 alle Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario del 1949; dall'istituzione dei Tribunali speciali per la ex Jugoslavia e il Ruanda, all'adozione dello Statuto di Roma del 1998 istitutivo della Corte penale internazionale.

La derivazione del diritto internazionale penale è di carattere sia consuetudinario che convenzionale. Il suo scopo è quello di proteggere l'ordine pubblico internazionale non di ciascun singolo Stato, ma di tutta la Comunità internazionale nell'ambito della quale i singoli Stati sono accomunati dalla condivisione di interessi e valori percepiti come fondamentali per la conservazione della Comunità stessa²⁷.

La novità introdotta con la previsione di crimini internazionali consiste nel fatto che l'individuo risponde personalmente per i crimini compiuti sia innanzi ad un tribunale interno, sia innanzi ad una giurisdizione penale internazionale (con competenze di carattere sussidiario) in virtù di norme codificate a livello internazionale.

Si rende necessario, a questo punto, spiegare come possa l'individuo, che non è soggetto di diritto internazionale, essere giudicato da un Tribunale internazionale. La risposta a tale quesito può esser individuata nei profondi mutamenti cui è andata incontro la Comunità internazionale e nei sempre crescenti interessi la cui titolarità non è più riferibile ai singoli Stati, ma alla collettività internazionale considerata nella sua globalità.

In altri termini, poiché sembra doversi escludere che l'individuo abbia acquisito una soggettività internazionale, la sua diretta responsabilità penale nei confronti della Comunità internazionale si giustifica alla stregua del fatto che “Al diritto internazionale classico, deputato a regolare rapporti tra enti chiusi ed individualisti, attenti solo al parallelismo delle rispettive prestazioni, si è venuto lentamente affiancando un diritto

²⁶ Cfr. Alazzawi, *Criminal responsibility of individuals under international law*, Nashville, 1967; P. Arnell, *Criminal Jurisdiction in International Law*, *The Juridical Review*, Issue 3, 2000, 179 ss.

²⁷ Crimini internazionali sono, innanzi tutto, quei fatti la cui previsione è contenuta in quelle norme consuetudinarie internazionali che si sono formate a partire dagli Statuti dei Tribunali di Tokyo e Norimberga e che sono successivamente state integrate e trasfuse in norme convenzionali internazionali. I crimini internazionali, inoltre, presentano la caratteristica di incidere direttamente su interessi fondamentali della Comunità internazionale: l'interesse alla pace e alla sicurezza internazionale, l'interesse alla tutela di rilevanti valori umanitari. Cfr., in proposito, A. L. Valvo, *La Corte penale internazionale. Tra cooperazione giudiziaria internazionale e diritti dell'uomo*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, no. 11, 2002, 65 ss., e bibliografia ivi citata.

posto a tutela di interessi essenziali comuni, ossia di interessi che trascendono le singole ottiche nazionali per riflettere esigenze collettive²⁸.

D'altra parte, mentre nel caso della responsabilità *penale* dello Stato l'accertamento della violazione avviene alla stregua del diritto internazionale, viceversa -nel caso della responsabilità penale internazionale dell'individuo - nel caso in cui a procedere sia la giurisdizione internazionale, il procedimento risulta strutturato come i procedimenti nazionali e da questi è mutuato.

Da ultimo, il riconoscimento della responsabilità penale dell'individuo a livello internazionale, comporta la assoluta irrilevanza della posizione ufficiale dell'individuo al momento del compimento dell'azione criminosa, così come anche la irrilevanza dell'eccezione dell'ordine del superiore che non può più essere considerata in linea assoluta come scriminante della condotta²⁹.

6. Conclusioni

Il problema di una giurisdizione penale internazionale riscosse sempre l'interesse del giurista rumeno Vespasiano Pella il quale, escludendo l'idea di una responsabilità penale internazionale dell'individuo, concentrò i suoi studi sulla responsabilità penale dello Stato come tale³⁰.

L'istituzione di organismi regionali che prevedono la capacità dell'individuo di ricorrere a giurisdizioni internazionali per la salvaguardia di alcuni suoi diritti (legittimazione attiva) o di essere parte in un processo dinanzi alla Corte penale internazionale (legittimazione passiva), non ha determinato né il mutamento della struttura della Comunità internazionale e né l'acquisizione della personalità giuridica internazionale dell'individuo.

Ancora oggi, nonostante l'evoluzione cui è andato incontro il diritto internazionale, gli individui "continuano ad essere soggetti all'autorità statale e alla giurisdizione nazionale"³¹ tanto è vero che l'accesso alla *giustizia internazionale* trova un preciso limite nel preventivo accesso alla giustizia interna e, specificamente in ambito CEDU, nel previo

²⁸ Così Leanza, *Il diritto internazionale*, cit. 309.

²⁹ Il principio della irrilevanza della posizione ufficiale dell'individuo sviluppatosi a partire dagli Statuti dei Tribunali di Tokyo e Norimberga è stato poi inserito nello Statuto dei Tribunali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda e, da ultimo, nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale. Tuttavia, nello Statuto di Roma il principio della irrilevanza della posizione ufficiale dell'individuo è fortemente mitigato dalla previsione di cui all'art. 33 dello Statuto stesso, atteso che a norma di detto articolo la responsabilità è esclusa se la persona aveva l'obbligo giuridico di obbedire agli ordini del governo o del superiore in questione e la persona non conosceva che l'ordine era illegittimo e l'ordine non era manifestamente tale.

³⁰ Si ricorda in proposito il suo primo studio organico V. Pella, *La criminalité collective des états et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'État, 1925.

³¹ Così F. Francioni, *Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale*, in F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, T. Scovazzi (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 10.

esaurimento dei ricorsi interni³² mentre, dal canto suo, la competenza della Corte penale internazionale è tipicamente sussidiaria nel senso che può intervenire se e nella misura in cui lo Stato nel cui territorio è stato commesso il crimine internazionale o lo Stato del quale la persona ha la nazionalità non intende esercitare la sua giurisdizione³³.

In realtà, più che di un (limitato) diritto di accesso a rimedi giuridici internazionali da parte dell'individuo si dovrebbe parlare di garanzie procedurali o di capacità processuali che vengono riconosciute a quest'ultimo da trattati internazionali o dal diritto interno dello Stato ma i soggetti del rapporto convenzionale rimangono sempre gli Stati e gli individui possono essere considerati come oggetti (beneficiari) delle dette garanzie procedurali, o responsabili dei divieti previsti.

A conferma di ciò, basti pensare che l'obbligo di garantire il rimedio giurisdizionale dinanzi al “Tribunale internazionale” viene assunto dagli Stati nei loro reciproci confronti e non nei confronti dell'individuo e il (limitato) diritto di accesso a rimedi giuridici internazionali dell'individuo è sempre condizionato dalla volontà dello Stato di continuare o meno ad esser *parte* del Trattato da cui deriva la capacità processuale dell'individuo.

A tacer d'altro, basti pensare che non esiste un diritto di accesso alla giustizia internazionale derivante da norme consuetudinarie del diritto internazionale generale ma è solo il diritto pattizio che, come detto, creando obblighi soltanto fra gli Stati, riconosce entro certi limiti la possibilità per l'individuo di *azionare* meccanismi giudiziari internazionali senza acquisizione di personalità giuridica internazionale né da parte dell'individuo e né da parte dell'organo preposto ad esercitare la giurisdizione.

Ancora una volta è Quadri che interviene a conclusione e conferma di quanto fin qui sostenuto là dove sostiene che: “È, dunque, l'accordo che organizza l'ente, o è, al contrario, l'ente che si auto organizza, sia pure seguendo gli schemi, i disegni di organizzazione fissati nell'accordo? Crediamo che la risposta non sia difficile per chi, in concreto, ne contempi il processo formativo: gli Stati, mediante l'accordo, si obbligano reciprocamente a porre in essere i vari presupposti del suo sorgere; e l'ente, poi, nella sua propria sfera si autocostruisce, secondo gli schemi previsti dall'accordo, ma non in immediata attuazione dell'accordo, bensì in occasione dell'osservanza di questo da parte dei suoi destinatari. Le attività dell'ente, quindi, non sono che attività interne di una persona morale non sopraordinata agli Stati, ma agli Stati coordinata [...] questa possibilità sussiste indipendentemente dal riconoscimento all'ente della personalità giuridica internazionale. Nulla si oppone ad ammettere che gli Stati che partecipano all'accordo relativo alla sua istituzione, siansi impegnati fra loro a rispettare l'esistenza e l'attività che si svolga in conformità ai requisiti previsti nell'accordo. In questo caso, l'ente non ha personalità internazionale, ma beneficia soltanto di fatto, di riflesso, dei rapporti di diritto e dovere che sussistono fra gli Stati”³⁴.

³² Cfr. P. Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

³³ Art. 12 dello Statuto di Roma del 1998 istitutivo della Corte penale internazionale.

³⁴ Così R. Quadri, *La sudditanza*, cit. 77-79.

Bibliografia

- Allazzawi, Y. Criminal responsibility of individuals under international law, Nashville, University of Tennessee, 1967.
- Anzilotti, D. Corso di diritto internazionale, Roma, Athenaeum, 1912.
- Arangio Ruiz, G., Marherita, L, E. Tau, Arangio Ruiz (voce) “Soggettività nel diritto internazionale”, Digesto delle discipline pubblicistiche, Vol. XIV, Utet, Torino, 1999.
- Armstrong, K. After EU Membership: The United Kingdom in Transition, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Arnell, P. “Criminal Jurisdiction in International Law”, The Juridical Review, Issue 3, 2000, 179-189.
- Bosco, G. Lezioni di diritto internazionale, II Ed., Milano, Giuffrè, 1987.
- Eeckhout, P. & Frantziou, E. “Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading”, Common Market Law Review, 54(3)/2017, 695-734.
- Focarelli, C. Trattato di diritto internazionale, Torino, Utet Giuridica, 2015.
- Francioni, F. “Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale”, in Franzioni, F., Gestri, M., Ronzitti, N., Scovazzi, T. (a cura di), Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione europea, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 3-44.
- Jellinek, G. Sistema dei diritti pubblici subiettivi, trad it., Milano, Societa Editrice Libreria, 1912.
- Leanza, U., Carracciolo, I. *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, IV Ed. Torino, Giappichelli, 2022.
- Levi, E. “In tema di diritto internazionale”, Rivista di diritto internazionale, 1929.
- Manzini, V. Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930, vol. I, Torino, Utet, 1933-1939.
- Mastromartino, F. “La soggettività degli individui nel diritto internazionale”, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 10, 2010, 1-24.
- Mazzeschi, P. Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani, Torino, Giappichelli Editore, 2004.
- Pella, V. V. “La criminalité collective des états et le droit pénal de l’avenir”, Bucarest, Imprimerie de l’État, 1925.
- Quadri, R. *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1936.
- Quadri, R. *Scritti giuridici – Diritto Internazionale Pubblico*, I Vol, Milano, A. Giuffrè, 1988.
- Quadri, R. Diritto internazionale pubblico, V. Edizione, Napoli, Liguori Editore, 1989.
- Quaglioni, D. La sovranità, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004.
- Rezek, F. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.
- Rocha Ferraz Ribeiro, D. Indivíduos como sujeitos de direito internacional em um mundo pluralista, in *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, no. 13, 2012, 33-58.
- Romano, S. *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1939.

Sereni, A. P. Diritto internazionale, Milano, A. Giuffrè, 1956.

Sinagra, A. Bargiacchi, P. Lezioni di Diritto internazionale pubblico, Terza Edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

Valvo, A. L. “La Corte penale internazionale. Tra cooperazione giudiziaria internazionale e diritti dell’uomo”, *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, no. 11, 2002, 65-93.

Valvo, A. I. *Lineamenti di diritto dell’Unione europea. L’integrazione europea oltre Lisbona*, Seconda edizione, Padova, Amon, 2017.

IMPLEMENTING EUROPEAN VALUES IN CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE FRAMEWORK IN SERBIA – CASE OF JUDICIARY

Abstract

The question of sovereignty was in focus of Serbian scholarly and wider public recently, when the constitutional and legislative changes in the domain of judiciary took place. The idea of introducing and implementing relevant European standards in the legal framework of Serbia was under scrutiny by some mostly political players, with claims that “aligning with the EU concepts presents an endangering of the sovereignty of Serbian citizens, as its bearers”. Since the processes of writing drafts for Constitutional amendments and later new set of judicial laws included the active participation of Venice commission, some criticism of “a foreign element having role in creation of the supreme national legal act” took place as well. In this paper author explores the ever-changing face of sovereignty in the light of modern advances including technological ones, digital age, faster than ever communication, as well as a concept of “sovereign self-limitation of sovereignty” which is justifiable both from the political-democratic and constitutional law-scholarly point of view. The judicial reform was not only necessary and beneficial for the sake of achieving formally strategic goal of the Republic of Serbia – to join EU, but also (or better put – in the first place) for the sake of its citizens – strengthening rule of all and democracy in Serbia.

Keywords: Republic of Serbia, Judicial reform, Sovereignty, Venice Commission, Judiciary, Constitutional Amendments

* PhD, Vice President of the High Prosecutorial Council, Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Belgrade.

E-mail: m.djordjevic@iup.rs

IMPLEMENTACIJA EVROPSKIH VREDNOSTI U USTAVNI I ZAKONODAVNI OKVIR U REPUBLICI SRBIJI – PRIMER PRAVOSUĐA

Apstrakt

Pitanje suvereniteta bilo je u fokusu srpske naučne i šire javnosti, posebno u poslednje vreme kada su se desile ustavne i zakonodavne promene u oblasti pravosuđa. Ideja o uvođenju i primeni relevantnih evropskih standarda u pravni okvir Srbije bila je pod lupom nekih uglavnom političkih aktera, uz tvrdnje da „njihovo uvođenje radi približavanja EU predstavlja ugrožavanje suvereniteta građana Srbije, kao njegovih nosilaca”. Budući da je u procesima pisanja nacрта ustavnih amandmana, a kasnije i novog seta pravosudnih zakona, aktivno učestvovala Venecijanska komisija, došlo je i do nekih kritika „stranog elementa koji ima ulogu u stvaranju najvišeg nacionalnog pravnog akta”. U ovom radu autor istražuje pojam suvereniteta koji se stalno menja u svetlu savremenog napretka uključujući i onaj tehnološki, digitalno doba, ubzanu međuljusku komunikaciju kao i koncept „suverenog samoograničavanja suvereniteta“ koji je opravdan i iz političko-demokratskih razloga, kao i sa ustavnopravno-naučnog gledišta. Reforma pravosuđa nije bila samo neophodna i korisna radi postizanja formalno određenog strateškog cilja Republike Srbije – ulaska u EU, već i (ili bolje rečeno – pre svega) zbog njenih građana – jačanja vladavine prava i demokratije u Srbiji.

Ključne reči: *Republika Srbija, reforma pravosuđa, suverenitet, Venecijanska komisija, pravosuđe, Ustavni amandmani*

1. Introduction – evolving faces of sovereignty

The concept of sovereignty seems to be becoming more and more blurred nowadays in the sense of its scope, grasp and depth. One of the reasons for this is the fact that the overall political life and history are accelerating exponentially as a consequence of the rapid technological developments. Information is not scarce anymore, as it was for almost whole history of mankind, but omnipresent. Interaction, exchange of ideas became easier than ever before, communication and cooperation between two most distant places on Earth can be established instantly. If the sovereignty is understood in one wider sense, not only in the classical constitutional law terms, but as a general right of one state to rule its own citizens, to adopt its own laws according to its own will and to apply them accordingly, than one can see that the acceleration of the technological advance endangers this concept of sovereignty as it was understood a couple of centuries ago. Constant change of the ways how people communicate, how the needs and wishes of common citizens from different traditions are becoming closer than ever, hence how new laws are written and adopted – it all contributes to the evolution of the visage of moder day sovereignty.

Additionally, the digital age does not only reshape the form of human/decision maker's interconnection and communication, it also introduces new factor and challenges for the concept of sovereignty. "In today's geopoliticized digital age, sovereignty is under severe pressure. There is a sovereignty gap between the aspirations for state sovereignty and hard reality. The hard reality consists of the threats of geopolitical conflict, the pervasively disruptive nature of digital technologies and big tech, and global threats such as cyber-crime, pandemic, and climate change. These three forces are not halted by the human-created borders between countries; they do not respect sovereignty. The international system of states is being disrupted and perhaps fundamentally reshaped."¹

On the other hand, it seems that most scholarly discussions about the threats to national sovereignty in Europe nowadays focus on the relation between EU law and the law on the national states. The premise is that the *acquis communautaire* presents limitations to the sovereignty of national states. However, the concept of sovereignty and this relation of "mutual endangering" could be understood even wider. In the first place it could be taken not only on the level of EU in relation to member states, but also on the level of on what is nowadays (vaguely) to be considered "European values". This broader sense includes soft law makers like the Council of Europe, Venice Commission etc. as well as countries that are not at the moment member states of EU, but are striving to become one. The Republic of Serbia could be used for such an example, being the candidate country for the EU accession. Hence, if put it in the European context, not only in the context of EU, additional questions may emerge. Is the determination for legal alignment with the European standards some sort of limitation of national sovereignty?

¹ P. Timmers, "Sovereignty in Digital Age", *Introduction to Digital Humanism*, Springer, Cham, 2023, 571.

2. Implementing European standards through judicial reform in Serbia

A list of questions, implicitly or directly regarding sovereignty arose in the Republic of Serbia two years ago, in the time of the national referendum for the adoption of the Amendments to the Serbian Constitution in the domain of judiciary. All the constitutional provisions that were to be revised were concerning judiciary, apart from only one that had a bit broader context – mutual relationship within the context of division of powers. The process of aligning constitutional and consequentially legislative framework of judiciary in the Republic of Serbia officially began with the foundation of the Working group for the constitutional revision, by the National Assembly in 2021. After the adoption of the Amendments in 2022 (and the confirmation at the national referendum), a whole set of new judicial laws was to be written and adopted as well. That took another year. Finally, a large set of relevant bylaws that were set to enable to implementation of the new legal solutions (more than 30 bylaws for courts and public prosecution altogether) were adopted by the judicial councils in accordance with the deadlines stipulated in the new judicial laws. That final step marked the ending of the normative phase (May 2024).

State officials and experts who were drafting both texts of the Amendments and laws openly stated from the very beginning, that one of the major goals was to improve the functioning and efficiency of Serbian judiciary by implementing European values. Large majority of legal scholars and as well as leading politicians was striving to implement European values, since “the European path” was officially declared as a country’s “strategic goal”, more than two decades ago. “The adoption of a new constitution is almost always related to a special factor in a state’s history, an unordinary event or a constitutional moment”². In this particular case – it was a feeling of the existence of a broader consensus between scholars, practitioners and politician that an adequate moment for such a reform to take place. Additionally, it was one of the obligations that the Republic of Serbia envisaged for itself in the strategic plans for EU accession. However, a part of the scholarly and wider public alike was of the opinion that the implementation of European values also presents the breach or at least limitation for Serbia’s own sovereignty. The question that emerged was is the implementation of European standards and values undertaken “for our own sake” or “are we being pushed and is our sovereignty being limited by the imperative of implementing something that we otherwise would have been implementing”.

The historical timeline and context have to be briefly addressed when analyzing these issues. In the last two decades there several important factors and occurrences that have to be taken into account. First of all, after the collapse of the joint state with Montenegro, the Republic of Serbia enacted its Constitution of 2006 (which remains still in force). However, according to the opinion of the Venice Commission and also the vast

² Z. Szakaly, “Constitution-making and the Permanence of the Constitution”, *Comparative Constitutionalism in Central Europe – Analysis on Certain Central and Eastern European Countries*, Miskolc – Budapest, 2022, 201.

majority of constitutional law scholars here in Serbia, this constitution is flawed in numerous ways. One of the major flaws within the Constitution was exactly the way how issues regarding judiciary were regulated. Just a couple of months (not even a year) after the adoption of this constitution, the Venice Commission submitted a detailed report with many complaints about a possible endangering of impartiality and independence of judicial function holders as well as the autonomous status of public prosecutors' offices. "Judicial independence is a basic prerequisite of democratic constitutionalism and is also absolutely necessary to ensure that the Constitution is not just a blank piece of paper but that it will be implemented in practice. However, the National Assembly elects, directly or indirectly, all the members of the High Council of the Judiciary which proposes the appointment of judges and, in addition, recruits and promotes judges. Combined with the general re-election of all judges after the entry into force of the Constitution, as provided for in the Constitutional Law for the Implementation of the Constitution, there is a serious danger that political parties will control the judiciary."³

The solutions initially envisaged by the 2006 Constitution in the domain of judiciary were not only incompatible with countries' strategic political goal of joining EU, but also harmful for democracy and the very bearers of sovereignty in the Republic of Serbia – its citizens. They were probably left as traces of the old, socialist – communist way of thinking: under communism the party ran everything, most communist constitutions made parliament the highest state organ, superior to the executive and judiciary.⁴ It seems that the provisions in question found their place in the Constitution almost incidentally, since the overall tone of the 2006 Serbian Constitution is distinctively pro European. One may say that the development of modern technologies contributed to the wish of Serbian sovereign citizens to look up to EU, since human interaction accelerates rapidly and the world is become closer than ever.

The process of the revision of the constitutional and legislative framework of judiciary however took a lot of time and effort. Back in 2018, there was a one serious attempt to amend the Constitution to introduce the relevant European standards in a way that was not the best, according to the most scholars and practitioners in Serbia. The draft of the Constitutional amendments that the aforementioned Working group came with presented a significantly different text that was also satisfactory in the eyes of the Venice Commission as well as widely acclaimed by Serbian scholarly and wider public. It was eventually to be adopted at the beginning of 2022 by the National Assembly and also confirmed at the republic referendum that was organized for the whole Republic of Serbia.

³ Excerpts from the *Opinion on the 2006 Serbian Constitution*, Venice Commission.

⁴ J. Zielonka, "New Institutions in the Old Eastern Bloc", *Journal of Democracy*, Vol. 5, Issue 2, 1994, 88 – 89.

3. European standards, national identity and constitutional obligation

What comes to one's mind in the context of sovereignty and forceful implementation of European standards is what is the actual content of the newly implemented solutions. Are those concrete provisions or simply principles and values that can be implemented in different ways? This question has a lot to do with the issue of identity – both constitutional and national state identity as well as European identity because questions of sovereignty, standards, values and identity are all sort of interconnected.

The substance of European identity can be summarized in the expression “Unity in diversity”, which is something that some people in Europe seem to nowadays forget. That means that European standards and values are neither afore given solutions nor the abstract categories that could be implemented without taking the legal, historical, political and cultural attributes of the country in question. In substance, there should be no concurrence between national and European constitutional identity. National constitutional identity should be the European identity that takes into account specific national values.⁵ That is exactly something that had happened in the Republic of Serbia with the implementation of all those judicial standards.

The very first article of the Serbian constitution states that the Republic of Serbia is the “state of the Serbian people and all citizens who live in it, based on the rule of law, and social justice, principles of democracy, human rights and freedoms (...), and adherence to European principles and values”.⁶ So, the very first article of the Constitution clearly states that it is a state based on the rule of law and *adherence to European principles and values*. Is the implementation of European values and standards in a manner that is according to our national legal tradition and culture, therefore really a breach of sovereignty as some people claimed back at the time of the referendum, or is it something that presents our constitutional obligation?

If the “adherence to European principles and values” finds its place in the Constitution, then it has to bear legally binding significance. The Constitution is the supreme act of sovereign citizens in countries that belong to the tradition and postulates of liberal democratic constitutionalism, hence such “self-limitation” of the sovereign cannot be considered as a breach of its own sovereignty, since such direction was chosen by the very citizens themselves, who always have the opportunity to directly or indirectly (through their elected representatives) initiate and change such provisions in the Constitution. They definitely do not fall under category of unamendable provisions (*Die Ewigkeitsklausel*).⁷ In other

⁵ V. Petrov, M. Đorđević, “The Influence of Serbia’s Historical Constitutions on its Modern Constitutional Identity”, *Comparative Constitutionalism in Central Europe – Analysis on Certain Central and Eastern European Countries*, Miskolc – Budapest, 2022, 137.

⁶ The Constitution of the Republic of Serbia, art. 1.

⁷ Legality of such provisions is questionable to say the least. On hand one generation has no right to limit the sovereignty of future generations, and on the other – in the 21st century some rules are indeed mature to be considered absolute, inalienable, such as right to life, prohibition of discrimination, etc (natural

words, *it is a sovereign right of sovereign citizens even to limit their own sovereignty in order to achieve some political goal for a common good.*

The Serbian Constitution states that the citizens are to be bearers, holders of sovereignty.⁸ As such, all citizens are expected to validate such an important decision as the change of constitutional provisions at the national referendum. Law is generally however by many today perceived as “formalism, something that is irrelevant, even redundant”⁹. This false notion gains even more weight when the issues of judiciary are in question, since its operation and independence are not something that many common people are familiar with, related issues not always straightforward and require certain dose of expertise in order to be fully and properly understood. The constitutional reform however should be understood as “a general societal task”.¹⁰ The goal of experts from the Working group, as well as scholars and practitioners, was to try to explain all the novelties to the wider public, and to make sure that citizens realize how the changes of the constitutional and legal framework were not only for the sake of joining EU, but that the main goal of those changes was to try to bring benefit for all the citizens of Serbia – the bearers of Serbian sovereignty. The revision had hence twofold significance.

The important changes of the constitutional and legislative revision did include *inter alia* the revision of the provisions on the way how the judicial function holders are to be elected. For example, before the Amendments a large part of this electoral process was dedicated to the National Assembly, which many scholars thought could endanger the impartiality of the election process. There was also the fundamental reform of the way how judicial councils work, abolishing the monocratic system of the public prosecution (which is a remnant of the old Soviet system), the introduction of the permanent tenure of judges’ and public prosecutors’ tenure etc.

Some of the more specific newly introduced constitutional solutions are: guaranteeing the permanence of the judge's tenure by abolition of probationary mandates along with the constitutionally prescribed reasons for early termination of office; judges, presidents of the Supreme Court (instead of the former "Supreme Court of Cassation") and presidents of courts are now elected by the High Judicial Council; the function of public prosecution is performed by the Supreme Public Prosecutor, Chief Public Prosecutors and Public Prosecutors (deputies have been abolished); The Supreme Public Prosecutor is still elected by the National Assembly, but the Chief Public Prosecutors and Public Prosecutors are now elected by the High Prosecutorial Council; it is stipulated that a lower chief public prosecutor or a public prosecutor who considers that a mandatory instruction (received by a senior prosecutor) is either illegal or unfounded has the right to object to the High Prosecutorial Council; the composition of the both councils (of 11 human rights). The scope of this rights is however disputable. More on unamendable provisions, see: J. Husić, “Modeli revizije ustava”, *Pravni vjesnik*, 1/2020, 104 – 107.

⁸ The Constitution of the Republic of Serbia, art. 2.

⁹ R. Marković, “Sitnice konstitucione”, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd 2017, 171.

¹⁰ M. Stanić, “Učestalost, razlozi i izazovi ustavnih izmena na području bivše Jugoslavije - korisna iskustva za Republiku Srbiju”, *Revizionarna vlast u Srbiji. Proceduralni aspekti ustavnih promena u Srbiji*, Sarajevo 2017, 223.

members each) was rearranged in such a way that now the majority is made up of representatives of the profession - judges and public prosecutors (6 judges elected by the judges themselves and the president of the Supreme Court in the High Prosecution Council, i.e. 5 public prosecutors elected by the public prosecutors and the Supreme Public Prosecutor in the case of the High Prosecutorial Council) while maintaining the legitimacy of sovereign citizens through the participation of 4 strictly non-political “prominent lawyers” elected by the National Assembly, etc.¹¹ According to the opinion no. 10 of the Consultative Council of European Judges, a mixed (judicial-non-judicial) composition of the High Council of the Judiciary is favored, because such a composition “represents the advantage of avoiding perception of the leadership of the council with its own interest, and such a composition would contribute to the creation of a different view by society, which would add another source of legitimacy to the judiciary”.¹²

4. Participation of “foreign” factor – breach of sovereignty?

In the whole process of drafting the Constitutional amendments, new judicial laws, as well as a whole set of bylaws later, EU and the Council of Europe took part by offering support and consultancy services. The project was and EU project enforced by the Council of Europe. This meant not only logistical help in one long and tiring process, but offering experts and analysis that Serbian side asked for and had benefited from. Same voices that were against the implementation of European standards were also against any sort of participation of the Council of Europe in the drafting process and later against consultancy with the Venice Commission. Once again, the argument was: “sovereignty endangerment”.

First thing that comes to mind is the question why would the Council of Europe be regarded as foreign entity to Serbia at all since the Republic of Serbia is a full member of this organization. The Venice Commission, as an advisory body of the Council of Europe and probably the highest international authority for constitutional law issues, also has representatives (one member and one deputy) from Serbia – scholars who participated in creating opinions on other countries, hence setting new and broadening existing Venice Commission standards. The argument of “foreign interference” would have more weight if it was to be about some foreign state for example, not the international organization in which the Republic of Serbia fully participates as a member. Still, even in that case, one could argue that Serbia willingly and intentionally asked that entity for help and cooperation in the process of judicial reform, as was the case with the Council of Europe and the Venice Commission.

At the time of writing of the Constitutional Amendments, Covid 19 pandemic still took place, therefore most of the communication with the Venice Commission took place via online means. The fact that there are technological advances at hand, that were

¹¹ M. Stanić, M. Đorđević, “Pregled reforme ustavnog i zakonskog okvira pravosuđa 2021 – 2023”, *Na putu ka evropskom pravosuđu*, Beograd 2023, 13.

¹² M. Stanić, *Sudski saveti – Sastav i nadležnosti širom Evrope*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2022, 35.

hard to imagine only thirty years ago, and that the information can be shared instantly from all around the globe, benefited the task of writing the Amendments, even when severe obstacles such as world pandemic took place. It is certain that without modern technology the final text of the draft would look differently. Thankfully, since one of the goals of the whole operation was to align relevant norms in Serbian legal framework with the European standards, persistence of the Serbian Working group, technological advances (that we too often now take for granted) as well as willingness from the EU, Council of Europe and Venice Commission side all contributed to come up with the text of the Amendments that would be favorably characterized by the Venice Commission, as well as all major European stakeholders.

If one takes a look at those newly introduced solutions, it is difficult to question their benefit for the citizens as well as to claim that they jeopardize sovereignty of Serbian citizens. If the norm at the very beginning of the Constitution proclaims the adherence to European values as a duty, if European values are implemented in the satisfactory manner for the vast majority of Serbian scholars, practitioners and wider public (unlike in 2018) and finally the Venice Commission (as the supreme authority for constitutional law issues) confirms the adherence of new provisions to European standards, then there cannot be any breach of national sovereignty, and the constitutional revision cannot be considered as such. On the contrary, it could present a step towards the goal and motto of the European Union – “Unity through Diversity”, as well as fulfillment of the highest legal act’s obligation that the very Serbian citizens adopted for themselves – The Constitution of 2006.

5. Conclusion

The adherence to European principles and values is “a must” for any Serbian constitution or law maker, until the sovereign citizens decide to revise the relevant provision of the Constitution that proclaims exactly that. Behind most of the critics that claimed how judicial reform meant endangering of Serbia sovereignty there was actually a politically motivated intention to blur the fine line between legitimate and sovereign political/strategic decision and the sovereignty endangerment from the foreign element. It is true that the theoretical concept of sovereignty is to be revisited and possibly revised because of the rapidly emerging changes how people communicate and how easily ideas are being shared nowadays.

If the constitutional change is a part of the political, strategic doctrine that the sovereign people in large majority supported on the national referendum, there cannot be any issue with sovereignty. As some authors suggest: “it is not dangerous if the constitution is a political creation. To some extent, it has to be. It should be the result of an agreement between the holders of political power regarding the basic issues of legal and socio-political organization.”¹³ If such an agreement includes adherence to European

¹³ V. Petrov, “Ustavna reforma – naše (ne)shvatanje Ustava”, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Beograd, (Svetislav Taboroši, ed.), Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2006, 198.

(“foreign”) principles and values, it is obligatory to enforce it, preferably with an invitation to highest constitutional law authorities in order to make the revision and introduce European standards in the best possible way.

It is a sovereign right of sovereign citizens even to limit their own sovereignty in order to achieve some political goal for a common good. It presents more of a “sovereignty practice” or “sovereignty in action” than the endangering, limiting or losing sovereignty.

Constitutional Amendments of 2022 and the new set of judicial laws brought the long-awaited changes that may serve as a step forward on Serbian path towards EU, but what is even the context of sovereignty they do not present any threat – on the contrary – they are the emanation of citizens sovereignty and their political/democratic striving. The results of the national referendum only served additionally - as a practical proof.

References

- Husić, J. “Modeli revizije ustava”, *Pravni vjesnik*, 36(1)/2020, 99-133.
- Marković, R. “Sitnice konstitucione”, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd, Službeni glasnik, 2017.
- Petrov, V. “Ustavna reforma – naše (ne)shvatanje Ustava”, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, (Svetislav Taboroši, ed.), Beograd, Izdavački centar Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2006.
- Petrov, V., Đorđević, M. “The Influence of Serbia’s Historical Constitutions on Its Modern Constitutional Identity: 30 Years Since the Return of Liberal Democratic Constitutionality”, In: *Comparative Constitutionalism in Central Europe: Analysis on Certain Central and Eastern European Countries. Legal Studies on Central Europe*. Central European Academic Publishing, Miskolc-Budapest, 2022, 129-147.
- Stanić, M. “Učestalost, razlozi i izazovi ustavnih izmena na području bivše Jugoslavije - korisna iskustva za Republiku Srbiju”, *Revizionarna vlast u Srbiji. Proceduralni aspekti ustavnih promena u Srbiji*, Sarajevo 2017.
- Stanić, M., Đorđević, M. “Pregled reforme ustavnog i zakonskog okvira pravosuđa 2021 – 2023”, *Na putu ka evropskom pravosuđu*, Beograd 2023.
- Stanić, M. *Sudski saveti – Sastav i nadležnosti širom Evrope*, Beograd, Institut za uporedno Beograd, 2022.
- Szakaly, Z. “Constitution-making and the Permanence of the Constitution”, In: *Comparative Constitutionalism in Central Europe: Analysis on Certain Central and Eastern European Countries*. Legal Studies on Central Europe. Central European Academic Publishing, Miskolc-Budapest, 2022, 199-222.
- Timmers, P. “Sovereignty in Digital Age”, *Introduction to Digital Humanism*, Springer, Cham, 2024, 571-592.
- Zielonka, J. “New Institutions in the Old Eastern Bloc”, *Journal of Democracy*, Vol. 5, Issue 2, 1994, 87-104.

SICUREZZA ENERGETICA EUROPEA TRA SOVRANITÀ E SOLIDARIETÀ

Abstract

Il concetto di sicurezza energetica, di natura essenzialmente tecnica, riveste una posizione strategica nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Poter contare sulla sicurezza energetica consente di governare in modo indipendente: per tali ragioni, la sovranità nel settore energetico appartiene agli Stati, anche nell'ambito del TFUE. Peraltro, per esigenze di solidarietà derivanti comunque dalle scelte nazionali, gli Stati membri hanno istituito un meccanismo che persegue la sicurezza energetica in caso di crisi. Il piano REPowerEU e la piattaforma energetica dell'UE favoriscono l'aggregazione della domanda di energia, al fine di scongiurare gap energetici negli Stati membri. Tale meccanismo di solidarietà rende le norme giuridiche particolarmente efficaci al fine del perseguimento della sicurezza e della riduzione della povertà energetica.

Parole chiave: *sicurezza energetica, sovranità energetica, principio di solidarietà energetica, art. 122 e 194 TFUE, REPowerEU*

* PhD, Professore associato di diritto internazionale dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope, Consigliere giuridico del Ministro dell'Ambiente e della sicurezza energetica.

E-mail: susanna.quadri@uniparthenope.it

EVROPSKA ENERGETSKA BEZBEDNOST IZMEĐU SUVERENITETA I SOLIDARNOSTI

Apstrakt

Koncept energetske bezbednosti, suštinski tehničke prirode, ima stratešku poziciju u međunarodnom pravu i pravu Evropske unije. Mogućnost da se računa na energetska sigurnost omogućava nezavisno upravljanje. Stoga, suverenitet u energetske sektoru pripada državama, takođe u okviru odredaba TFEU. Štaviše, zbog potreba solidarnosti koje proizilaze iz nacionalnih izbora, države članice su uspostavile mehanizam koji teži energetske bezbednosti u slučaju krize. Plan REPowerEU i energetska platforma EU favorizuju agregaciju potražnje za energijom, kako bi se izbegle energetske praznine u državama članicama. Ovaj mehanizam solidarnosti čini pravna pravila posebno efikasnim u nastojanju da se postigne bezbednost i smanji energetska siromaštvo.

Ključne reči: energetska bezbednost, energetska suverenitet, princip energetske solidarnosti, čl. 122 i 194 TFEU, REPowerEU

1. Sicurezza energetica, sovranità e solidarietà

Il pensiero di Rolando Quadri fonda le sue radici sul realismo giuridico e sul principio di effettività.

Sarebbero innumerevoli gli spunti scientifici che seguirebbero ad un colloquio immaginario con l'esimio studioso sull'attuale situazione internazionale. Restrungendo il campo al settore energetico, severamente colpito dai recenti conflitti, tenterò di conciliare la mia esperienza in materia con l'aderenza ad un pensiero giuridico che consideri l'ordinamento giuridico inscindibilmente legato alla realtà dei fatti e, soprattutto, idoneo a regolarli, in quanto espressione del corpo sociale: in sintesi, un ordinamento che "funzioni".

L'energia è un settore strategico molto rilevante per il diritto internazionale e dell'Unione europea: in tale ambito, il concetto di sicurezza energetica riveste una posizione strategica, rappresentando una delle cinque dimensioni della *Governance* europea dell'energia¹. Tale concetto, di natura essenzialmente tecnica, è legato alla disponibilità di energia, in particolare ad un'adeguata disponibilità in relazione alla domanda.

Nell'ambito della Comunità internazionale, la sicurezza energetica mette gli Stati al riparo dalla carenza di fonti energetiche, essenziali per la vita economica e sociale. Poiché, a livello economico e geopolitico, l'energia è il motore della società, garantire la sicurezza energetica equivale a permettere agli Stati di governare in modo indipendente e pacifico, senza che altri soggetti ne influenzino la sovranità mediante la gestione delle fonti energetiche, utilizzate come armi strategiche in quanto non sempre reperibili in modo diffuso.

Poiché le guerre scoppiano, generalmente, per motivi economici, e considerata la rilevanza dell'energia in tale ambito, avere la sovranità in campo energetico e poter contare sulla sicurezza energetica consente agli Stati di governare in modo indipendente, nonché di mantenere la propria indipendenza sul piano delle scelte e delle alleanze internazionali. Per tali ragioni, la sovranità nel settore energetico appartiene agli Stati, anche nell'ambito dell'Unione europea.

La prova di tale assunto sta soprattutto nella disposizione in base alla quale ogni Stato membro ha il diritto «di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico» (cfr. art. 194, n. 2, Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, nel seguito TFUE).

In relazione all'Unione europea, poiché non tutti gli Stati sono indipendenti sul piano energetico – a causa della necessità di importare fonti di energia – e data la rilevanza della sicurezza energetica, mediante l'art. 194 del TFUE, introdotto dal Trattato

¹ Sugli strumenti per conseguire la sicurezza energetica nell'UE, nonché sulla normativa relativa alla nuova *Governance* europea dell'energia, ci permettiamo di rinviare ai nostri lavori: S. Quadri, *EU Energy Market Integration through Energy Union: a New Holistic Approach*, Bocconi Legal Papers n. 7, Milano 2016, 1, e S. Quadri, "Alcune considerazioni sul valore dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente e dell'energia: il *Clean Energy Package*", *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3/2019, 533-570.

di Lisbona, gli Stati membri hanno ritenuto di esercitare in modo collettivo la sovranità energetica in alcuni ambiti particolari, per realizzare meglio alcuni obiettivi comuni di natura prevalentemente ambientale, nonché per esigenze di *solidarietà*².

Peraltro, con particolare riferimento alla sicurezza energetica, la solidarietà va correttamente intesa. Tale concetto parte in modo indiscusso da prerogative essenzialmente statali, e muove dall'esigenza di tutti gli Stati di potersi garantire la disponibilità di energia necessaria in relazione alla domanda anche in caso di carenza a livello nazionale.

Prima della "solidarietà" sussiste la "sovranità", che garantisce agli Stati di scegliere di obbligarci reciprocamente, mediante apposite misure delle istituzioni dell'UE finalizzate ad assicurare la sicurezza energetica a tutti gli Stati membri. Tale scelta è assolutamente indipendente, ed è in primo luogo finalizzata a garantire allo stesso Paese che la mette in atto la necessaria disponibilità di energia, sebbene mediante una decisione di tipo solidale.

Dunque, in relazione alla sicurezza energetica, nell'Unione europea *l'interdipendenza è attuata mediante una scelta statale frutto di una sovranità assolutamente indipendente*.

Ai sensi delle considerazioni precedenti è possibile affermare in modo inequivocabile che la sovranità nel settore dell'energia appartiene agli Stati, e non è condivisa tra le istituzioni europee e i Paesi membri. Diversamente, è possibile affermare la condivisione di mere "competenze concorrenti di natura funzionale" nel settore in questione.

Del resto, l'UE è indiscutibilmente un'organizzazione internazionale, seppure di integrazione – dunque, a causa della particolare configurazione delle competenze a carattere prettamente economico, più strutturata ed integrata rispetto alle organizzazioni di mera cooperazione – e, a differenza degli Stati federali, non esercita alcuna sovranità.

² Per semplicità, si riportano gli artt. 122 e 194 TFUE, pietre miliari del concetto di solidarietà energetica nell'Unione europea: Articolo 122.

1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia.
2. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa.

Articolo 194.

1. Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: (...) b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione (...).
2. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al paragrafo 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico (*omissis*).

2. Sicurezza e diversificazione energetica

La sicurezza energetica è un pilastro fondamentale dello sviluppo economico sociale. Affinché tale pilastro non crolli, è indispensabile anche la *diversificazione energetica*: disporre di una maggiore eterogeneità di energia significa che in caso di interruzione della fornitura relativa ad una fonte energetica, gli effetti saranno meno dirompenti. Tale affermazione vale sia a livello nazionale che europeo.

La diversificazione riguarda sia la produzione interna che le importazioni. Dal lato della produzione interna, al di là di un condizionamento indiretto perseguito mediante la politica dell'UE in materia di decarbonizzazione e transizione economica sostenibile, che induce gli Stati a ridurre l'approvvigionamento energetico da combustibili fossili e ad aumentare la produzione di energia rinnovabile e pulita, al fine di raggiungere gli obiettivi climatici europei³, ai sensi dell'art. 194, comma 2, TFUE cit., la sovranità sulle scelte relative al mix energetico (cioè alle fonti che contribuiscono alla produzione di energia) è una prerogativa degli Stati membri. Di conseguenza, anche le scelte in materia di diversificazione delle fonti energetiche spettano inderogabilmente agli Stati.

La politica interna relativa a tali scelte riguarda misure altamente strategiche in relazione allo sviluppo economico sociale nazionale. Da una parte, in base allo scenario economico e industriale interno, i governi operano le scelte più convenienti. Dall'altra, mediante tali scelte gli Stati perseguono la cd. "democratizzazione" dell'energia, cioè l'abolizione della povertà energetica, che garantisce adeguati servizi energetici essenziali in relazione al fabbisogno della popolazione, a prezzi accessibili.

Dunque, nell'ambito dei limiti generali posti dal raggiungimento degli obiettivi europei, *nelle decisioni relative al mix energetico nazionale la sovranità statale è indiscutibile*. Da tale punto di vista, l'art. 194 TFUE è molto chiaro, è una disposizione "blindata", perché non c'è nessuna possibilità di modificare tale interpretazione, fortemente voluta dagli Stati in sede di approvazione della norma.

Con riferimento alle importazioni, il discorso è molto più articolato. In tale contesto, il commercio con partner energetici diversificati ed affidabili migliora notevolmente la resilienza del nostro sistema energetico. Per tali ragioni, sebbene la competenza in materia di accordi internazionali relativi alle importazioni sia statale, dopo l'inizio della guerra tra la Russia e l'Ucraina, che ha posto sempre di più l'energia al centro dell'agenda politica europea, mediante il piano *REPowerEU*, che ha l'obiettivo di assicurare la diversificazione delle forniture e accelerare la transizione verso le fonti rinnovabili, l'UE ha attuato una politica mirata a realizzare il principio di solidarietà energetica, a beneficio di tutti gli Stati membri⁴.

³ Cfr., in particolare, la comunicazione dell'11 dicembre 2019 intitolata *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, nonché il regolamento (UE) 2021/1119 del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica (*Normativa europea sul clima*).

⁴ Cfr. la comunicazione del 18 maggio 2022 *Piano REPowerEU*, COM(2022) 230 final. I pilastri costruiti dal piano per rispondere in modo appropriato alla crisi energetica consistono in un notevole risparmio di energia, nella diversificazione dell'approvvigionamento, nonché nella rapida sostituzione dei combustibili fossili mediante l'accelerazione della transizione europea verso l'energia pulita.

3. Il piano REPowerEU

Il conflitto Russo-Ucraino ha mostrato chiaramente la necessità, da parte dell'Unione europea, di garantire il proprio approvvigionamento energetico mediante soluzioni alternative rispetto alla fornitura di gas russo. All'inizio della guerra, quasi la metà delle importazioni di gas dell'UE provenivano dalla Russia, e tale dipendenza energetica poteva essere utilizzata per influenzare le sorti del conflitto.

L'urgenza di garantire comunque un approvvigionamento di energia sufficiente e contenerne i costi per cittadini e imprese è stata l'occasione per indurre l'UE a ridurre la dipendenza dal gas russo, a cooperare maggiormente a livello internazionale con Paesi fornitori affidabili e ad incrementare gli investimenti sull'energia rinnovabile, con particolare riferimento all'idrogeno⁵.

Al centro della risposta UE all'inasprimento della crisi energetica c'è stata la presentazione, da parte della Commissione europea, del piano *REPowerEU*, con l'obiettivo di garantire la sicurezza energetica mediante la fornitura di energia a prezzi accessibili, nonché di ridurre la dipendenza dal gas russo accelerando la transizione e instaurando un sistema energetico maggiormente resiliente.

Il piano è stato completato il 20 luglio, con un ulteriore regolamento finalizzato a diminuire la domanda di gas in tutti gli Stati membri dell'UE e ad immagazzinare maggiori quantitativi per l'inverno⁶. Tale regolamento ha avuto effetti molto positivi: dopo circa due anni⁷, da un lato, la domanda di gas naturale è diminuita del 18%; dall'altro, rispetto al 2021, in cui le importazioni di gas proveniente dalla Russia ammontavano al 45%, nel 2023 detta percentuale si è ridotta al 15%.

Dunque, dall'adozione del piano REPowerEU, l'Unione europea ha notevolmente ridotto le importazioni russe di gas – che intende eliminare del tutto – nonché diversificato le forniture di energia. Contemporaneamente, in seguito alle diverse sanzioni adottate, sono state vietate le importazioni via mare di petrolio greggio, prodotti petroliferi raffinati e carbone provenienti dalla Russia.

Grazie al coordinamento della risposta europea attuata mediante l'adozione del Piano REPowerEU, l'Europa sta investendo maggiormente nella produzione di energia pulita e a prezzi accessibili e nel perseguimento dell'indipendenza energetica.

⁵ Naturalmente, il “dirottamento” delle importazioni verso altri Paesi esportatori non mette al riparo l'Unione europea dalle conseguenze economiche e politiche di altri ipotetici futuri conflitti internazionali, e non garantisce una reale indipendenza energetica, che può derivare esclusivamente dal conseguimento di un'adeguata produzione e diversificazione a livello nazionale. Cfr., sul punto, il nostro S. Quadri, “Il panorama energetico e le prospettive future nell'era della sostenibilità”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2024, 55-86.

⁶ Regolamento (UE) 2022/1369 del 5 agosto 2022 relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas, modificato con regolamento (UE) 2023/706 del 30 marzo 2023 che ha prorogato di un ulteriore anno l'obiettivo volontario di riduzione della domanda di gas degli Stati membri e ha mantenuto la possibilità per il Consiglio di attivare lo stato di allarme dell'Unione.

⁷ Nel periodo intercorrente tra il mese di agosto 2022 e quello di marzo 2024.

Oltre alla stipulazione di convenzioni con fornitori più affidabili⁸, l'attenzione dell'Unione europea si è rivolta alla conclusione di accordi politici con Egitto e Israele al fine di aumentare le forniture di GNL, al rafforzamento del dialogo con l'Algeria in materia di energia, nonché nella prosecuzione della cooperazione con i principali produttori del Golfo⁹ e l'Australia. L'UE ha intenzione, altresì, di instaurare una cooperazione internazionale "energetica" con alcuni importatori di gas¹⁰ e di approfondire la possibilità di importare fonti di energia da alcuni paesi dell'Africa subsahariana, come la Nigeria, il Senegal e l'Angola.

4. La piattaforma energetica dell'UE

Il principio di solidarietà energetica è il fondamento della competenza delle istituzioni UE in materia di sicurezza energetica (cfr. artt. 122, par. 1, e 194, par. 1, TFUE), base giuridica del Reg. UE 2022/2576, che ha istituito la piattaforma energetica dell'UE¹¹. Essa è un meccanismo volontario finalizzato ad aggregare la domanda di gas, coordinare l'uso delle infrastrutture di importazione, stoccaggio e trasmissione e negoziare con i partner internazionali per agevolare gli acquisti comuni di gas, GNL e idrogeno.

In considerazione della sovranità statale in materia di energia, mediante la piattaforma l'Unione europea attua esclusivamente un'attività di coordinamento degli Stati in materia di contratti di acquisto di fonti energetiche, stipulati direttamente dai Paesi membri. Peraltro, tale coordinamento assume grande rilevanza al fine del rafforzamento della posizione negoziale "collettiva" degli Stati sui mercati energetici mondiali¹².

⁸ In particolare, gli Stati Uniti, il Canada, la Norvegia e l'Azerbaijan.

⁹ Compreso il Qatar.

¹⁰ Ci riferiamo, in particolare, al Giappone, alla Cina e alla Corea.

¹¹ Regolamento (UE) 2022/2576 del 19 dicembre 2022 che promuove la solidarietà mediante un migliore coordinamento degli acquisti di gas, parametri di riferimento affidabili per i prezzi e scambi transfrontalieri di gas. Ai sensi del regolamento, in attuazione del principio di trasparenza, le imprese e le autorità degli Stati membri notificano l'intenzione di indire le gare d'appalto per l'acquisto di gas alla Commissione: quest'ultima ha la possibilità di formulare raccomandazioni per coordinare meglio gli acquisti, contenenti misure per evitare un potenziale impatto negativo sull'acquisto in comune di gas e sulla sicurezza dell'approvvigionamento, nonché sulla solidarietà energetica e sul mercato interno. Il regolamento prevede, altresì, un Comitato direttivo (del quale fanno parte gli Stati, la Commissione e le parti contraenti della Comunità dell'energia se invitate dalla Commissione), al fine di favorire il coordinamento dell'aggregazione della domanda e dell'acquisto in comune di gas. I paesi dell'UE impongono alle imprese soggette alla loro giurisdizione di partecipare alla procedura di aggregazione della domanda con volumi pari almeno al 15% del volume totale necessario per conseguire gli obiettivi di riempimento dello stoccaggio di cui agli artt. 6 e 20 reg. UE 2017/1938. Oltre il 15%, l'aggregazione è volontaria, ma basata sullo stesso meccanismo. Il Capo IV del regolamento, agli art. 23 ss., prevede infine misure di solidarietà tra gli Stati in caso di problemi di sicurezza energetica, ai sensi dell'art. 13 del regolamento (UE) 2017/1938 del 25 ottobre 2017 concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas.

¹² Nell'ambito della piattaforma, grande rilievo è assunto anche dalle *task force* regionali (la prima delle quali è stata istituita in Bulgaria il 5 maggio 2022) in Ucraina, Moldova, Georgia e Balcani occidentali.

Dal mese di febbraio del 2022, in cui è scoppiato il conflitto Russo-Ucraino, il mercato del gas relativo alle importazioni europee si è progressivamente inasprito, determinando un notevole aumento dei prezzi¹³.

Durante la crisi energetica, a causa della difficile situazione di emergenza, nell'ambito degli sforzi delle istituzioni europee volti a migliorare la sicurezza dell'approvvigionamento e ad eliminare gradualmente le importazioni di gas russo, il 19 dicembre 2022 il Consiglio ha adottato il predetto regolamento UE 2022/2576 per rafforzare la solidarietà energetica attraverso un notevole coordinamento degli acquisti di gas, l'introduzione di parametri di riferimento affidabili per i prezzi e la previsione di scambi transfrontalieri. Successivamente, la Commissione ha proposto una proroga di un anno della misura di emergenza, adottata dal Consiglio il 23 dicembre 2023.

L'approvvigionamento comune di gas ha lo scopo di garantire l'accesso ai servizi energetici della popolazione residente sul territorio dell'Unione europea a prezzi contenuti ed evitare interruzioni della fornitura. Tale meccanismo ha permesso di acquistare in modo collettivo una quota di fabbisogno europeo di gas, evitando la competizione per le scarse forniture tra gli Stati membri.

La piattaforma energetica dell'UE ha iniziato ad operare nel mese di aprile del 2022, svolgendo un ruolo cruciale nella diversificazione dell'approvvigionamento energetico europeo. Coordinando gli investimenti infrastrutturali e le negoziazioni con i fornitori esterni di gas per evitare che i paesi dell'UE si facciano concorrenza a vicenda, essa sfrutta il peso del mercato unico dell'Unione per ottenere condizioni migliori a vantaggio di tutti i consumatori ivi residenti.

La piattaforma svolge un ruolo chiave nell'aggregazione della domanda, nel coordinamento dell'uso delle infrastrutture, nonché nella negoziazione con i partner internazionali e nella preparazione degli acquisti congiunti di gas.

L'obiettivo principale, costituito dal coordinamento dell'azione dell'UE sui mercati globali per evitare che i paesi membri si boicottino a vicenda, viene perseguito sfruttando il peso politico e di mercato dell'Unione europea per diversificare efficacemente le forniture, introdurre una concorrenza diretta tra i maggiori esportatori mondiali ed ottenere le condizioni migliori per tutti i consumatori dell'UE. Mediante la sensibilizzazione internazionale, l'aggregazione della domanda e l'uso efficiente delle infrastrutture del gas dell'UE, la piattaforma sostiene la sicurezza dell'approvvigionamento e l'accesso dell'UE all'energia a prezzi accessibili, con particolare riferimento al gas naturale e al GNL (e in futuro all'idrogeno).

Nel 2023 l'attività della piattaforma si è concentrata sull'organizzazione dell'aggregazione della domanda e dell'acquisto in comune di gas per lo stoccaggio in vista della stagione invernale 2023-2024. In tempi record e mediante la stretta cooperazione tra la gli Stati membri dell'UE, il settore industriale e la Commissione, quest'ultima è riuscita ad attuare uno strumento in grado di rafforzare la sicurezza dell'approvvigionamento e di soddisfare le esigenze degli operatori del mercato dell'UE.

¹³ Nel 2022 il prezzo all'ingrosso del gas è stato in media oltre 5 volte superiore al livello precedente, superando, d'estate (all'apice della crisi), i 300 EUR/MWh.

5. *AggregateEU*

AggregateEU è lo strumento principale della piattaforma previsto dalla Commissione per incrementare l'aggregazione della domanda e sostenere l'acquisto coordinato di gas naturale a livello europeo.

Lo strumento in questione riunisce la domanda di gas delle imprese dell'Unione europea e della Comunità dell'energia, soddisfacendo tale domanda mediante offerte competitive provenienti dal mercato globale. Successivamente allo svolgimento di una gara d'appalto, le aziende possono concludere volontariamente contratti di acquisto con i fornitori di gas, in modo congiunto o individuale.

L'obiettivo iniziale di *AggregateEU* era quello di contribuire ad un approvvigionamento di gas sufficiente e diversificato per l'inverno 2023/2024 nei paesi membri dell'UE e nelle parti contraenti della Comunità dell'energia, mirando a ridurre la volatilità dei prezzi e ad aumentarne la prevedibilità, fornendo informazioni sull'approvvigionamento energetico disponibile, nonché sfruttando il peso collettivo del mercato europeo.

Mediante la proroga di un anno (fino al 31 dicembre 2024) della base giuridica del meccanismo, approvata dal Consiglio il 19 dicembre 2023, il meccanismo offre un canale alternativo per soddisfare la domanda e l'offerta di gas, aumentando la trasparenza e offrendo nuove forme di cooperazione.

Attraverso il raggruppamento della domanda di gas delle imprese dell'UE e della Comunità dell'energia e il soddisfacimento di tale domanda con offerte di approvvigionamento competitive, le imprese possono concludere volontariamente contratti di acquisto con i fornitori di gas, individualmente o congiuntamente.

La cooperazione tra le imprese è particolarmente vantaggiosa per le aziende più piccole e per quelle dei paesi senza sbocco sul mare, con minore portata globale o potere negoziale.

Con riferimento all'aggregazione della domanda di gas naturale, la piattaforma energetica dell'UE ha raggiunto grandissimi risultati, suscitando un forte interesse da parte degli operatori del mercato¹⁴.

In considerazione della durata degli effetti della crisi energetica e per soddisfare la crescente domanda di stabilità e prevedibilità da parte degli acquirenti e dei venditori di gas naturale, all'inizio del 2024 mediante lo strumento *AggregateEU* sono state introdotte anche gare d'appalto a medio termine¹⁵.

La gara d'appalto a medio termine costituisce un nuovo servizio offerto dalla Commissione per l'abbinamento di acquirenti e venditori indipendentemente dalla crisi a breve termine degli ultimi due inverni. *AggregateEU* raccoglierà la domanda dei clienti dell'energia dell'Unione europea per un periodo massimo di 5 anni e la metterà in gara. La gara d'appalto di questo tipo è mirata a garantire la stabilità e la prevedibilità

¹⁴ Dal mese di aprile del 2023 sono state organizzate 5 gare di breve termine, che coprono 25 punti di consegna e 2 punti virtuali GNL (Nord-Ovest e Sud-Est). Nel corso di queste gare, sono stati abbinati ad offerte competitive oltre 43 miliardi di metri cubi di domanda europea di gas.

¹⁵ La prima di queste gare d'appalto è stata lanciata dalla piattaforma per l'acquisto congiunto di gas il 15 febbraio 2024, al fine di permettere agli acquirenti di presentare la domanda per diversi periodi di sei mesi, da aprile 2024 a ottobre 2029.

dell'approvvigionamento delle imprese partecipanti nei prossimi anni, sulla base del meccanismo di crisi istituito nel 2023, avviato come risposta ad un'ampia attività di sensibilizzazione con le principali parti interessate. In seguito all'abbinamento della domanda e dell'offerta attraverso la piattaforma, le diverse imprese negoziano il loro contratto bilateralmente.

La gara d'appalto intermedia fa seguito al successo delle quattro gare d'appalto a breve termine svoltesi da aprile a dicembre 2023 nell'ambito della piattaforma, che proseguiranno nel corso dell'anno.

Il meccanismo descritto continuerà ad offrire stabilità nel prossimo futuro, al fine di garantire quanta più sicurezza energetica possibile.

Con tale intento, l'8 dicembre 2023 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sul pacchetto idrogeno e gas decarbonizzati, volto a trasformare l'acquisto in comune di gas in uno strumento permanente. In seguito a tale accordo, sarà istituito un meccanismo permanente di aggregazione della domanda e di acquisto in comune del gas naturale ad uso volontario. Inoltre, sarà introdotto un progetto pilota della durata di 5 anni volto a far incontrare la domanda e l'offerta di idrogeno e ad agevolare la trasparenza del mercato nell'ambito della Banca europea dell'idrogeno¹⁶.

6. Qualche considerazione conclusiva

Come più volte rilevato nel corso del lavoro, la sovranità in materia di scelte relative all'approvvigionamento energetico dei singoli Paesi è in capo agli Stati. Tuttavia, laddove emergano esigenze relative alla sicurezza energetica, il principio di solidarietà energetica giustifica, da parte delle istituzioni europee, l'adozione di misure che tengano conto sia delle esigenze dell'Unione che di quelle dei singoli Stati membri, in uno spirito di leale cooperazione. Tali misure derivano, comunque, dalla sovranità statale.

Con particolare riferimento all'esigenza di tutelare interi comparti industriali dei Paesi membri (ad esempio quello automobilistico), le scelte europee relative al settore energetico possono avere notevoli ripercussioni sull'economia di detti Paesi.

Da tale punto di vista, solidarietà energetica significa anche solidarietà economica, quindi preservazione delle prerogative statali strategiche ed economiche relative alla scelta dei comparti industriali da incentivare e delle misure ritenute più opportune in considerazione della situazione economica del Paese.

Di conseguenza, sebbene i meccanismi dell'UE finalizzati a tutelare la sicurezza energetica possano apparire analoghi alle scelte derivanti da una condivisione di sovranità, in realtà non sono altro che una ferma espressione della sovranità statale in materia, dalla quale deriva l'intervento delle istituzioni mediante misure idonee a garantire la sicurezza energetica dei Paesi membri e dell'intera Unione.

¹⁶ Il pacchetto di norme sulla decarbonizzazione dei mercati dell'idrogeno e del gas prevede l'adozione di un regolamento e di una direttiva, e rientra nel pacchetto "Pronti per il 55%".

I meccanismi relativi al piano REPowerEU e alla piattaforma energetica europea sono stati previsti per aggregare la domanda di energia – con particolare riferimento al gas – al fine di scongiurare *gap* energetici negli Stati membri. Tali meccanismi derivano dalla sovranità degli Stati, i quali decidono come e quando azionarli, se reputarli provvisori o renderli permanenti, se adattarli anche ad altre fonti energetiche (ad esempio all'idrogeno). Ulteriore conferma è rappresentata dalla titolarità del potere relativo alla stipulazione degli accordi in materia di importazioni il quale, ai sensi del regolamento 2022/2576, resta in capo agli Stati.

In conclusione, sebbene in materia di approvvigionamento energetico la sovranità appartenga agli Stati, attraverso la manifestazione di volontà di questi ultimi viene istituito un meccanismo di solidarietà che rende le norme giuridiche particolarmente efficaci al fine del perseguimento della sicurezza e della riduzione della povertà energetica. Tale meccanismo, almeno fino ad ora, ha avuto una felice applicazione, ha funzionato e funziona tutt'ora, perché ha abbassato i prezzi del gas ed ha garantito all'Unione europea un approvvigionamento energetico sufficiente a soddisfare la domanda, seppure in un periodo di crisi.

Da tale punto di vista, il meccanismo innanzi descritto ci sembra conforme al pensiero realista di Rolando Quadri.

Bibliografia

- Quadri, S., *EU Energy Market Integration through Energy Union: a New Holistic Approach*, Bocconi Legal Papers n. 7, Milano, 2016.
- Quadri, S., “Alcune considerazioni sul valore dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente e dell'energia: il *Clean Energy Package*”, *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3/2019, 533-570.
- Quadri, S., “Il panorama energetico e le prospettive future nell'era della sostenibilità”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2024, 55-86.

Fonti normative

- Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano REPowerEU*, Bruxelles, 18.5.2022, COM(2022) 230 final.
- Regolamento (UE) 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e che abroga il regolamento (UE) n. 994/2010, in GU L 280 del 28.10.2017, 1–56.
- Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che

modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»), in GU L 243 del 9.7.2021, 1-17.

Regolamento (UE) 2022/1369 del Consiglio, del 5 agosto 2022, relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas, in GU L 206 del 8.8.2022, 1-10.

Regolamento (UE) 2022/2576 del Consiglio, del 19 dicembre 2022, che promuove la solidarietà mediante un migliore coordinamento degli acquisti di gas, parametri di riferimento affidabili per i prezzi e scambi transfrontalieri di gas, in GU L 335 del 29.12.2022, 1-35.

Regolamento (UE) 2023/706 del Consiglio del 30 marzo 2023 che modifica il regolamento (UE) 2022/1369 per prorogare il periodo di applicazione delle misure di riduzione della domanda di gas e rafforzare la comunicazione e il monitoraggio della loro attuazione, in GU L 93 del 31.3.2023, 1-6.

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea del 13 dicembre 2007 (TFUE) - versione consolidata (in GU C 202 del 7.6.2016, 47-360), artt. 122 e 194.

THE “SPECIFIC INTENT” TO COMMIT GENOCIDE UNDER THE UN GENOCIDE CONVENTION OF 1948: THE CASE OF SOUTH AFRICA V. ISRAEL BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**

Abstract

In January 2024, a case brought by South Africa against Israel occupied the attention of the International Court of Justice (ICJ). South Africa has invoked the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, accusing Israel of carrying out genocidal acts during its military operations in Gaza, following the Hamas attack on 7 October 2023. Key charges include direct commission, complicity, and failure to prevent genocide. The ICJ responded to South Africa's request by issuing precautionary measures, without however ruling on whether genocide effectively occurred. These measures are intended to prevent further damage and preserve evidence. Specifically, Israel was instructed not to take actions that could aggravate the situation or jeopardize the resolution of the conflict, and to provide periodic reports on actions taken in response to the Court order. This legal provision is based on the "plausibility" of the accusations, a preliminary stage of the legal process which does not require conclusive proof, but only a sufficient indication that the accusations may be founded. The decision highlighted the complexity of the definition of genocide and the difficulty in demonstrating specific intent, which is essential for a final ruling of genocide under the Convention. International reactions have been polarized. Israel rejected the charges, citing the need to defend its sovereignty and national security against acts of terrorism, while various Palestine supporters interpreted the decision as recognition of the severity of Israeli operations in Gaza. The outcome of this case will not only influence international relations and the global perception of international humanitarian and human rights law but could also set an important precedent in the legal handling

* PhD, Senior Lecturer of *Public International Law*, Head of Department of Law, University “Ismail Qemali”, Vlore, Albania.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0707-6572>

E-mail: ehitaj@yahoo.it

** This paper is updated to 30.06.2024. Considering the rapid evolution of the situation, very recent developments relative to the topic may not have been reflected.

of genocide allegations. The next phase of the ICJ proceedings, which will include a more detailed examination of the evidence and legal arguments, will be crucial for the future of relations between Israel and the international community, as well as for the very concept of state responsibility in armed conflicts. In this survey we'll try to examine whether the behavior of Israeli military forces might have conducted operations or actions falling within the hypothesis of genocide as provided for in the UN 1948 Convention, object of the legal dispute.

Keywords: *genocide, specific intent, Israel, South Africa, Gaza, International Court of Justice, international law, UN Convention*

„POSEBNA NAMERA“ DA SE IZVRŠI GENOCID PREMA KONVENCIJI UN O GENOCIDU IZ 1948: SLUČAJ JUŽNA AFRIKA V. IZRAEL PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE

Apstrakt

U januaru 2024. godine slučaj koji je Južna Afrika pokrenula protiv Izraela zaokupio je pažnju Međunarodnog suda pravde (MSP). Južna Afrika se pozvala na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, optužujući Izrael da je izvršio genocidna dela tokom svojih vojnih operacija u Gazi, nakon napada Hamasa 7. oktobra 2023. godine. Ključne optužbe odnosile su se direktno izvršenje dela, saučesništvo i neuspeh Izraela da spreči genocid. MSP je odgovorio na zahtev Južne Afrike izricanjem mera predostrožnosti, ali nije doneo odluku o tome da li se genocid zaista dogodio. Te mere imaju za cilj sprečavanje dalje štete i očuvanje dokaza. Konkretno, Izraelu je naloženo da ne preduzima radnje koje bi mogle pogoršati situaciju ili ugroziti rešavanje sukoba, i da dostavlja periodične izveštaje o akcijama preduzetim kao odgovor na nalog Suda. Ova zakonska odredba je zasnovana na "uverljivosti" optužbi, i radi se o preliminarnoj fazi pravnog procesa koja ne zahteva nedvosmislene dokaze, već samo dovoljan pokazatelj da optužbe mogu biti osnovane. Odluka je istakla složenost definicije genocida i poteškoće u dokazivanju postojanja specifične namere, a koja je neophodna za donošenje konačnu presude o genocidu u skladu sa odredbama Konvencije. Međunarodne reakcije su polarizovane. Izrael je odbacio optužbe, navodeći potrebu da brani svoj suverenitet i nacionalnu bezbednost od terorističkih akata, dok su razne palestinske pristalice tumačile odluku kao priznanje ozbiljnosti izraelskih operacija u Gazi. Ishod ovog slučaja ne samo da će uticati na međunarodne odnose i globalnu percepciju međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava, već bi takođe mogao da postavi važan presedan u pravnom rešavanju tvrdnji o postojanju genocidu. Sledeća faza postupka pred MSP, obuhvatiti više detalja. Sledeća faza postupka pred MSP koja podrazumeva detaljnije ispitivanje dokaza i pravnih argumenata biće od velikog značaja za budućnost odnosa Izraela i međunarodne zajednice, kao i za sam koncept odgovornosti države u oružanim sukobima. U ovom radu, nastojimo da damo odgovor na pitanja da li je ponašanje izraelskih vojnih snaga moglo da sprovede operacije ili akcije koje spadaju u hipotezu genocida kao što je predviđeno Konvencijom UN iz 1948. godine i što predstavlja predmet pravnog spora.

Ključne reči: *genocide, posebna namera, Izrael, Južna Afrika, Gaza, Međunarodni sud pravde, međunarodno krivično pravo, Konvencija UN*

1. Introduction

The question of the legal qualification and identification of the term "genocide" has for many years been subject of doctrinal debate and jurisprudential investigations at an international level, and not only¹. Before the Second World War, the Polish-Jewish lawyer Raphael LEMKIN coined the term "genocide" to sociologically describe a complex and gradual process aimed at the political, economic, social, cultural, demographic and other destruction of a well-identified national group, with the ultimate goal of the physical elimination of its members². In other words, the perpetrator of the genocide aims at the total destruction of an ethnic/national group through violence exercised against his own associates³.

The atrocious events and terrible crimes committed during the Second World War by the Axis countries led the victorious powers to establish ad-hoc tribunals for the prosecution of the authors of such crimes⁴. The Nuremberg⁵ and Tokyo⁶ tribunals gave rise, for the first time, to effective criminal trials against high-ranking German and Japanese

¹ See, among others, A. Graziosi, F. E. Sysyn (ed.), *Genocide. The power and problems of a concept*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2022; R. Crawford, E. M. Vogt (ed.), *Adorno and the concept of genocide*, Brill-Rodopi, Leiden-Boston, 2016; I. W. Charny (ed.), *Encyclopedia of Genocide. Vol. I: A-H*, ABC-Clio, California, 2020; C. J. Tams, L. Berster, B. Schiffbauer, *Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*, C. H. Beck-Hart-Nomos, Munchen, 2014.

² "Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group", R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Clark, NJ: Lawbook Exchange, 2008², 79. On the contribution of Lemkin over the concept of genocide see, particularly, D. Irvin-Erickson, *Raphaël Lemkin and the concept of genocide*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2017; "[T]he 'legal' concept of genocide which developed since the term was coined in 1943 and more open 'social' concepts that tend to identify genocide with all sorts of mass atrocities differ in some important aspects. At the same time, it is hard to deny the impact of different social concepts of genocide on the use of the term by various international criminal tribunals and in legal academic debate. [...] While a proper analysis of the intent requirement of the crime of genocide clearly reveals that genocide as a legal concept describes a systemic crime, individual criminal responsibility for genocide cannot be determined by simply referring to the existence of a system of genocide or a genocidal campaign on its own", P. Behrens, R. Henham (eds.), *Elements of genocide*, Routledge, Oxon, 2013, 7.

³ See, G. Mettraux, *International crimes: law and practice. Volume I: Genocide*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 80.

⁴ According to important scholars, the international nature of these tribunals was disputable since they acted not as international bodies but as organs of the occupying powers governing Germany and Japan at the end of World War Second: "[...] più propriamente, dovrebbero considerarsi non come organi *internazionali* ma come organi *comuni*, cioè organi «della volontà comune degli Stati ammessi a farne parte», chiamati ad operare su territori privi ormai di un sovrano o, comunque, di un governo effettivo e indipendente", A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019³, 509. Of the same opinion, G. Sperduti, *Crimini internazionali*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1962, 340-341.

⁵ *Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis*, Signed at London on 8 August 1945, available at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, last visited 05.06.2024.

⁶ International Military Tribunal for the Far East, Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo, January 19, 1946; Charter dated at January 19, 1946, amended Charter dated at April

officers, held responsible for having committed crimes against peace, crimes against humanity and war crimes. On the legitimacy of these tribunals, an authoritative body of doctrine in the science of international law - without taking anything away from the contribution made in favor of the suppression of serious international crimes - has always expressed doubts relating to the violation of the principle of non-retroactivity: *nulum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*⁷.

It must be emphasized that, as can also be seen from the very provisions of the statutes of these courts, the jurisdiction over indictable crimes did not at all include the "nascent" crime of genocide⁸. Some attempts to include the hypothesis of genocide in the range of jurisdiction of these tribunals clashed with the clear intention of the victorious Powers to accept individuals and not national or ethnic groups as victims in trials.⁹ Although, on several occasions, the prosecutors had included the term "genocide" in their charges, in the final sentences there is no trace of an assessment of individual criminal responsibility relating to the genocide, apart from some references to notions and expressions relating to extermination, mass murder and annihilation of national groups¹⁰.

2. The concept of genocide under international law. UN Convention of 1948 and Rome Statute of 1998

Following the conclusion of the Nuremberg and Tokyo trials, towards the end of 1946, the idea of a global Convention on the prevention and repression of the crime of genocide began to mature within the UN. On 11 December 1946, the General Assembly approved a resolution through which it was stated, among other things, that "the punishment of the crime of genocide was a matter of international law" while inviting States to approve

26, 1946, Treaties and Other International Acts Series 1589, available at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf, last visited 05.06.2024.

⁷ "I due tribunali avrebbero applicato retroattivamente norme e pene anche se una parte della dottrina ha legittimato l'inosservanza di questi principi richiamando ora un «senso della legalità» fondato sul 'diritto' naturale, ora un senso di giustizia che, al di là del rispetto o meno del diritto, appariva comunque giustificato per l'effertezza delle condotte", A. Sinagra, P. Bargiacchi, *cit.*, 510.

⁸ "One of the main reasons why the international community felt compelled to draft the Genocide Convention in 1948 was the inadequate scope given to the notion of 'crimes against humanity' at the time. When the International Military Tribunal judged the Nazis at Nuremberg for the destruction of the European Jews, it convicted them of crimes against humanity, not genocide. But the Nuremberg Charter seemed to indicate that crimes against humanity could only be committed in time of war, not a critical obstacle to the Nazi prosecutions but a troubling precedent for the future protection of human rights.", W. A. Schabas, *Genocide in international law. The crime of crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009², 12.

⁹ With regard to Nuremberg Tribunal, see G. Mettraux, *cit.*, 80.

¹⁰ "Genocide continued to play a limited role in subsequent prosecutions of that period. Its secondary role reflected a clear tension between the need to create penal instruments capable of confronting a new sort of criminality and the need to protect the integrity and credibility of the law as a set of universal and pre-existing legal [...] prohibitions. Thus, at the end of the Nuremberg era, the crime of genocide was still very much a concept in need of recognition and further specification", *Ibid*, 81.

an adequate internal legislation to prevent and punish this crime¹¹. The UN Economic and Social Committee was also invited to take part in the process, preparing studies and a related draft convention to be submitted to the subsequent plenary session of the General Assembly. Finally, on 9 December 1948 the final text of the Convention received final approval from the General Assembly and, three years later, the convention entered into force¹². Five years after the Nuremberg and Tokyo trials which had focused on justice towards the individual victims of those heinous crimes, the Genocide Convention, in line with the best intentions of its strongest promoter (Lemkin) was about to become a ambitious international protection instrument¹³ in favor of national, ethnic, religious and/or racial groups¹⁴.

The convention is composed of 19 articles (9 of which are operational) which regulate in a fairly detailed manner an international regime of obligations on the Contracting Parties to prevent and punish the crime of genocide, regardless of whether it is committed in times of war or in peacetime. In particular, the art. II of the convention provides a complete and structured definition of genocide, defining it as a crime committed with the intention of destroying, in whole or in part, a national, ethnic, religious or racial group as such. Acts that fall under the category of genocide include the killing of members of the group; serious injury to physical or mental integrity; deliberate subjection of members of the group to conditions of life intended to bring about its physical destruction, in whole or in part; measures aimed at preventing births within the group as well as the forced transfer of children from one group to another¹⁵.

¹¹ “[...] genocide is a crime under international law which civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices – whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religion, racial, political or any other grounds, are punishable” UN Doc. A/RES/96(I) (n 4), 189, available at: [file:///C:/Users/Erion%20Hitaj/Downloads/A_RES_96\(I\)-EN.pdf](file:///C:/Users/Erion%20Hitaj/Downloads/A_RES_96(I)-EN.pdf), last visited on 01/06/2024.

¹² UN General Assembly, Resolution 260 (III): *Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, UN Doc. A/810, 9 December 1948. Entry into force on 12 January 1951. Full original text available at: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/nr0/752/35/img/nr075235.pdf>, last visited on 01.06.2024.

¹³ “The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide is, of course, an international treaty embraced by the realm of public international law. Within this general field, it draws on elements of international criminal law, international humanitarian law and international human rights law. By defining an international crime, and spelling out obligations upon States parties in terms of prosecution and extradition, the Convention falls under the rubric of international criminal law”, W. A. Schabas, *Genocide.*, 6.

¹⁴ “In so doing, it provided a new legal notion and a set of basic penal instruments that would, over the years, be used and refined to sanction one of the gravest crimes known to mankind. In that sense, the Convention was a momentous advance for international law and for those it seeks to protect”, G. Mettraux, *cit.*, 82.

¹⁵ “In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group”.

The subsequent third article also regulates in an articulated manner all the cases in which the hypothesis of genocide could manifest itself, fully or partially. In addition to current genocide, States undertake to equally prevent and punish any intent to commit genocide; direct and public incitement to commit genocide; attempted genocide as well as complicity in genocide¹⁶.

Furthermore, the conventional text regulates the attribution of criminal responsibility to the perpetrators, regardless of their organic relationship with the State to which they belong, at the time of the commission of the crime itself¹⁷. Obviously, the responsibility for the crime committed by a ruler or public official of a State would also include the possibility for the victims to also be compensated by the State representing the author while in the case of an author of the crime acting in a private capacity¹⁸, it would only be a matter of individual criminal responsibility¹⁹.

The subsequent articles (V and VI) establish obligations on the States party to the convention to prepare within their legal systems the laws necessary to guarantee effective protection to the victims of said crime²⁰. These provisions also establish the territorial jurisdiction of the national or international courts to which the parties have conferred jurisdiction²¹.

¹⁶ “The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;
- (c) Direct and public incitement to commit genocide;
- (d) Attempt to commit genocide;
- (e) Complicity in genocide”.

¹⁷ Article IV. “Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”.

¹⁸ See, T. Wheatherall, *Duality of responsibility in international law. The individual, the State and international crimes*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022.

¹⁹ “The type of conduct which may render a state and an individual responsible for genocide and the relevant rules applicable in making such a determination are not identical. First, a number of duties and obligations are provided under the terms of the Genocide Convention that are binding only on states and, if breached, would thus only be relevant to the responsibility of a state. [...] Second, the normative reach of state and individual responsibility is not determined by the same set of rules and principles. For individual perpetrators, the Convention provides for a number of inchoate offences and modes of liability relevant to establishing their responsibility. [...] The third main difference between state and individual responsibility for acts of genocide pertains to the element of *mens rea*. In respect of individuals, the commission of any of the acts listed in Articles II and III of the Convention requires proof that the perpetrator acted with genocidal intent. In contrast, state responsibility pertaining to such acts might be engaged even where the state itself does not share that intent. State responsibility for a failure to prevent or punish genocide could be engaged where the state is aware, or should have been aware, of the serious risk that acts of genocide had been committed or would be committed and, with that knowledge, it failed to prevent or punish genocidal acts”, G. Mettraux, *cit.*, 94.

²⁰ Art. V. “The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III”.

²¹ Art. VI. “Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such

The same convention excludes that the crime of genocide and other acts associated with it can be considered political crimes and, therefore, benefit from immunity, in the event of extradition (art. VIII).

For the purposes of this investigation, the provisions of art. IX of the convention which establish the dispute resolution procedure regarding the interpretation, application and execution of the same convention which automatically involve the International Court of Justice in the event of a request made by a Contracting Party²². The International Court of Justice emerges in this case as the only judicial body competent to resolve potential disputes relating to the non-compliant interpretation, application or execution of the provisions of the convention²³. Its jurisdiction is complete, exclusive and definitive and allows the parties to resolve any dispute on an international level.

In the wake of what happened with the changes in the definition of genocide with the special criminal courts for Rwanda²⁴ and the former Yugoslavia²⁵, the original definition of genocide is also fully present in the Statute of the International Criminal Court, which came into force in July 2002²⁶.

international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction”.

²² “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute”.

²³ See, among others, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion), [1951] ICJ Report 16, p. 23; *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 26 February 2007; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p. 477; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3 and, lastly, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 02 February 2024.

²⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955 (1994), annex, art. 2.

²⁵ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827 (1993), annex, art. 4.

²⁶ Rome Statute of the International Criminal Court, (2002) 2187 UNTS 90, art. 6: “Genocide. For the purpose of this Statute, “genocide” means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”

3. The element of the specific genocidal intent (*dolus specialis*) according to international doctrine and jurisprudence

From a careful analysis of the articles. II and III, both elements of the case of genocide emerge: the objective element (*actus reus*) which is identified with the acts carried out by the perpetrator(s) of the crime and the subjective element (*mens rea*) consisting of a specific intention (*dolus specialis*) intended to destroy, in whole or in part, a specific group, pursuant to art. II.

The physical element of the crime (*actus reus*) consisting of acts that may result in or constitute genocide includes, as detailed in the art. II of the Convention, killing, causing bodily or mental harm, the deliberate reduction to living conditions leading to total or partial physical destruction, the imposition of birth prevention measures as well as, lastly, the forced transfer of children from one group to another. These are the "genocidal cases" that would represent, according to the penal theory of the crime, the *actus reus*. It is then irrelevant whether the genocidal behavior is committed or omitted; what matters is the final genocidal result²⁷.

Although, at first sight, the provisions that regulate the objective element do not present particular problems as the facts that constitute the genocide are exposed in a clear and linear manner, the subjective element, on the other hand, requires a threshold of intentionality/ intent that is not easily demonstrable.

In fact, the *mens rea* implies the psychological awareness of the perpetrator of the acts that the concrete results achievable through one's actions can cause total or partial destruction, as understood by the conventional text. It must be underlined, however, that the convention has as its main object the protection of the life and interests of groups and not of the single individual, as was the original intention of the parties during the negotiations within the UN. Therefore, in any case, the target of the perpetrator's intentional genocidal behavior should always correspond to one of the four groups protected by the convention itself (national, ethnic, religious and racial).

The intentional element (*dolus specialis*) found in the crime of genocide has been enshrined in more detail in another important international instrument. The art. 30 of the Rome Statute defines the legal contours of the so-called "mental element" completing - 50 years later - the subjective element of the art. II of the 1948 Convention with further definitions that international criminal law offered²⁸.

²⁷ "Criminal acts, depending upon the definition of the crime, may require proof not only of the act itself, but also of a result. Put differently, the material element includes a result. Three of the five acts defined in article II of the Convention require proof of a result: killing members of the group; causing serious bodily or mental harm to members of the group; forcibly transferring children of the group to another group. Two of the acts do not demand such proof, but require a further specific intent: deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; or imposing measures intended to prevent births within the group. [...] The *actus reus* of an offence may be either an act of commission or an act of omission. This principle applies to all of the acts of genocide enumerated in article II, including killing", W. A. Schabas, *Genocide*, cit., 177.

²⁸ "Mental element. 1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to

As also confirmed by the International Court of Justice itself in the case *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, the crime of genocide requires the presence of two elements: genocidal acts (objective element) and intention (subjective element). These acts necessarily require intention in the sense of *dolus specialis* to achieve genocidal goals. The intention to destroy, in whole or in part, a group protected by the convention itself is the element that distinguishes the crime of genocide from other international crimes²⁹. More precisely, according to the interpretation of the highest court, the *dolus specialis* would reside in the fact that the genocidal acts aim at the destruction, in whole or in part, of the protected group.

The ad-hoc Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (*Kupreskic et al. case*) also paid considerable attention to the subjective element when, regarding the requirements required for the purposes of ascertaining the *mens rea* in the case of a crime of persecution, the Court rightly underlined and highlighted that this crime (persecution) belongs to the same category of crimes as genocide (both are identified with crimes against people), with the only difference that, in the second case, the *mens rea* coincides with the specific intention to destroy, in whole or in part, a specific social group. The methods of commission of international crimes could be similar or even the same but what would distinguish genocide from others seems to be precisely the *dolus specialis* of destruction of the protected group³⁰.

conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly”.

²⁹ “In addition to those mental elements, Article II requires a further mental element. It requires the establishment of the “intent to destroy, in whole or in part, . . . [the protected] group, as such”. It is not enough to establish, for instance in terms of paragraph (a), that deliberate unlawful killings of members of the group have occurred. The additional intent must also be established, and is defined very precisely. It is often referred to as a special or specific intent or *dolus specialis*; in the present Judgment it will usually be referred to as the “specific intent (*dolus specialis*)”. It is not enough that the members of the group are targeted because they belong to that group, that is because the perpetrator has a discriminatory intent. Something more is required. The acts listed in Article II must be done with intent to destroy the group as such in whole or in part. The words “as such” emphasize that intent to destroy the protected group”, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, 26 February 2007, para. 187.

³⁰ “[T]he *mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than for genocide. In this context the Trial Chamber wishes to stress that persecution as a crime against humanity is an offence belonging to the same genus as genocide. Both persecution and genocide are crimes perpetrated against persons that belong to a particular group and who are targeted because of such belonging. In both categories what matters is the intent to discriminate: to attack persons on account of their ethnic, racial, or religious characteristics (as well as, in the case of persecution, on account of their political affiliation). While in the case of persecution the discriminatory intent can take multifarious inhumane forms and manifest itself in a plurality of actions including murder, in the case of genocide that intent must be accompanied by the intention to destroy, in whole or in part, the group to which the victims of the genocide belong. Thus, it can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts

A further element to take into consideration in the context of *dolus specialis* is that of awareness of the existence of the genocidal act or of the consequences deriving from it (art. 30 ICC Statute). Those who commit such crimes could not fail to be aware of the destructive consequences that certain behaviors could cause to the detriment of members of groups protected by international law. Therefore, according to average diligence, the circumstances of the commission of such a crime would not allow ignorance about the possible consequences of the acts committed³¹. The threshold of awareness of the ultimate goal of genocidal behavior would not include that the perpetrator fully knows the criminal plans down to the smallest details³².

In summary, the case of genocide, as outlined in the 1948 UN Convention and in the ICC Statute, in addition to the objective element consisting of the acts carried out, would also require, and above all, the existence of the subjective element (*mens rea*)³³.

The latter must be considered from a two-dimensional perspective: a volitional dimension and another cognitive one. On the one hand, the *volitional* dimension identified in international criminal jurisprudence with the so-called *purpose-based approach*³⁴. The will of the perpetrator of the crime of genocide should be sought not directly and exclusively in his behavior but rather derived from facts which, in their entirety, demonstrate the manifestation of true genocidal intent, beyond any reasonable doubt. The entirety of the facts would thus be traceable to the evidence deriving from

to genocide”, Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, para 636.

³¹ “Genocide prosecutions will invariably involve individuals who participate in a plan or policy being implemented by a State or similar body. Knowledge of this plan or policy will be decisive in establishing the guilt or innocence of an accused, regardless of whether courts deem such a plan or policy to be an ‘element’ in a formal sense”, W. A. Schabas, *Genocide*, cit., 252.

³² “The definition of the crime of genocide requires a degree of knowledge of the ultimate objective of the criminal conduct rather than knowledge of every detail of a comprehensive plan or policy of genocide. A subordinate is presumed to know the intentions of his superiors when he receives orders to commit the prohibited acts against individuals who belong to a particular group. He cannot escape responsibility if he carries out the orders to commit the destructive acts against victims who are selected because of their membership in a particular group by claiming that he was not privy to all aspects of the comprehensive genocidal plan or policy, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, A/51/10, 45.

³³ “To explore the nature and difficulties of establishing the contextual elements of genocide, it is indispensable to look at the suggested contextual elements and their possible relationship to the constitutive elements of the crime of genocide. There is a lack of any specific definition of what the contextual elements of genocide are, and a prevailing indeterminacy that might result from individual consideration of all the circumstances that might surround an act of genocide. [...] suggested ‘contextual elements’ can be grouped under three general headings, based on a survey of case law of the international tribunals and academics writing on the contextual elements, and the ICC’s drafting of the Elements of Crimes”, N. Koursami, *The “Contextual elements” of the crime of genocide*, Asser Press, The Hague, 2018, 32.

³⁴ See, at this regard, *Prosecutor v. Akayesu*, (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 02 September 1998; *Prosecutor v. Jelisić* (IT-95-10-A), Judgment, 5 July 2001; *Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, (Case No. IT-99-36-T), Judgment, 01 September 2004; *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, (Case No. IT-05-88/2-T), Judgment, 12 December 2012; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, (Case No. ICC-02/05-01/09), Pre-Trial Chamber, 04.03.2009.

the acts carried out by the author (personal and/or official statements), by other subjects connected to him or by the context of their actions³⁵.

The *cognitive* dimension, however, imposes a higher threshold of awareness of the ability of such acts to achieve genocidal objectives. This implies awareness of both the *object* of the genocidal behavior itself and the awareness of the potential *consequences* that could result, in terms of total or partial destruction of the protected group.

4. The case of South Africa v. Israel before the International Court of Justice

On 29 December 2023, pursuant to art. IX of the Genocide Convention, South Africa presented to the International Court of Justice a charge against Israel for violating its obligations under the Convention in relation to its military actions in the Gaza Strip, following the armed attack carried out by Hamas on Israeli territory of the previous 7 October³⁶. The jurisdiction of the Court was based on the provisions of the art. IX of the Convention³⁷ and of art. 36 (1) of the Statute³⁸. South Africa requested the court to pass an interim order directing Israel to immediately suspend military operations in Gaza, to prevent regular or irregular forces operating in Gaza from perpetuating acts of genocide, to take reasonable measures to prevent genocide, to desist from committing any act that could fall within the hypotheses envisaged by the art. II of the Convention, to avoid imposing restrictions or bans on food or humanitarian assistance to the population of Gaza, to guarantee and not destroy any evidence that could testify to the commission of genocidal acts in Gaza, to submit a detailed report to the Court regarding compliance with the obligations arising from the court's order and, finally, to refrain from any act or action that could jeopardize the resolution of the dispute before the court³⁹.

³⁵ “Such relevant facts and circumstances may include «the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts». [...] Factors that may establish intent include the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership in a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts”, W. A. Schabas, *Genocide*, cit., 266.

³⁶ Over the attack and the subsequent conflict, the involvement of the United Nations and its bodies has been immediate. See, at this regard, A/RES/ES-10/21 adopted on 27 October 2023 and resolution A/RES/ES-10/22 adopted on 12 December 2023) S/RES/2712 (2023) adopted on 15 November 2023 and resolution S/RES/2720 (2023) adopted on 22 December 2023).

³⁷ See *supra*, note 21.

³⁸ “The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force”. *Mirabile dictu*, this is the only international instrument ever which Israel has accepted the automatic jurisdiction of the International Court of Justice.

³⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, par. 11.

Initially the Court resolved the problem favorably, before South Africa was entitled to appeal, despite not being a directly injured party and, subsequently, of its own prima facie jurisdiction.

As regards the content of the accusations made against Israel, as can also be seen from a careful reading, the crux of the question concerns the plausibility that Israel could have committed (or tolerated), during its 'legitimate' military response, acts of genocide, falling within the scope of the art. II and III of the 1948 UN Convention, one of the most enthusiastic promoters of which was Israel.

The issue covered by the provisional order of 26 January 2024 does not directly concern the resolution of the dispute regarding whether Israel has violated the provisions of the Convention but only to ascertain that Israel's actions or omissions, pending the main trial, could lead to genocidal acts, thereby jeopardizing the rights of Palestinians.

Accepting a good part of the South African requests, the Court, with a large majority, decided to require Israel - pending the definitive resolution of the dispute - to refrain from carrying out any act of genocide in Gaza and to prevent the armed forces under its control from holding conduct falling within the scope of the convention, to prevent and punish incitement to genocide, to guarantee humanitarian assistance in Gaza and the population's access to essential survival services, not to jeopardize the preservation of evidence relating to the events on site and and finally, within one month, to submit a detailed report to the Court regarding the implementation of the order⁴⁰.

What is of interest to this investigation, within the limits of the Court's powers regarding precautionary orders, is to ascertain and identify the specific genocidal intent (*dolus specialis*) inherent to this type of international crime. As also highlighted above, the presence of the mens rea is the discriminating factor of genocide which clearly distinguishes it from other international crimes.

⁴⁰ “(1) The State of Israel shall, in accordance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to Palestinians in Gaza, take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of this Convention, in particular: - (a) killing members of the group; (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and (d) imposing measures intended to prevent births within the group; (2) The State of Israel shall ensure with immediate effect that its military does not commit any acts described in point 1 above; (3) The State of Israel shall take all measures within its power to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide in relation to members of the Palestinian group in the Gaza Strip; (4) The State of Israel shall take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip; (5) The State of Israel shall take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts within the scope of Article II and Article III of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide against members of the Palestinian group in the Gaza Strip; (6) The State of Israel shall submit a report to the Court on all measures taken to give effect to this Order within one month as from the date of this Order”, *Ibid*, para. 86.

Considering that the Court has defined the claims of genocidal behavior carried out by Israel in the Gaza Strip as plausible to the point that it has ordered Israel to take charge of the guarantees of the evidence in this regard, it becomes inevitable to analyze those evidence, factors or circumstances that led the highest court to issue the order.

As also explicitly highlighted in the provisional order itself, to ascertain Israel's specific intent in its military operations in Gaza, the court referred to statements by top representatives of the Israeli government and army immediately after the attack on Hamas of 7 October. A letter from the UN Secretary General is cited and reported in the ordinance⁴¹, data and reports provided by OCHA⁴² and World Health Organization⁴³, in addition to the observations of the Commissioner General of UNWRA⁴⁴, a letter from 37 special rapporteurs and independent experts of the United Nations, a statement from the Committee against Racial Discrimination. A whole series of documents which, according to the Court - while awaiting the final judgment - could, together with other evidence collected pending the trial, represent the specific intent required by the provision to constitute the genocidal case.

Regarding the statements of Israeli political and military leaders immediately following the October 7 attack South Africa, in the initial stages of the trial, presented around fifty documentary and audiovisual evidence which attributed to these representatives, leaders or military officials' phrases and references attributable to the case of genocide.

The task of the International Court of Justice, as regards the main process, namely that of ascertaining Israel's responsibility for the violation of the Genocide Convention, will be that of the case-by-case analysis of all actions, behaviors, omissions and a whole series of events that could fall into the category of genocide.

In this case, the decision of the Chief Prosecutor of the ICC Karim Kaan to request the arrest of top representatives of the Israeli government (Prime Minister and Minister

⁴¹ "During the ongoing conflict, senior United Nations officials have repeatedly called attention to the risk of further deterioration of conditions in the Gaza Strip. The Court takes note, for instance, of the letter dated 6 December 2023, whereby the Secretary-General of the United Nations brought the following information to the attention of the Security Council: "The health-care system in Gaza is collapsing [...] Nowhere is safe in Gaza [...] We are facing a severe risk of collapse of the humanitarian system. The situation is fast deteriorating into a catastrophe with potentially irreversible implications for Palestinians as a whole and for peace and security in the region. Such an outcome must be avoided at all costs." (United Nations Security Council, doc. S/2023/962, 6 Dec. 2023.)", *Ibid*, para. 67

⁴² <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/gaza-humanitarian-response-update-10-23-june-2024>, last visited on 23.06.2024.

⁴³ "The WHO has estimated that 15 per cent of the women giving birth in the Gaza Strip are likely to experience complications, and indicates that maternal and newborn death rates are expected to increase due to the lack of access to medical care.", *Ibid*, para. 71.

⁴⁴ "The Court also takes note of the 17 January 2024 statement issued by the UNRWA Commissioner-General upon returning from his fourth visit to the Gaza Strip since the beginning of - 22 - the current conflict in Gaza: "Every time I visit Gaza, I witness how people have sunk further into despair, with the struggle for survival consuming every hour." (UNRWA, "The Gaza Strip: a struggle for daily survival amid death, exhaustion and despair", Statement by Philippe Lazzarini, Commissioner-General of UNRWA, 17 Jan. 2024.)" (United Nations Security Council, doc. S/2023/962, 6 Dec. 2023.)", *Ibid*, para. 69.

of Defense) and of the three most important leaders of Hamas for having allegedly committed, in different circumstances, war crimes and crimes against humanity⁴⁵.

However, it should be underlined that the crimes attributable by the Chief Prosecutor to the top Israeli (and Palestinian) leaders fall into the category of war crimes or crimes against humanity, the existence of which does not require the presence of *dolus specialis* just as they are attributable to individuals and not the State. Elements which, on the other hand, would distinguish the genocide from the other two. The continuation of the trial before both Courts will demonstrate the correct legal framework regarding the accusations made by South Africa against the State of Israel and the ICC Chief Prosecutor against the Israeli and Palestinian leaders.

Not in all cases the behavior of government or military leaders, in such situations, translates into acts of genocide. Acts that also involve the killing of civilians or innocents would not always fall within the category of genocide, if the specific genocidal intent cannot be proven. As also established during the investigation conducted by the International Commission of Inquiry in Darfur, in general, the attack, killing or forced transfer of people does not lead always and necessarily to the destruction, in whole or in part, of a protected group⁴⁶.

5. Conclusive remarks

At the end of this brief examination of the specific intent to commit genocide, according to international jurisprudential legislation and practice, some quick considerations would be inevitable. The sensitivity of the issue requires a careful and meticulous

⁴⁵ To be mentioned that, on 20 May 2024, the ICC Prosecutor Karim A. A. Khan, presented *Application for arrest warrants in the situation in the State of Palestine*, by charging the Prime Minister of Israel Benjamin Netanyahu and the Minister of Defense Yoav Gallant with accusations of war crimes and crimes against humanity. In the same list of arrest warrant appear also three most important Hamas leaders: Yahya Sinwar, Mohamed Diab Ibrahim al- Masri and Ismail Haniyeh. See, for more details, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, last visited on 25.05.2020.

⁴⁶ “The Commission concluded that the Government of the Sudan has not pursued a policy of genocide. Arguably, two elements of genocide might be deduced from the gross violations of human rights perpetrated by Government forces and the militias under their control. These two elements are, first, the *actus reus* consisting of killing, or causing serious bodily or mental harm, or deliberately inflicting conditions of life likely to bring about physical destruction; and, second, on the basis of a subjective standard, the existence of a protected group being targeted by the authors of criminal conduct. However, the crucial element of genocidal intent appears to be missing, at least as far as the central Government authorities are concerned. Generally speaking the policy of attacking, killing and forcibly displacing members of some tribes does not evince a specific intent to annihilate, in whole or in part, a group distinguished on racial, ethnic, national or religious grounds. Rather, it would seem that those who planned and organized attacks on villages pursued the intent to drive the victims from their homes, primarily for purposes of counter-insurgency warfare”, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, para. II, available in: <https://www.legal-tools.org/doc/1480de/>, last visited on 05.06.2024.

analysis of all the facts reported, the evidence presented and any other act or fact suitable to prove or exclude genocidal behavior. The time for such a jurisprudential investigation, considering the extent of the real situation on site and the sensitivity of the issue (Israeli-Palestinian issue unresolved for decades), would inevitably be long.

Also, for the jurisprudential precedents that precede and characterize situations of this kind. The verification of the existence of genocide necessarily requires certain and incontrovertible evidence of special volitional and cognitive intent, that is, awareness of the effects that can be produced by such behaviors which inevitably aim at the total or partial destruction of an internationally protected group. Obviously, the criminal prosecution of Israeli political leaders before the International Criminal Court would make the Israeli legal team's task before the International Court of Justice more difficult. Without considering here the large number of civilians killed during the Israeli military operations in Gaze, a third of whom were children.

Then, there are also extra-judicial reasons, which cannot but influence the outcome of the Hague trial. Reasons of a diplomatic, political and international geopolitical nature that have always marked the fate of the Middle East, where proxy wars are still fought in the name of human rights and self-determination of peoples.

References

- Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, Signed at London on 8 August 1945, available at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf;
- Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 02 February 2024.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Provisional Measures, Order of 26 January 2024.
- Behrens, P., Henham R. (ed.), *Elements of genocide*, Oxon, Routledge, 2013.
- Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007.
- Charny, I. W. (ed.), *Encyclopedia of Genocide*, Vol. I: A-H, California, ABC-Clio, 2020.

- Crowford, R., Vogt E. M. (ed.), *Adorno and the concept of genocide*, Leiden-Boston, Brill-Rodopi, 2016.
- Graziosi, A., Sysyn F. E. (ed.), *Genocide. The power and problems of a concept*, Montreal, McGill-Queen’s University Press, 2022.
- International Military Tribunal for the Far East, *Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo*, January 19, 1946; Charter dated at January 19, 1946, amended Charter dated at April 26, 1946, Treaties and Other International Acts Series 1589, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf.
- Irvin-Erickson, D. *Raphaël Lemkin and the concept of genocide*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017.
- Koursami, N. *The “Contextual elements” of the crime of genocide*, The Hague, Asser Press, 2018.
- Mettraux, G. “International crimes: law and practice”, Volume I: *Genocide*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998.
- Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000.
- Prosecutor v. Krstic* (Case No. IT- 98-33-A), Judgment, 19 April 2004.
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion), [1951] ICJ Report 16.
- Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*, (S/2005/60), 1 February 2005, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n05/225/36/pdf/n0522536.pdf?token=g2xWKVvMfyPtINBmFz&fe=true>.
- Schabas, W. A. *Genocide in international law. The crime of crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Sinagra, A., Bargiacchi, P. *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019.
- Tams, C. J., Berster, L., Schiffbauer, B. *Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*, Munchen, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2014.
- UN General Assembly, Resolution 260 (III): *Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, UN Doc. A/810, 9 December 1948.
- Wheatherall, T. *Duality of responsibility in international law. The individual, the State and international crimes*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2022.

L'ART. 11 DELLA COSTITUZIONE NEL PENSIERO DI ROLANDO QUADRI

Abstract

The art. 11 of the Constitution places the pacifist principle and the internationalist principle among the fundamental principles, which outline the form of state of the Italian Republic. The trait d'union is constituted by the pacifist element, which characterizes the entire constitutional system, determining the line of action of the Republic on the international level, which can never ignore the diplomatic solution to conflicts.

Rolando Quadri, according to his essentially juridical-formal vision of international relations, believes that partial transfers of sovereignty on a functional level are inconceivable, however identifying (but this may be questionable) the limitations of sovereignty with partial transfers of sovereignty: it is evident then that, just as the State cedes a part of its sovereignty by its authoritative choice, so, by its analogous sovereign authoritative choice, that portion can recover.

However, the "limitation", in the letter and spirit of the art. 11 of the Italian Constitution is not simply a partial transfer, but it is an irrevocable partial transfer, as occurs in the formation process of federal states, such as the United States of America. If the State, using its authoritative and sovereign force, intended to recover the portion of sovereignty irrevocably ceded, it would violate the art. 11 and would carry out a "coup d'état".

This is not intended to devalue the precious contribution of the Quadri theory in the reconstruction of the European order, but its completion leads us to consider the EU a process of integration between states towards a federal model.

This is the next step, which Quadri does not appreciate, since, in his extraordinary concreteness and lucidity, he does not assign importance of positive law to a value scheme.

Keywords: *pacifist principle, internationalist principle, sovereignty, transfer of sovereignty, federal state*

* Professore Associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Genova.

E-mail: segreteria@studiolegalegranara.com

ČLAN 11 USTAVA U PRAVNOJ MISLI RONALDA KVADRIJA

Apstrakt

Član 11 Ustava postavlja pacifički i internacionalistički princip među osnovna načela na kojima se temelji državnost Republike Italije. Osobina unije konstituisana je pacifičkim elementom koji karakteriše ceo ustavni sistem određujući liniju delovanja Republike na međunarodnom planu, koja nikada ne može zanemariti diplomatsko rešavanje sukoba.

Ronaldo Kvadri prema svojoj suštinski pravno-formalnoj viziji međunarodnih odnosa smatra da su delimični transferi suvereniteta na funkcionalnom nivou nezamislivi, ma koliko identifikujući (ali ovo može biti upitno) ograničenja suvereniteta sa delimičnim transferima suvereniteta. Stoga je očigledno da, kao što država svojim autoritativnim izborom ustupa deo svog suvereniteta, tako se, svojim analognim suverenim autoritativnim izborom, taj deo može oporaviti.

Međutim, ograničenje u slovu i duhu člana 11 italijanskog ustava nije samo delimičan transfer, već je to neopoziv delimičan transfer, kao što se dešava u procesu formiranja saveznih država, kao što su Sjedinjene Američke Države. Ako bi država, koristeći svoju autoritativnu i suverenu silu, nameravala da povрати deo suvereniteta koji je neopozivo ustupljen, to bi predstavljalo kršenje člana 11. i moglo bi se smatrati državnim udarom. To ne obezvređuje dragoceni doprinos teorije Kvadrija u rekonstrukciji evropskog poretka, ali njen zaključak nas navodi da smatramo EU procesom integracije između država ka federalnom modelu. To je sledeći korak, koji Kvadri ne uzima u obzir, jer u svojoj izuzetnoj konktetnosti on ne pridaje važnost pozitivnog zakona šemi vrednosti.

Ključne reči: *pacifistički princip, internacionalistički princip, suverenitet, prenos suvereniteta, savezna država*

In occasione della “Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri” (“*Rolando Quadri reflectures in international law*”), che auspabilmente si ripete e si consolida, di anno in anno, a cura del Professor Augusto Sinagra e del Professor Erjon Hitaj, divenendo tradizione convegnoistica di grande partecipazione, è doveroso ricordare la complessa idea di sovranità¹ e, in particolare, di “*limitazioni di sovranità*”², così come le ha intese uno dei più grandi giuristi e Professori di diritto internazionale, Rolando Quadri.

Nella sua concezione, la sovranità consiste nell’autodeterminazione e nella capacità di mandare ad attuazione le proprie decisioni. mediante organi dotati di forza irresistibile sugli individui³.

Pertanto, “considerato lo Stato come questa cittadella entro il cui territorio ogni azione coercitiva è di regola riservata ai suoi organi, ove l’impiego della forza irresistibile è suo esclusivo monopolio, è chiaro che nella più gran parte dei casi nei quali la dottrina parla di limiti di sovranità, non si è in presenza che di obbligazioni pure e semplici e quindi di semplici limiti alla libertà di fare o non fare. Naturalmente, violando tali obblighi lo Stato si esporrà a quelle reazioni esterne che noi chiamiamo sanzioni del diritto internazionale”⁴.

Ne consegue che le cosiddette limitazioni di sovranità non siano per il Quadri che obblighi di natura internazionale, ossia limiti alla libertà di azione degli Stati medesimi. Infatti, “fin quando l’Istituzione internazionale non disporrà di un apparato per l’azione diretta sugli individui, non potrà mai dirsi che il potere giurisdizionale dello Stato, in quanto espressione di sovranità, ha subito dei limiti; potrà solo dirsi che lo Stato si è obbligato a dare esecuzione a quegli atti di provenienza estranea. È la volontà dello Stato che resta decisiva”⁵.

Com’è noto, l’art. 11 della Costituzione pone tra i principi fondamentali, il cui coordinato e combinato disposto delinea la forma di stato della Repubblica Italiana, il principio pacifista e il principio internazionalista⁶.

¹ Sull’idea di sovranità in Rolando Quadri, cfr. R. Quadri, “*Appunti di diritto pubblico generale*”, Liguori Editore, Napoli, 1971, pp. 5 ss.; ID., “*Scritti giuridici*”, in *Diritto delle Comunità europee, Diritto pubblico, Teoria generale del diritto*, Vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 1988, 5 ss.; ID., *Sovranità e libertà in relazione alle istituzioni sovranazionali. L’efficacia degli atti sovranazionali nei confronti degli individui*, in *Scritti giuridici*, III, cit., 3-9; E. Cannizzaro, “*La sovranità oltre lo Stato*”, il Mulino, Bologna, 2021, 121.

² Art. 11 Cost., *Principi fondamentali* (artt.1-12 Cost.); sulla “cessione” parziale di sovranità secondo Rolando Quadri, R. Quadri, “*Appunti di diritto pubblico generale*”, Liguori Editore, Napoli, 1971, 99 ss.; G. Sperduti, *Sulle “limitazioni di sovranità secondo l’art. 11 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1978, 473-484.

³ Cfr. R. Quadri, *Sovranità e libertà in relazione alle istituzioni sovranazionali. L’efficacia degli atti sovranazionali nei confronti degli individui*, cit., 6.

⁴ *Ibidem.* tale profilo della teoria del Quadri è stato sottolineato da R. Cafari Panico, *I primi passi dell’integrazione europea nel pensiero di Rolando Quadri*, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, 246.

⁵ *Ivi*, 7.

⁶ Peraltro, lo stesso art. 10 Cost., che precede questa disposizione, stabilisce, tra i “*Principi fondamentali*” della Costituzione, il principio internazionalista, laddove nel primo comma si dichiara che “*L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*”.

Il primo si esprime nel ripudio della guerra “*come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*”⁷.

Pertanto, l’unica attività bellica che la Costituzione consente allo Stato italiano è quella difensiva, nonché quella equiparata, svolta al di fuori dei confini nazionali, tesa alla difesa dei diritti inviolabili della persona umana (c.d. diritto di ingerenza umanitaria)⁸.

Strettamente connesso a tale principio è quello c.d. internazionalista, secondo il quale la Repubblica “*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”.

Si ribadisce, quindi, la stretta connessione fra i due principi, essendo le possibili limitazioni di sovranità astrattamente correlate allo sviluppo della pace e della giustizia, senza la quale, peraltro, non può esservi pace.

Vi sono, nell’art. 11, due endiadi, fra loro intimamente connesse e consequenziali:

- I. Principio pacifista – Principio internazionalista;
- II. Pace – Giustizia.

Il *trait d’union* è costituito appunto dall’elemento pacifista, che connota l’intero ordinamento costituzionale, determinando la linea di azione della Repubblica sul piano internazionale, che non può mai prescindere dalla soluzione diplomatica dei conflitti. Ciò a presidio dell’indipendenza e dell’integrità di altri Stati, che impedisce di intraprendere guerre di aggressione, mire espansionistiche o imposizione, con la forza, di ordinamenti ad altre popolazioni.

Comunque, vi è un imperativo che l’art. 11 Cost. pone all’azione internazionale dello Stato, ossia quello di adoperarsi sempre al fine di esperire ogni tentativo possibile per addivenire ad una soluzione diplomatica dei conflitti internazionali: tale è il modo di azione che unifica i due principi.

La posizione di Rolando Quadri sull’art. 11 Cost. discende dalla sua visione essenzialmente giuridico-formale dei rapporti internazionali, ma non formalistica, essendo ancorata alla volontà del corpo sociale.

⁷ Art. 11, comma 1, Cost.

⁸ “La seconda guerra mondiale [...] ci ha lasciato in eredità la consapevolezza che la tutela dei diritti umani, dopo centocinquanta anni di costituzionalismo in un’ottica nazionale, presenta una dimensione e richiede garanzie ed interventi sovrastatali. Il diritto costituzionale si è internazionalizzato e viceversa quello internazionale si è costituzionalizzato; la persona è divenuta soggetto e protagonista del diritto internazionale, accanto agli stati. L’ingerenza umanitaria, le limitazioni che ne derivano per la sovranità statale, il ruolo sempre crescente dei tribunali internazionali ne sono la conferma più evidente”. Così, G. M. Flick, *I Diritti Fondamentali e il Multilevel: Delusioni e Speranze, Fundamental Rights at Multilevels: Disappointments and Hopes*, in Cassazione Penale, fasc.7, 2019, 2401. Cfr., altresì, G. Azzariti, *La pace attraverso il diritto. Una conferenza internazionale per la sicurezza tra le Nazioni*, in G. Azzariti (A Cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, 4, R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, 9 ss; A. Chiappetta, *Il costituzionalismo moderno alla prova di un nuovo conflitto: l’impermeabilità delle regole come baluardo del principio pacifista*, in *DPCE online*, Sp-1/2024, 97 ss.

Ciò comporta un'analisi sempre rigorosa degli istituti di diritto internazionale, per identificare innanzitutto la potestà che lo Stato in essi esercita.

La sovranità è intesa da Rolando Quadri come “la situazione nella quale un Ente politico può autodeterminarsi avendo la capacità di mandare ad attuazione le proprie decisioni. La sovranità implica dunque il possesso di organi dotati di forza irresistibile sugli individui. Normalmente ogni volontà statale appare, nei limiti del territorio altrui, una mera velleità, perché non ha a suo sostegno la possibilità di impiego della forza irresistibile”⁹.

Secondo tale concezione, lo Stato ha una sovranità intesa come forza irresistibile sugli individui, forza che può governare a suo piacimento, in ossequio ai criteri di validità delle norme del suo ordinamento.

È una concezione che si potrebbe definire “giuridico-formale”, proprio perché è difficilmente contestabile dal punto di vista “giuridico-costituzionale”.

Tuttavia, come si è osservato, ciò non significa che si tratti di una visione formalistica, poiché il Quadri si preoccupa di fissare il suo ancoraggio alla volontà collettiva. Ed infatti, “l'Autorità sociale è sempre frutto di un processo associativo di un numero più o meno esteso di volontà, di messi, di determinazioni (non per altro i Governi temono i «complotti», primo nucleo di volontà collettiva che potenzia le volontà e le forze dei partecipanti), ma l'Autorità prende corpo nelle persone associate, non si distacca da esse, se non nel senso che l'Associazione autoritaria permane malgrado la defezione di un membro e può quindi imporre la propria volontà al membro ribelle. Per noi, dunque, la volontà che obbliga è sempre «eteronoma»; è la volontà del corpo sociale.

L'obbligatorietà dei Trattati non riposa per noi sulla volontà delle Parti contraenti, ma su quella del corpo sociale che comanda di osservare i Trattati”¹⁰

In altri termini, *ubi societas ibi auctoritas et ius*, ove la stretta connessione fra autorità e società è l'elemento determinante¹¹.

⁹ Dall'intervento svolto al Congresso internazionale di studi sulla Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (Milano-Stresa, 31 maggio – 9 giugno 1957), pubblicato in *Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, vol. II, Giuffrè, Milano, R. Quadri, *Sovranità e libertà in relazione alle istituzioni sovranazionali. L'efficacia degli atti sovranazionali nei confronti degli individui*, cit., 6. Ancora, secondo il Quadri (*Ibidem*), non si poteva più avere “quel concetto assoluto [di sovranità] che era espresso nelle rigide e razionalistiche formule del Bodin”. Di conseguenza, c'è chi “parla con troppa facilità di fenomeni federalistici, sovranazionali (termine che noi abbiamo impiegato fin dal 1948), di limitazioni della sovranità, ecc. La sovranità è un tutto funzionale che non può essere disintegrato in specie con riguardo al momento coercitivo e non può parlarsi di federalismo, né di limiti alla sovranità, fin quando la coercizione resta monopolio degli Stati membri dell'Istituzione internazionale”. Sul punto, cfr., altresì, A. Di Lorenzo, *La politica sanitaria e l'idea di sovranità nel pensiero di Rolando Quadri*, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, 324.

¹⁰ R. Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, V ed., Napoli, Liguori, 1968, 36.

¹¹ Cfr. A. Sinagra, *La soggettività giuridica internazionale nel pensiero di Rolando Quadri*, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, 39 ss.

Sul punto, è opportuno, peraltro, rilevare che la sovranità dovrebbe essere apprezzata, più che sul piano giuridico-formale, sul piano politico. Tuttavia, il piano giuridico-costituzionale è un dato assolutamente

In tal modo, il Quadro polemizza con la dottrina del Triepel¹², secondo la quale l'*autoritas* non avrebbe supporto associativo, ma allora “concepita la sovranità dello Stato come un dato assoluto, negata l'esistenza di ogni autorità sovrastatale, una qualsiasi costruzione del DI [Diritto Internazionale] diviene impossibile. La sovranità statale, come dato assoluto, porta alla negazione del DI [Diritto Internazionale], alla configurazione di esso quale parte del d. interno, come in sostanza nella teoria c.d. della *autolimitazione*.”

In effetti se si ammette che il DI [Diritto Internazionale] è «superiore» allo Stato, dato che lo Stato non è che un «ordinamento giuridico», si deve ammettere che il DI [Diritto Internazionale] è superiore all'ordinamento giuridico interno. Solamente che quando noi diciamo che lo Stato non è che un ordinamento giuridico, noi non intendiamo lo Stato come un insieme sistematico di norme come pretende Kelsen¹³, né di conseguenza intendiamo l'ordinamento giuridico in una maniera puramente normativa. Per noi lo Stato, e dunque il suo ordinamento giuridico, non è che una «struttura sociale»: le norme non sono che i comandi della struttura sociale dotata di forza irresistibile. Se ciò è vero, la superiorità dell'ordinamento giuridico internazionale vuol dire solamente che la Comunità internazionale è superiore alle strutture statali, che essa le condiziona, che essa ne dispone¹⁴.

Precisa il Quadri che se fosse esatta un'idea di sovranità degli Stati intesa nel senso più assoluto di tale nozione e, quindi, priva di qualunque possibile condizionamento indispensabile e, da questo punto di vista, la disamina di Rolando Quadri è difficile da contestare. Per un approfondimento sull'origine sociale del diritto, per cui “qualunque formazione sociale produce norme ed autorità in ragione delle interazioni tra i membri che ne fanno parte, vale a dire della ‘dinamica della base sociale’ (*ubi societas, ibi auctoritas et ius*)”, cfr. A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2016, I, che richiama M. Giuliano, *La Comunità internazionale ed il diritto*, Padova, 1950, 221: “L'ordinamento giuridico internazionale, così come ogni ordinamento giuridico, è un prodotto, una sovrastruttura, di un determinato ambiente sociale, di una determinata comunità, e non è altro o di più che questo”; Cfr., altresì, V. Arangio-Ruiz, *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milano, 1954. Del resto, il legame tra società e *auctoritas* si rinviene già nel diritto romano fin dalle XII Tavole (451 e450 a.C.), sotto il profilo privatistico con la norma “*usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum annus*”, sino alla decorrenza del termine ai fini della *mancipio accipiens* per usucapire. Sul versante pubblicistico, l'*auctoritas patrum* era l'atto mediante il quale i *patres* rendevano una delibera approvata dal comizio popolare produttiva di effetti.

¹² H. Triepel, *Völkerrecht Und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

¹³ Hans Kelsen (Praga 1881 - Berkeley, California, 1973). È stato il massimo esponente del normativismo giuridico, cioè di quell'indirizzo metodologico che riduce tutto il diritto a norma. In estrema sintesi, nel suo pensiero, l'ordinamento giuridico è una costruzione piramidale al cui vertice si pone la «norma fondamentale» (*Grundnorm*), che non viene posta, ma solo presupposta. La *Grundnorm* di Kelsen è quella norma fondamentale (priva di contenuto sostanziale) che la scienza giuridica postula all'origine di tutte le norme giuridiche effettivamente vigenti in una determinata società, le quali da quella ricevono riconoscimento e validità. Sul piano più squisitamente costituzionalistico, egli è stato un sostenitore della centralità del Parlamento, nonché il primo grande teorico della giurisdizione costituzionale di garanzie, in opposizione a Carl Schmitt sul tema su chi dovesse essere il «custode della costituzione», ed ha esplicitato queste sue idee nel testo della Costituzione austriaca del 1920, alla cui redazione collaborò attivamente. Fu anche giudice della Corte di giustizia costituzionale austriaca, dalla quale si dimise a seguito della sua contrarietà alla revisione costituzionale del 1929 (cfr. la voce *Kelsen, Hans*, in Enciclopedia Treccani Online). Per un approfondimento, si vedano, H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990; R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, 2ª ed., Giappichelli, 2006.

¹⁴ R. Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, cit., 51.

esterno, il diritto internazionale non esisterebbe: “Se esiste è perché ogni Stato si trova *uti singulus* di fronte agli altri Stati *uti universi*. Ma siccome il processo di disgregazione delle strutture del medioevo ha accentuato negli Stati l’esercizio delle funzioni giuridiche, l’ordinamento universale si caratterizza da un lato per la capacità astratta dell’ordinamento internazionale d’invadere i domini riservati degli Stati e di trasformarli in una federazione mondiale (*Magna Civitas Gentium*), dall’altra parte per la limitazione *strutturale e funzionale* dell’azione della Comunità internazionale che garantisce l’autonomia degli Stati, che lascia loro il monopolio dell’esercizio dell’*imperium* sugli individui e ugualmente il monopolio dell’impiego della forza nei rapporti internazionali e delle creazioni del diritto. Tutti i tentativi di organizzare l’impiego della forza su scala mondiale e di detronizzare gli Stati sono sin qui falliti. L’idea di un governo internazionale o mondiale che avrebbe preso corpo nell’ONU è assolutamente da scartare, anche se nella storia vi sono dei precedenti che potrebbero riallacciarsi ad una idea simile. Ad es., i comandi interalleati durante le due guerre mondiali”¹⁵.

In tal guisa, egli ritiene che “cessioni parziali di sovranità sul piano funzionale sono inconcepibili.

Perciò l’art. 11 della Costituzione italiana, secondo il quale “*l’Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni ...*”, è letteralmente un non senso salvo che non voglia alludere a ben più che semplici limitazioni ma alla soppressione pura e semplice della sovranità italiana sia nel senso della formazione di uno Stato-Europa (più o meno “piccola”), sia nel senso della erezione della *Magna civitas gentium*. In questo caso però la pace “fra le Nazioni” sarebbe assicurata per definizione, sarebbe una verità “logica”. Vero è che la Costituzione italiana deve essere interpretata nel senso di “limitazioni alla libertà” in conformità a quanto si è detto”¹⁶.

Il Quadri identifica (ma ciò può essere opinabile) limitazioni di sovranità con cessioni parziali di sovranità: è evidente allora che, così come lo Stato cede una parte della sua sovranità per sua scelta autoritativa, così, per analoga sua scelta autoritativa sovrana, quella porzione può recuperare¹⁷.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ R. Quadri, *Appunti di diritto pubblico generale*, cit., 99-100; *Id.*, cit., *Sovranità e Libertà in relazione alle istituzioni sovranazionali. L’efficacia degli atti sovranazionali nei confronti degli individui*, in *Scritti giuridici*, III, cit., 6. Nello stesso senso, “l’accertamento della realtà cui deve condurre una riflessione scientifica scevra di pregiudizialità politiche, è che nel sistema dei rapporti tra Unione europea e Stati membri non possono venire in linea di conto idee fantasiose e mistificanti (ancorché accattivanti) di cessioni di sovranità parziale in vista di una futura cessione totale della sovranità che comporterebbe la scomparsa degli Stati membri dell’Unione come tali e dunque come soggetti di diritto internazionale”. Così A. Sinagra, *Sessant’anni di “integrazione europea”. Molte ombre e poche luci*, in *Percorsi costituzionali*, 2016, 314 ss.

¹⁷ Linea di pensiero che Rolando Quadri fa propria e che rientra pienamente in quel realismo giuridico che da sempre ha caratterizzato chi, con coraggio, si dedica alla ricerca stretta della verità e di ciò che concretamente avviene nella realtà circostante.

Per una riflessione in proposito, con particolare riguardo all’uscita dall’Unione Europea del Regno Unito (Paese fondatore) e ad analoghe tensioni presenti in altri Stati membri, cfr. M. Clarich, *L’Europa e il dopo Brexit. Un nuovo paradigma?*, in *Unione Europea. 60 anni e un bivio*, Eurilink University Press, 81 ss.

Senonché la “*limitazione*”, nella lettera e nello spirito dell’art. 11 Cost., non è semplicemente una cessione parziale, ma è una cessione parziale irrevocabile, così come avviene nel processo formativo degli Stati federali¹⁸, quali gli Stati Uniti d’America.

Innanzitutto, analizzando in radice l’effettivo contenuto precettivo di tale articolo, la Costituzione utilizza il verbo “consentire” anziché quello (diverso) di “cedere”¹⁹ in riferimento alle limitazioni di sovranità, il che preannuncia una facoltà e non un obbligo di porre in essere tali limitazioni.

Tuttavia, ove lo Stato, utilizzando la sua forza autoritativa e sovrana, intendesse recuperare la porzione di sovranità irrevocabilmente ceduta, si porrebbe in aperta violazione con l’art. 11, integrando, dal punto di vista giuridico, un colpo di stato, ossia il sovvertimento di un principio fondamentale, connotativo della Repubblica.

Soffermarsi sul problema delle limitazioni di sovranità apre inevitabilmente la questione e, per alcuni, il problema inerente all’Unione europea²⁰ e alla sua natura²¹.

Osserva il Quadri che, “circa la sua natura, il problema fondamentale e che si sarebbe dovuto affrontare, seguendo l’esempio dei filosofi greci, era quello concernente la terminologia”²².

¹⁸ A riguardo, secondo il Quadri, gli Stati federati non sarebbero nemmeno tecnicamente Stati, ma sarebbero enti, che diverrebbero organi dello Stato unitario, complessivamente inteso. Ora, volgendo lo sguardo allo Stato federale più importante, gli Stati Uniti d’America, si comprende come l’idea di realismo giuridico del Quadri sia quella che più si avvicina alla realtà, ponendosi invero alla base dell’idea moderna di Stato federale. Cfr. R. Quadri, *Appunti di diritto pubblico generale*, cit., 19. Dipoi, dalla definizione di Stato di Quadri, deriva la sua considerazione circa il ruolo rivestito dalle colonie: “Escluso che il territorio costituisca un elemento della persona statale od ente sovrano che dir si voglia, escluso che lo stesso popolo, sia pure come insieme di coloro che effettivamente siano titolari del cosiddetto *status activae civitatis*, possa identificarsi con la persona statale; e concepito lo Stato come organizzazione e cioè come il complesso di coloro che in virtù del loro agire come unità riescono a rendere effettiva, in determinati ambiti sociali e spaziali, la loro volontà”, le colonie formano parte integrante del territorio dello Stato. Cfr., altresì, R. Quadri, *Diritto Coloniale*, Padova, CEDAM, 1964.

¹⁹ Si pone grande attenzione all’uso delle parole che la Costituzione italiana fa nella formulazione delle sue disposizioni, essendo state queste oggetto di discussione nella più alta sede di confronto, l’Assemblea costituente, ove si incontrarono “apparentemente irriducibili intelligenze”, riunitesi in un “comune e irripetibile sentimento di unità”. Dalla prolusione tenuta all’Università di Pavia, il 16 gennaio 2006, da Bettinelli E., *La Costituente: Veni Creator Spiritus...*, in occasione dell’Inaugurazione dell’Anno accademico 2005-2006. Nel diritto in generale e nel diritto costituzionale in specie le parole sono pietre.

²⁰ Per Quadri, Comunità economica europea.

²¹ Se è vero che l’Unione europea non può definirsi Stato federale, è altrettanto doveroso riconoscere come questa non sia (e non possa essere) una semplice organizzazione internazionale, atteso che, a livello esemplificativo, gran parte della disciplina giuridica riguardante i rapporti economico-sociali interni dei Paesi membri è di derivazione europea. Piuttosto sarebbe bene definirla come processo, un processo di integrazione assai difficile e contrastato, che vive di oscillazioni e di cui non si conosce (ancora) l’esito. Nonostante ciò, tale processo, nato relativamente alla materia economica e poi esteso al campo sociale e politico, si è dapprima avviato e successivamente sviluppato proprio nell’ambito descritto dall’art. 11 Cost., quello volto ad assicurare “*la pace e la giustizia fra le Nazioni*” ed in particolare tra i Paesi europei, che nelle due guerre mondiali del Novecento si trovarono su fronti contrapposti.

²² “Si è sentito ripetutamente parlare, in conformità all’art. 6 della Convenzione, di una personalità internazionale della C.E.C.A.; poi si è sentita attenuare questa idea con mano delicata da uno dei maestri italiani del diritto internazionale; la si è sentita anche contestare, ma solo in via di eccezione, con considerazioni

Senonché, il pensiero di Rolando Quadri non costituisce affatto eco di presunte teorie sovraniste²³. Ed anzi, è un pensiero giuridico - costituzionale molto attento a ciò che avviene nella realtà, in relazione all'idea di Stato che lo stesso Quadri ha propugnato²⁴.

In tal modo, il Quadri si ferma, nella sua valutazione, al primo passo, restando legato al rigore giuridico-formale della sua tesi, cosicché l'applicazione diretta del diritto europeo negli ordinamenti nazionali, così come avviene per i regolamenti del Parlamento e del Consiglio e per le direttive *self - executing*²⁵, è sempre rimessa alla

decisive quali quelle che sono consegnate nel Rapporto fondamentale. Orbene, questo problema della personalità è uno dei sintomi – io credo – di una certa retorica che si è notata intorno a questa Istituzione”. Così R. Quadri, cit., *Sovranità e Libertà in relazione alle istituzioni sovranazionali. L'efficacia degli atti sovranazionali nei confronti degli individui*, in *Scritti giuridici*, III, *Diritto delle Comunità europee-Diritto pubblico - Teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1988, Milano, p. 5.

²³ Invero, è bene sgombrare il campo da ogni possibile equivoco e rilevare che il sovranismo è cosa ben diversa dal pensiero di Rolando Quadri, così come la sovranità è cosa diversa dal sovranismo/populismo.

²⁴ Ossia un'aggregazione sociale e un coordinamento di organi, di istituzioni e di autorità, aventi un momento unitario che si definisce Stato. Questa è l'idea complessa di Quadri, in ordine alla quale la sua concezione di sovranità è una conseguenza. “Nessun concetto, forse, è apparso ed appare più difficile ad essere determinato di quello dello Stato, espressione di conio relativamente recente e che vien fatta risalire al Machiavelli. Le divergenze di opinioni sono insanabili [...] Ove si voglia dare un'idea più concreta di tali divergenze basterà dire che nel linguaggio comune vengono indicate come Stati entità che presentano caratteri i più eterogenei che pensar si possa, mentre lo stesso termine non viene applicato ad entità le quali possono per più titoli aspirare ad una tale denominazione”. Ciò darebbe luogo, secondo Quadri, ad uno dei casi di “caos terminologico” che, talvolta, è dovuto al “lento adattarsi della terminologia alle trasformazioni dell'universo politico”. Così R. Quadri, *Appunti di diritto pubblico generale*, cit., 6. Circa la storia del nome “Stato”, O. Condorelli, *Il nome “Stato” in Machiavelli*, in *Archivio Giuridico*, 1923; Id., *Per la storia del nome Stato*, in *Archivio Giuridico*, 1929; V. E. Orlando, *Il nome di Stato*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954. Si consenta, altresì, di rinviare a D. Granara, *L'idea di Stato in Rolando Quadri nella prospettiva comparatistica*, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, pp. 367.

²⁵ Il problema dei rapporti tra fonti euorunitarie e fonti nazionali e l'affermazione dei principi del primato e della diretta applicabilità delle prime ha percorso un cammino non semplice, attraverso un animato dialogo (se non vero e proprio conflitto) fra la Corte costituzionale italiana (e non solo, avendo vissuto altri Paesi membri, come la Germania, una vicenda analoga) e la Corte di Giustizia europea. Inizialmente, infatti, la Corte Costituzionale sosteneva l'autonomia degli ordinamenti interno ed europeo (sentenza 24 febbraio 1964 n. 14, in *Consulta Online*, all'indirizzo www.giurcost.org, cui fece da contrappunto la sentenza della Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. ENEL*), nel senso, da un lato, della superfluità di atti interni di recepimento del diritto europeo, che poteva esplicare effetti diretti nell'ordinamento dello Stato membro; dall'altro, però, le fonti interne ed europee, in quanto di pari grado, si sarebbero dovute rapportare secondo il criterio cronologico, con conseguente possibilità, per il diritto interno, di disporre in contrasto con il diritto europeo. La tesi venne recisamente respinta dalla Corte di Giustizia. La svolta si ebbe con la sentenza Corte Cost. 27 dicembre 1973 n. 183, *Frontini*, in *Consulta Online*, all'indirizzo www.giurcost.org, la quale, proprio in forza dell'art. 11, riconobbe la primazia del diritto europeo. Infatti, “la legge 14 ottobre 1957, n. 1203, con cui il Parlamento italiano ha dato piena ed intera esecuzione al Trattato istitutivo della C.E.E., trova sicuro fondamento di legittimità nella disposizione dell'art. 11 della Costituzione, [la quale] segna un chiaro e preciso indirizzo politico: il costituente si riferiva, nel porla, all'adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite, ma si ispirava a principi programmatici di valore generale, di cui la Comunità economica e le altre Organizzazioni regionali europee costituiscono concreta attuazione. È sufficiente considerare le solenni enunciate contenute nel preambolo del Trattato, e le norme concernenti i principi (artt. 1 e seguenti), i fondamenti

volontà dello Stato che la consente e che, sempre secondo tale impostazione, potrebbe revocare il suo consenso.

(artt. 9 e seguenti), e la politica della Comunità (artt. 85 e seguenti), per constatare come la istituzione della C.E.E. sia stata determinata dalla comune volontà degli Stati membri di "porre le fondamenta di una unione sempre più stretta tra i popoli europei", diretta "ad assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l'Europa", e ciò nel preciso intento di "rafforzare le difese della pace e della libertà, facendo appello agli altri popoli d'Europa, animati dallo stesso ideale, perché si associno al loro sforzo", nonché di "confermare la solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare, desiderando assicurare lo sviluppo della loro prosperità conformemente ai principi dello Statuto delle Nazioni Unite". Non è dunque possibile dubbio sulla piena rispondenza del Trattato di Roma alle finalità indicate dall'art. 11 della Costituzione", con il quale il Costituente ha definito "l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale: ed a tale scopo ha formalmente autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie "limitazioni di sovranità". Questa formula legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale. Alla Comunità economica, aperta a tutti gli altri Stati europei (art. 237 del Trattato), e concepita come strumento di integrazione tra gli Stati partecipanti, per fini comuni di sviluppo economico e sociale, e quindi anche per fini di difesa della pace e della libertà, l'Italia e gli altri Stati promotori hanno conferito e riconosciuto determinati poteri sovrani, costituendola come istituzione caratterizzata da ordinamento giuridico autonomo e indipendente. In particolare, con l'art. 189 del Trattato istitutivo, è stato attribuito al Consiglio e alla Commissione della Comunità il potere di emanare regolamenti con portata generale, ossia, - secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza comunitaria e da quella ormai concorde dei diversi Stati membri, nonché dalla dominante dottrina -, atti aventi contenuto normativo generale al pari delle leggi statuali, forniti di efficacia obbligatoria in tutti i loro elementi, e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, cioè immediatamente vincolanti per gli Stati e per i loro cittadini, senza la necessità di norme interne di adattamento o recezione". Sulla efficacia diretta del diritto eurounitario come "trasformazione automatica", cfr. R. Quadri, *Convegno di studi sulla politica sociale della Comunità Economica Europea*, in *Scritti giuridici*, III, cit. 17. La predetta sentenza ha corrispondentemente inaugurato la cd. teoria dei controlimiti, escludendo che le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost., "concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali" (Corte Cost. 27 dicembre 1973, n. 183). La teoria ha trovato il suo più recente approdo nel noto caso Taricco, dove la Corte Costituzionale ha consolidato lo sbarramento all'ingresso delle norme sovranazionali, ancorandolo non solo e non tanto ad un limite di diritto interno, bensì ad una tradizione costituzionale comune dei Paesi dell'Unione, la quale non osta e non può ostare alle maggiori tutele dei diritti garantite dagli ordinamenti degli Stati membri che la costituiscono. Cfr. Corte Cost. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in *Giur. Cost.*, 2017, I, p. 171 (nota di: M. Esposito, A. Celotto) e 31 maggio 2018, n.115, in *Giur. Cost.*, 2018, 3, p. 1296 (nota di: R. Calvano, A. Celotto, F. B. Giunta). Il percorso dei rapporti tra diritto interno ed eurounitario ha trovato compimento con la sentenza 8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, con la quale la Corte costituzionale, fermi restando i controlimiti, ha sancito l'obbligo di disapplicazione del diritto interno contrastante con quello europeo, secondo un meccanismo di sindacato di costituzionalità diffuso in capo ai singoli giudici, chiamati a verificare caso per caso, da un lato, la eventuale violazione indiretta dell'art. 11 Cost. da parte delle norme interne, con conseguente loro disapplicazione, e, dall'altro, l'eventuale violazione dei controlimiti da parte del diritto europeo, quale unico limite al primato di esso. Per un approfondimento sul punto, cfr. la accurata ricostruzione di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2022, 318 ss.

Secondo il Quadri, “quanto alle Comunità europee, un ruolo importante in favore della loro personalità internazionale è stato giocato dal loro sedicente carattere *sovranazionale*. Se si crede che le organizzazioni internazionali si caratterizzano per il fatto che esse sostituiscono i governi nell’esercizio diretto dei poteri sovrani nei confronti dei sudditi degli Stati membri senza bisogno della interposizione dei governi degli Stati stessi ovvero che esse costituiscono dei fenomeni federali o anche delle zone di frontiera tra l’internazionalismo e il federalismo, è più facile rappresentarle come persone di DI [Diritto Internazionale]. Accentuando l’analogia delle loro funzioni con le funzioni sovrane dello Stato, ci si avvicina di più all’idea della loro giustapposizione agli Stati nel seno della Comunità internazionale. Ma, a nostro avviso, sono idee false che non hanno alcuna base nella realtà. In effetti le Comunità europee [...] non dispongono affatto di un potere coercitivo capace di mettersi in contatto diretto, fisico, con i soggetti degli Stati membri, non hanno dunque alcun potere sovrano, non esercitano mai uno *ius imperii*, sono semplici organizzazioni internazionali”²⁶.

Di qui l’idea, propria del realismo giuridico, che l’applicazione diretta delle fonti europee prevista dal Trattato del 1957 e poi oggi dall’art. 288 TFUE, dipende sempre dalla volontà dello Stato che quel trattato ha ratificato ed al quale conferisce permanente forza, senza la quale nel territorio dello Stato nessuna fonte sterna può applicarsi.

Con ciò non si intende svalutare l’apporto prezioso della teoria del Quadri nella ricostruzione dell’ordinamento europeo, ma l’esperienza di quasi settant’anni di applicazione diretta delle fonti europee sempre più in espansione ad opera della giurisdizione interna in attuazione dei due principi fondamentali della Costituzione sopra esaminati, di cui all’art. 11 Cost., induce invece a ritenere l’Unione Europea un processo di integrazione fra gli Stati verso un modello federale²⁷.

Questo è il passaggio successivo, che il Quadri non apprezza, poiché, nella sua straordinaria concretezza e lucidità, non assegna rilievo di diritto positivo ad uno schema valoriale.

Il percorso giuridico – intellettuale di Rolando Quadri è la premessa di questa evoluzione, ma non ne è il necessario presupposto. Di qui il suo realismo, al quale tutti ci richiama, con il solito disincanto.

²⁶ R. Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, cit., 533. In tal senso, cfr. anche ID., *Qualche considerazione sulla politica regionale della C.E.E.*, in *Scritti giuridici*, III, cit. 100, e ID., *Convegno di studi sulla politica sociale della Comunità Economica Europea*, in *Scritti giuridici*, III, cit. 13 ss. Con riferimento al pensiero del Quadri sulle Comunità Europee, cfr., A. L. Valvo, *La natura giuridica delle Comunità europee (ora Unione europea) nel pensiero di Rolando Quadri*, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, 331 ss.

²⁷ Nel senso che le Comunità europee siano fenomeni totali o parziali federali, Rolando Quadri (in *Apunti di diritto pubblico generale*, cit., 100) si riferisce a N. Catalano, *La Comunità Economica Europea e l'Euratom*, Giuffrè, Milano, 1957, 244 ss.; G. Sperduti, *La C.E.C.A. – Ente Supranazionale*, Padova, 1960, 19 “(che parla di ‘analogie... sia con lo Stato federale, sia con la confederazione di Stati!)”. sulla figura dello Stato federale, cfr., altresì, R. Quadri, *Stato (diritto internazionale)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XII, Torino, UTET, 1940.

Bibliografia

- Arangio-Ruiz, V. *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1954.
- Azzariti, G. “La pace attraverso il diritto. Una conferenza internazionale per la sicurezza tra le Nazioni”, in G. Azzariti (A cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- Bettinelli, E. *La Costituente: Veni Creator Spiritus...*, in occasione dell’Inaugurazione dell’Anno accademico 2005-2006, Università Di Pavia, 16 Gennaio 2006, https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/BETT/BETTINELLI_UnivPavia16_01_06.pdf
- Bifulco, R. “La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito”, *Rivista AIC*, 4/2014.
- Cafari Panico, R. “I primi passi dell’integrazione europea nel pensiero di Rolando Quadri”, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024.
- Cannizzaro, E., *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, il Mulino, 2021.
- Catalano, N. *La Comunità Economica Europea e l’Euratom*, Milano, Giuffrè, 1957, 244 ss.
- Chiappetta, A. “Il costituzionalismo moderno alla prova di un nuovo conflitto: l’impermeabilità delle regole come baluardo del principio pacifista” *DPCE online*, Sp-1/2024, 97 ss.
- Clarich, M. “L’Europa e il dopo Brexit. Un nuovo paradigma?”, *Unione Europea. 60 anni e un bivio*, Eurilink University Press, 81 ss.
- Condorelli, O. “Il nome “Stato” in Machiavelli”, in *Archivio Giuridico*, 1923.
- Condorelli, O. “Per la storia del nome Stato”, in *Archivio Giuridico*, 1929.
- Constanzo, P., Mezzetti, L., Ruggeri, A. *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2022, 318 ss.
- Di Lorenzo, A. “La politica sanitaria e l’idea di sovranità nel pensiero di Rolando Quadri”, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024.
- Flick, G. M. “I Diritti Fondamentali e il Multilevel: Delusioni e Speranze, *Fundamental Rights at Multilevels: Disappointments and Hopes*”, in *Cassazione Penale*, fasc.7, 2019.
- Giuliano, M. *La Comunità internazionale ed il diritto*, Padova, 1950, 221.
- Granara, D. “L’idea di Stato in Rolando Quadri nella prospettiva comparatistica”, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024.
- Guastini, R. *Il diritto come linguaggio*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2006.
- Kelsen, H. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990.
- Orlando, V. E. *Il nome di Stato*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954.
- Quadri, R. “Stato (diritto internazionale)”, in *Nuovo Digesto Italiano*, XII, Torino, UTET, 1940.

- Quadri, R. *Diritto Internazionale Pubblico*, V ed., Napoli, Liguori, 1968.
- Quadri, R. *Appunti di diritto pubblico generale*, Napoli, Liguori Editore, 1971.
- Quadri, R. “Scritti giuridici”, in *Diritto delle Comunità europee, Diritto pubblico, Teoria generale del diritto*, Vol. III, Milano, Giuffrè Editore, 1988.
- Quadri, R. “Sovranità e Libertà in relazione alle istituzioni sovranazionali. L’efficacia degli atti sovranazionali nei confronti degli individui”, in *Scritti giuridici, III, Diritto delle Comunità europee-Diritto pubblico - Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988.
- Sinagra, A., Bargiacchi, P. *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2016.
- Sinagra, A. “Sessant’anni di “integrazione europea”. Molte ombre e poche luci”, in *Percorsi costituzionali*, 2016, 314 ss.
- Sinagra, A. “La soggettività giuridica internazionale nel pensiero di Rolando Quadri”, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, 39 ss.
- Sperduti, G. “Sulle “limitazioni di sovranità secondo l’art. 11 della Costituzione”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1978, 473-484.
- Sperduti, G. *La C.E.C.A. – Ente Supranazionale*, Padova, 1960.
- Triepei, H. *Völkerrecht Und Landesrecht*, Leipzig, 1899.
- Valvo, A. L. “La natura giuridica delle Comunità europee (ora Unione europea) nel pensiero di Rolando Quadri”, in *Giornata di Studi in onore di Rolando Quadri, Rolando Quadri relectures in international law*, a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, Roma, 2024, 331 ss.

**ROMAN CONSTITUTIONAL MODEL
AS AN INSTRUMENT OF PEACE
IN POST-CONFLICTUAL SOCIETIES
– NEGOTIATED SOVEREIGNTY
AND CONSOCIATIONAL DEMOCRACY****

Abstract

The subject of this paper is the search for new possible constitutional solutions for re-uniting the states divided by ongoing or frozen conflicts. Based on some recent experiences, especially Dayton accord that ended the war in Bosnia and Herzegovina, author believes that roman constitutional model, as opposed to commonly diffused Germanic or Anglo-Saxon model, constitutes a more useful resource of rules that could be basis for developing new legal instruments to resolve current and future conflicts. Among them, of special interest are the idea of complex electoral system with guaranteed seats for certain societal groups and voting by not necessarily territorial-based electoral units, imperative mandate as an element of direct democracy, the “negative power”, i.e. the possibility of some political bodies to block the decisions of other bodies, and the decision-making by consensus of the members of political bodies.

Keywords: *war, peace, democracy, Roman law, sovereignty, republic, intercession, veto, negative power.*

* PhD, Research Fellow, Institute of Comparative Law of Belgrade.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2323-9076>

E-mail: s.alicic@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

RIMSKI USTAVNI MODEL KAO INSTRUMENT MIRA U POST-KONFLIKTUALNIM DRUŠTVIMA – PREGOVORNI SUVERENITET I KONSOCIJACIONA DEMOKRATIJA

Apstrakt

Predmet ovog rada je potraga za novim mogućim ustavnim rešenjima za ponovno ujedinjenje država podeljenih tekućim ili zamrznutim sukobima. Na osnovu nekih nedavnih iskustava, posebno Dejtonskog sporazuma kojim je okončan rat u Bosni i Hercegovini, autor smatra da rimski ustavni model, za razliku od uobičajeno rasprostranjenog germanskog ili anglosaksonskog modela, predstavlja korisniji izvor pravila koja bi mogla da budu osnov za razvoj novih pravnih instrumenata za rešavanje sadašnjih i budućih sukoba. Među njima su od posebnog interesa ideja o složenom izbornom sistemu sa zagantovanim mandatima za određene društvene grupe i glasanjem ne nužno teritorijalno zasnovanih izbornih jedinica, imperativni mandat kao element neposredne demokratije, "negativna moć", odnosno mogućnost nekih političkih organa da blokiraju odluke drugih organa i donošenje odluka konsenzusom članova političkih tela.

Ključne reči: *rat, mir, demokratija, rimsko pravo, suverenitet, republika, posredovanje, veto, negativna moć.*

1. Introduction - Failed states

The idea of state is, in the historical context, a relatively recent idea. First ever use of the word (it. *Stato*) is usually attributed to Machiavelli, and the first development of the theory of state we own to Hobbs.¹ The most commonly accepted definition is the one that Max Weber gave in the 1918: “human community that (successfully) claims the monopoly of the legitimate use of physical force within a given territory”.²

The notion of state, without which we couldn't imagine public law nowadays, didn't even exist before the creation of absolute monarchies in the XVI and XVII centuries.³ Since than, and even more so after the creation of the nation-states in the XVIII and XIX century, the state became a new reality: an organization that exercises sovereignty, or, in the words of Rolando Quadri, an organization that “has organs possessing irresistible force over individuals” (*organi dotati di forza irresistibile sugli individui*).⁴

Between the Peace of Westphalia of 1648 and the creation of the United Nations in the 1945, the European countries built a new system of international law, radicated in ideas of Hugo Grotius; the so called westphalian system. Contrary to all of previous systems of international law based on principle of hierarchy and subordination of political entities and shared sovereignty between “universal power” (Empire), “intermediate” political entities, and client and vassal entities, the westphalian system, especially after the formal abolition of the Holy Roman Empire in the 1806 and creation of the Concert of Europe in 1815, was based on the idea of independence and equality of states, as the only legitimate subjects of sovereignty.

Both in the field of international law and domestic law, states were the only subjects who could legitimately use force, which included also the right to conduct wars with other countries (*ius ad bellum*). Very detailed and carefully elaborated rules regulating the proclamation of war, conduct of war, and concluding the peace treaties, partially based on previous ideas from ancient and medieval law, were created in both doctrine and praxis between 1648 and 1945.

The westphalian system regarding *ius ad bellum* was abolished with the promulgation of the Charter of the United Nations in the 1945, which in the article 2 paragraphs 3-4 prohibited the war as a mean of resolving disputes between states.⁵ In the past, only

¹ T. Hobbs, *Leviatan*, London: Andrew Crooke, 1651.

² ...der moderne Staat ein anstaltsmäßiger Herrschaftsverband ist, der innerhalb eines Gebietes die legitime physische Gewaltsamkeit als Mittel der Herrschaft zu monopolisieren mit Erfolg getrachtet hat... - M. Weber, „Politik als Beruf“, *Gesammelte politische Schriften*, Potsdam: Institut für Pädagogik der Universität Potsdam, 1919, 402.

³ In antiquity, the sovereignty depended to community of citizens, and there was no idea of state as an organization that exercises the monopoly of force. In feudal society, hardly any ruler or feudal lord could claim a complete monopoly of force. Autonomous communities, Church, and powerful vassals, among others, would put limits to it.

⁴ R. Quadri, *Scritti giuridici. Diritto della Comunità europea. Diritto pubblico. Teoria generale del diritto*, Vol. III, Milano: Giuffrè, 1988, 5-6.

⁵ The war between states is allowed only in the case of defense of foreign attack (art. 51).

states had the *ius ad bellum*; and the UN Charter has taken this right away only from them, and not from sub-national and supranational bodies.

The civil wars are not prohibited by the international law; nor they could be, because they are internal affairs of respected countries, out of the field of international law. Consequently, most of the wars in the post-WWII era were civil wars.

Furthermore, the articles 24 and 25 and the title VII of the Charter of UN allow military operations for “peace keeping” with the permit of Security Council. In that manner, the UN became, paradoxically, a side in some civil wars, like the Korean War (1950-1953). To make matters worse, many countries and international organizations conducted military interventions in other states under the pretext of “peacekeeping” (or using some other euphemism like “humanitarian intervention”), even without the permit of the Security Council, usually taking side in an already existing internal conflict.⁶

The limitation of the legal capacity of states in international law, by abolishing their right to resolve the conflicts among them, if they cannot be resolved in a peaceful manner, by classical wars, had a catastrophic impact, especially on the third world countries. Instead of direct confrontation, the conflicts among great powers about the spheres of influence are resolved by “proxy wars”: by igniting a civil war in another country, or taking side in an already existing conflict by “peace keeping mission”.

Since 1945, civil wars have become increasingly and steadily more numerous, more protracted, and more brutal.⁷ In great parts of the world, especially in South Asia, Africa and South America, civil war became an almost endemic situation, because new and vulnerable states created in the processes of decolonization and partition of the Soviet Union became battlefields for proxy-wars among great powers. Several dozen countries do not have complete control over their own territory in this moment. Such countries are often labeled as “failed states”: they aspire to be states, and are recognized as such by other countries, but in practice they do not match the abovementioned definition of state, because they lack the “irresistible force”: the monopoly of power on parts of their territory is *de facto* in the hands of various sub-state entities and rebel movements.

2. Problem of reconstruction of post-conflict societies – The interesting case of Bosnia and Herzegovina

One of the reasons for this global crisis is that there are no universally accepted legal solutions for resolving internal conflicts. The existing rules of war are made to resolve international conflicts among the states, and not conflicts between rebel militias, tribal groups, etc, in which other countries participate only indirectly.

⁶ For example, NATO bombing of the Federal Republic of Yugoslavia in 1999 was a continuation of the Kosovo War, while the Russian invasion of Ukraine in 2022 was a continuation of the War in Donbass.

* This designation is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244/1999.

⁷ According to the data of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, at the moment of writing this article there were more than 110 armed conflicts in the world, some lasting for more than 50 years, www.geneva-academy.ch, 26 July 2024.

There are, mostly, three ways how the civil wars get ended nowadays:

- Military defeat and total destruction of one of the sides of the conflict, and re-establishment of state sovereignty over the territory by brutal force.⁸
- Frozen conflict, with a possibility of a new escalation.⁹
- Secession and creation of new, internationally recognized country.¹⁰

There are very few cases in which a peace agreement between warring parties would be concluded, that would at the same time brought to re-establishment of the state sovereignty, offer guarantees of safety for all of the ex-warring parties, and bring more or less lasting and sustainable peace. Certainly, the case of Lebanon is one of them; but the author of this article found more interesting the case of Bosnia and Herzegovina.¹¹

Hardly any peace agreement has been so much criticized and faced so much hostility and disdain by legal scholars, as Dayton Agreement of 1995 (officially: *General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*).¹² Still, this document not only successfully ended the war, but made possible probably the most successful reconstruction of a war-divided country in recent history. In spite of diffidence and prophecies of various experts that it wouldn't last for a long, it lasts for almost 30 years by now.¹³

⁸ This is the most common and least desirable way to end a war. It is usually followed by a wave of refugees and humanitarian crisis. We saw it, for example, in Vietnam War, Biafran conflict in Nigeria, Krajina conflict in Croatia, Tamil uprising in Sri Lanka, and, very recently, War in Afghanistan, and Nagorno Karabakh conflict in Azerbaijan.

⁹ For example, cases of Somaliland, Transnistria, Abkhazia, South Ossetia, North Cyprus, Kosovo*, Korea and Taiwan.

¹⁰ No need to give examples for it: the number of sovereign countries more than doubled from the 1945, from 99 to 195. It is not the end of the process: there are dozens of active secessionist movements in the world.

¹¹ On Bosnian war see for example: S. Broz, *I giusti nel tempo di male – testimonianze dal conflitto bosniaco*, Trento: Erickson, 2015; C. R. Shrader, *The Muslim-Croat Civil War in Central Bosnia – A Military History*, Texas A&M University Press, Lewis 1992-1994; F. Christia, *Alliance Formation in Civil Wars*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012; A. Finlain, *Le guerre nella Jugoslavia. 1991-99*, Gorizia: Libreria editrice goriziana, 2014; G. Jelisić, *Uomini e non uomini – La guerra in Bosnia Erzegovina nella testimonianza di un ufficiale jugoslavo*, Verona: Zambon, 2013; J. R. Shindler, P. Karlsen, *Jihad nei Balcani. Guerra etnica e al-Qa'ida in Bosnia (1992-1995)*, Gorizia: Libreria editrice goriziana, 2009.

¹² On perception of Dayton peace agreement and on bosnian constitution see for example L. Leone, S. Ziliotto (a cura di), *Dayton, 1995 – la fine della guerra in Bosnia ed Erzegovina e l'inizio del nuovo caos*, Infinito edizioni, Formigine 2020; S. Bose, *Bosnia after Dayton – Nationalist Partition and International Intervention*, C. Hurst & Co., London, 2002; L. Montanari, „La complessa soluzione istituzionale adottata in Bosnia ed Erzegovina: finalità ed effetti nel passare del tempo“, *European Diversity and Autonomy Papers* EDAP 02/2019, 6-27; J. Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina – dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Cedam, Padova, 2008; D. P. Golić, „Ustavopravni položaj predsjednika Republike Srpske u svjetlu uporednog prava“, *Strani pravni život*, 2/2021, 231-247

¹³ Given how much Bosnia and Herzegovina suffered in the war (more than 100.000 dead and over 2.000.000 of refugees in a country of less than four and a half million of inhabitants), today it might appear to an observer from abroad to be in relatively good shape. There are no walls or other physical barriers that separate members of various ethnic groups, as in Cyprus or Palestine. The traveler can pass the administrative borders of various regions, which were once the battle lines, without realizing it. Many refugees have returned home and many inhabited places are multi-ethnic again. Ethnic violence is almost

Dayton agreement created a specific constitutional system, not comparable to any other in the world. We shall mention only some of its peculiar characteristics.

Constitution of Bosnia and Herzegovina is actually an annex of Dayton peace agreement, so it is a document created in international contractual form, because the agreement was signed not only by representatives of Bosnia and Herzegovina, but also of the other countries involved in Bosnian War (Serbia and Croatia), and representatives of interested great powers.

The constitution guaranties a special status of the three major ethnic groups of Bosnia and Herzegovina, who were also sides in conflict (Bosniaks, Serbs and Croats), and indicated them as “constituent peoples” (*konstitutivni narodi*). Their representatives participate in different organs in which decisions are to be made by consensus or by qualified majority, including the three-member Presidency, and the upper chamber of the Parliament, making Bosnian political system a kind of consociational democracy.¹⁴ Citizens of Bosnia, who are not members of the three ethnic groups mentioned above, cannot be elected members of the Presidency or deputies in the Upper House.¹⁵

non-existent and the danger of terrorist attacks is lower than in Western countries. The economic situation is comparable to that of other non-EU Balkan countries, such as Serbia and Montenegro, but also to that of some EU countries such as Bulgaria, and is probably better than in North Macedonia, Albania or Turkey. There are problems, especially corruption and economic difficulties, but they are mostly not a direct consequence of the war. In short, life in Bosnia and Herzegovina is not significantly different from that of other countries of similar level of economic development that have not suffered from recent conflict. However, in the West, the Bosnia case is not considered a success, and the Bosnian model is generally not seen in favorable light.

¹⁴ The Presidency of Bosnia and Herzegovina is a collegial body, a sort of triumvirate, in which decisions are usually taken with the consent of the representatives of the three “constituent peoples”. In the event that two members agree on a decision, the third has the right of veto, the exercise of which blocks the execution of the decision. If confirmed by two thirds of the members of the Assembly of the Republic of Srpska (when used by the Serbian representative) or by two thirds of the members of the delegation of an ethnic group in the House of Peoples (when used by a Croat or a Bosniak), the veto repeals permanently the decision of the Presidency (art. V of the Constitution). Even in Parliament, there is the institution of a suspensive veto. In the House of Peoples, the upper chamber of the Bosnian parliament, in the case of dissent among the delegations of the three peoples, the majority of the Serbian, Bosniak or Croatian delegates can declare any decision harmful to the interests of their people. In this case, if the problem cannot be resolved in parliament through mediation, the assembly’s decision is suspended and the case referred to the Constitutional court. Despite the constitutional proclamation of the equality of all citizens before the law, the votes of members of the various ethnic groups do not have the same weight, given that there is positive discrimination against the less numerous ones. For example, Croats are twice less numerous than Serbs and three times less numerous than Bosniaks, but still have an equal number of representatives in the Upper House and in the Presidency.

¹⁵ The fact that not every citizen can be a candidate for all political functions has created problems, because this calls into question the existence of the principle of equality of citizens. In that regard, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights promulgated on 22 December 2009 the judgment against Bosnia and Hercegovina in the case *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (27996/06 and 34836/06), on the basis of violation of Article 14 of the European Convention on Human Rights. The plaintiffs were two Bosnian citizens, respectively of Roma and Jewish ethnicity, who as such had not been able to run for the Presidency and for the Upper House of Parliament. Nonetheless, Bosnia and Herzegovina has not changed its Constitution in the meantime.

There are also elements in the Constitution that make Bosnia and Herzegovina effectively a protectorate of the international community, and not a completely independent state, especially in regard of institution of High Representative and in composition of the Constitutional Court.¹⁶

Bosnia and Herzegovina has a complex territorial structure with a wide autonomy of various territorial bodies, both with regard to the executive power (including police forces) and the legislative power.¹⁷

3. Negotiated sovereignty - For a future post-conflictual constitutional law

The idea that a change of the state borders could be a peace-making remedy is wrong in most cases. Not only because the inviolability of sovereignty and territorial integrity of states should remain an essential principle of international law,¹⁸ but also because even when a secession of a part of a country, or a transfer of a portion of territory to another country, is recognized by the state from which the territory is taken away, it rarely brings peace. Often, a new endangered minority is created in that way, and a

¹⁶ Out of nine members of the Constitutional court, three are not elected by the bodies of Bosnia and Herzegovina, but by the President of the European court for human rights, and these three judges cannot be citizens of Bosnia and Herzegovina, nor of the neighboring countries: Serbia, Croatia and Montenegro (art. VI of the Constitution). Finally, not in the Constitution, but in the Annex 10 of the Dayton Agreement, the function of the High Representative for Bosnia and Herzegovina is established. He represents the Council for the Implementation of Peace, an international organization of 55 countries and entities interested in implementing the provisions of the Dayton Peace Agreement. At the Council meeting in Bonn in 1997, the High Representative was granted enormous powers, allowing him, among others, to enforce binding decisions if Bosnian bodies hesitate to do so and to remove public officials, including democratically elected ones, if he believes that they are hindering the implementation of the Peace Agreement. Using these powers, the High Representative has, among other things, made changes to the Constitution of the Republic of Srpska, proclaimed various laws by decree without any parliamentary procedure, dismissed and sometimes disfranchised many officials, including members of parliament, ministers and judges. No appeal is possible against his decisions.

¹⁷ The country is divided into two entities, the nature of which is not specified: the Republic of Srpska (*Republika Srpska*) and the Federation of Bosnia and Herzegovina (*Federacija Bosne i Hercegovine*), previously known as the Croatian-Muslim Federation (*Hrvatsko-Muslimanska Federacija*) or, in common parlance, simply known as the Federation. The Republic of Srpska comprises 49% of the territory and is organized as a unitary entity. The Federation, however, which includes 51% of the territory but more than 60% of the country's inhabitants, is divided into ten autonomous cantons. Legislative power is shared between the so-called "common organs" of Bosnia and Herzegovina, the entities (the Republic of Srpska and the Federation), and, in the case of the Federation, the assemblies of the cantons. Finally, the Brčko District, a territory whose final status was not specified during the peace negotiations, enjoys a special status. The District is in theory a condominium of the Federation and the Republic of Srpska; in practice it enjoys vast autonomy.

¹⁸ In favor of this principle, see: A. Sinagra, "Sovranità dello Stato e divieto di ingerenza nei suoi affari interni", *Ordine internazionale e diritti umani* 2015, 780-787; A. Sinagra, "In difesa della sovranità dello stato (In Defence of Sovereignty)", *Cross-border Journal for International studies* 4/2015, 7-16.

setting for a new war is staged.¹⁹ Protectorate or foreign intervention are also not a solution; they are contrary to the principle of state sovereignty too, and usually only create a frozen conflict.

Experts in the field of constitutional law should have a major role in peace negotiations, apart of diplomats and experts of international law. Not the change of borders, but the change of the constitutional structure of a state must be solution. Even when there is a will to end an international conflict and restitute the occupied territories to another country, it is possible that some constitutional instruments could be needed to re-incorporate these territories.²⁰

Federalization or territorial autonomy can help,²¹ but not always. The protagonists of contemporary wars are increasingly the various communities and social groups that may lack international recognition, or the ability to effectively control the territory and create a state organization, or both: various ethnic, religious, tribal and regional groups; political groups and factions; paramilitary organizations, guerrilla groups, resistance movements, etc. Genuine peace can only be achieved if those who waged the war agree to end it. In a war-divided country, the lasting peace and the re-establishment of state sovereignty can be at the same time gained only if warring parties accept to surrender their de-facto sovereignty established in war to the state. But, in change of what would they accept to negotiate it?

When the social fabric is irreparably torn apart by war, it can no longer unite under absolute power. Why should communities, which have fought a war, have mutual trust immediately after the war? This is not just a question of democracy: the smaller side in a divided society could feel in danger, even when it is subjected to the absolute power of the majority in a democratic state. Classical, Anglo-American model based democracy, established on principle that the democratic government is elected by majority

¹⁹ For example, after the intention of Great Britain to give independence to Ireland became clear, the members of the protestant community who didn't wanted to stay in the newly created country started arming themselves, initiating the North Ireland conflict. A lot of countries faced civil wars soon after independence, the South Sudan which gained independence in 2011 being the freshest example: the independence was followed by a brutal civil war (2013-2020), and *de facto* division of South Sudan. The idea of (partially recognized) Kosovo* independence as a mean to protect civil rights of Albanian minority, means in practice oppression for Serbian minority in Kosovo*; the government of Kosovo* does not exercise effective control in the regions with Serbian majority, especially in the north of the region. It is unacceptable that Russian-occupied parts of Ukraine be either returned to Ukraine or ceded to Russia, without guarantees for return of refugees and security of minorities on the "wrong" side of the border. And, who thinks that two-state solution would put an end on Palestinian conflict, is either a propagator of ethnic cleansing, or is unaware of the fact that there are more than 2.000.000 Arabs in Israel proper, and more than 700.000 Israelis living on occupied territories.

²⁰ If we suppose that for some reason NATO troops would suddenly withdraw from Kosovo*, or Russian troops from Crimea and Donbass, remains unanswered question how would be these territories re-incorporated in respective countries, and would there be a continuation war if local population wouldn't accept such an arrangement?

²¹ On the specific case of Hong Kong see for example V. B. Ćorić, F. F. Fernandez Jankov, „Autonomija Hong Konga na osnovu principa jedna država dva sistema: preispitivanje koncepta međunarodne obaveze“, *Strani pravni život* 1/2021, 79-89.

of popular votes, offers no guarantee that the opinion of the minority will be respected, and can hardly function in divided societies. We should try something else.

The Bosnian experience is just one example of how conflicts can be resolved; but it is an *ad hoc* solution based on local conditions, and, by the way, has many flaws even in that regard. It is not a universal model that could be followed.

The possible source of a universal model for solving of the problem of “failed states” is the roman constitutional model. As many scholars, first of all professors Pierangelo Catalano and Giovanni Lobrano, have convincingly demonstrated with their research,²² the reception of ancient ideas in the modern age has led to the creation of constitutions, which we can indicate as based on “roman” model, in the sense that these constitutions share some main ideas deriving from antiquity, such as popular sovereignty, direct democracy and the unity of power. This current of thought, which finds its root in Rousseau,²³ has played an important role in the formation of various political ideologies, above all the revolutionary ones, and, through them, has influenced modern constitutionalisms. Some of the constitutions that depend to this model are Jacobin, Bolivarian, and socialist constitutions, and the Swiss constitution.²⁴ As such, the “roman” constitutional model contrasts with nowadays dominant “Germanic” or “Anglo-Saxon” one, based mainly on English constitutionalism and ideas such as state sovereignty, representative democracy and the separation of powers; this model, as is well known, spread among the thinkers of continental Europe mostly thanks to its acceptance by Montesquieu.

Here are some of the solutions of the roman constitutional model that possibly could be useful.

²² See for example: P. Catalano, “A proposito dei concetti di rivoluzione nella dottrina romanistica contemporanea (tra rivoluzione della plebe e dittature rivoluzionarie)”, *SDHI* 77/1977, 440-455; P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino: Giapichelli, 1965; P. Catalano, *Populus romanus Quirites*, Torino: Giapichelli, 1974; P. Catalano, „La divisione del potere a Roma (a proposito di Polibio e Catone)“, *Studi in onore di Giuseppe Grosso* 6, Giuffrè, Torino 1968-1974, 665-691; P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino: Paravia, 1971; G. Lobrano, Giovanni, “Dalla lex publica Populi Romani alla ‘loi’ della Costituzione del 1793”, *In memoria di Ginevra Zanetti. Archivio storico egiuridico sardo di Sassari. Studi e memorie*, Regesta Imperii, Sassari 1994, 263-283; G. Lobrano, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Carlo Delfino, Sassari, 1990; G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano: Giuffrè, 1982; G. Lobrano, “Dalla lex publica Populi Romani alla ‘loi’ della Costituzione del 1793”, *In memoria di Ginevra Zanetti. Archivio storico egiuridico sardo di Sassari. Studi e memorie*, Regesta Imperii, Sassari 1994, 263-283. See also: T. Alexeeva, *Principi costituzionali sovietici e diritto pubblico romano*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2, 2010, 255 ss.

²³ Especially in his most famous work, J. J. Rousseau, *Du contract social; ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762.

²⁴ On reception of roman constitutional model in Serbian and Yugoslavian constitutional history see: S. Aličić, “Sulla difesa dei diritti civili in Serbia in riferimento ad alcuni concetti giuridici romani: narodni tribuni e potere negativo”, *Roma e America – diritto romano comune* 33/2012, 19-34; S. Aličić, „Il modello di Rousseau e il costituzionalismo jugoslavo Recezione del diritto romano – principi generali e realtà contemporanea“, *Roma e America – diritto romano commune*, 40/2019, 45-54; S. Aličić, „Il concetto di „repubblica“ nelle costituzioni jugoslave: origine romana“, *Ius Romanum* 2019, 232-239; S. Aličić, „La defensa de los derechos civiles en Serbia“, *ÉFOROS. Publicación Semestral del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo – ILO*, 1/ 2014, 46-62; S. Aličić, „Le antiche radici della ideologia rivoluzionaria della Prima rivolta serba (1804-1813)“, *Roma e America. Diritto romano comune*, 38/2017, 123-141.

3.1 Seats reserved for members of certain societal group – Electoral units by principle of personality – Imperative mandate and direct democracy

The seats in the parliament guaranteed to the ethnic minorities, or other vulnerable groups, like women, are not unknown in modern constitutional law. As we have seen, in Bosnia and Herzegovina there are entire state organs completely organized on this principle, like the Upper House of the parliament and the Presidency. There were issues in Bosnia caused by the fact that the representatives are elected by territorial districts.²⁵ Much better solution would be to introduce electoral units by principle of personality. In ancient Rome, there was exactly such a voting system. One person could vote on *comitia* for making a decision in accordance with the principles of direct democracy, or for election of a magistrate, in both cases on the basis of certain criteria, depending of which *comitia* was convoked, or which public official would be elected. A Roman could vote as a member of certain *curia* (clan) if voting in *comitia curiata*; on the basis of depending to a *centuria* (military unit in which one would be conscripted on the basis of property status) if voting in *comitia centuriata*; or on the basis of dependence to a *tribus* (territorial district), if voting in *comitia tributa*; or on the basis of being a plebeian, if voting in *comitia plebis*. The electoral list (*census*) was carefully compiled and updated. The *censores*, public officials whose competence was compilation of these lists, were among the highest ranking roman magistrates.²⁶

We could think about establishment of several different levels and types of electoral units today. Once established, these electoral units and guaranteed number of seats shouldn't be changed because of demographic changes.²⁷

Also, should be added that the introduction of imperative mandate, as accepted in most of roman-model inspired constitutions, as an element of direct democracy, would further strengthen the position of voters.

There is no reason to limit the principle of reserved seats to legislative body only. It is possible to imagine in the future not only reserved seats in parliament, but also in

²⁵ The incumbent Croatian representative in Presidency Željko Komšić is widely believed to be elected mostly by Bosniak votes.

²⁶ On roman *comitia*, voting units and censuses see: P. de Francisci, "Per la storia dei «comitia centuriata»", *Studi Arangio-Ruiz* 1, Jovene Napoli 1953, 1-32; E. Schönbauer, "Die römische Centurien-Verfassung in neuer Quellenschau", *Historia* 2/1953, 21-49; E. Schönbauer, „Die Centurien-Reform“, *Studi Albertario* 1, Milano: Giuffrè, 1953, 699-737; U. Coli, "Tribù e centurie dell'antica repubblica romana", *SDHI*. 21/1955, 181-222; U. Coli, "Voce «Census»", *Novissimo Digesto Italiano* III, Torino 1959, 105-109; F. Gallo, "Voce «Centuria»", *Novissimo Digesto Italiano* III, Torino 1959, 115-116; J. Gaudemet, "Le peuple et le gouvernement de la république romaine", *Labeo* 11/1965, 147-192; F. De Martino, "Territorio, popolazione ed ordinamento centuriato", *Diritto economia e società nel mondo romano. Diritto pubblico* II, Napoli 1996, 259 ss.; U. Paananen, "Legislation in the comitia centuriata", *Senatus Populusque Romanus*, Helsinki 1993, 9-73; L. Ross Taylor, *The Voting Discripts of the Roman Republic. The 35 Urban and Rural Tribes*, American Academy, Rome 1960; R. Develin, "Comitia tributa plebes", *Athenaeum* 53/1975, 302-337.

²⁷ For example, the main reason why one-state solution for Palestine was not accepted was initial fear of unlimited Jewish immigration on the side of Arabs, and, later, the fear of the high Arab natural increase, on the side of Jews. On one-state solution see M. Masri, *Constitutional Frameworks for a One-State Option in Palestine: an Assessment*, extract from the book *Rethinking Statehood in Palestine*, Oakland: University of California Press, 2021, 225-252.

other public offices, including executive or judiciary. The principle of reserved seat has been for the first time applied in the *lex Genucia de magistratibus* in 342 b. C.,²⁸ according to which at least one of two consuls had to be plebeian. There are other solutions of that kind in the roman law, including the Edict of Augustus of Cyrene.²⁹ By this edict, it was allowed that in the province of Cyrene, whose population consisted of Greeks and Romans, mixed juries of half greek-half roman members could be created, should a greek inhabitant of that province be brought to trial.

3.2. Collective public offices - Self-organizing of citizens - Negative power and veto

All the roman magistratures, except for *dictator* nominated in a state of emergency, were collective bodies, with at least two or more members. The decision making was not based on majority of votes, but on equal power (*par potestas*) of members of the college of magistrates. Each of the members could exercise power on his own, if no other member would block him by doing so by right of intercession. By principle, the members of a college of magistrates should seek to resolve the problematic issues by consensus. If they are not able to do so, various solutions were developed to prevent the blocking of decision making, including division of competences among members of college of magistrates, or rotation by turns determined by lot.³⁰

But there are other ways of protecting rights of a societal group, apart of participating in common organs. If members of a societal group no longer see the possibility of protecting their interests before the common political organs, they would naturally self-organize. The peculiarity of the roman political system is, that to the one of such organizations was attributed a competence to bring decisions with legislative power and to elect public officials: *concilia plebes* (Council of the Plebs).³¹ Right to self-organization and making decisions in matters concerning the interests of a societal group is not unknown thing in modern day politics, although the term plebiscite has obtained a different meaning nowadays.

As a last resort, there is so called “negative power”: the institution of veto, or a possibility of an organ to block the decision of other. It should be distinguished by intercession in a collective organ, or right to block the decision of the members of the same political body, in which the decisions are to be brought by consensus. Veto is instead a right of an organ that has no competence to decide at all on its own, to block decision of another organ. Its origin is in the *veto* of the tribune of the plebs (*tribunus plebis*) in ancient Rome,³² which inspired a number of modern constitutional solutions.

²⁸ L. Fascione, “La legislazione di Genucio”, *Legge e società nella repubblica romana; a cura di F. Serrao, II. (estr.)*, 1988.

²⁹ F. de Vissher, *Les édits d'Auguste découverts à Cyrène*, Louvain: Bibliothèque de l'Univ. 1940.

³⁰ On roman magistrates see for example G. Tibiletti, “Evoluzione di magistrato e popolo nello Stato romano”, *Studia Ghisleriana 2.1*, estr., 1950, 1-21.

³¹ On *concilia plebis* see for example A. G. Roos, *Comitia tributa - concilium plebis, leges - plebiscita*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers-Mij, 1940.

³² On plebeian tribune see E. Kornienian, “Volkstribunat und kaisertum”, *Festschrift für Leopold Wenger I*, München 1944, 284-316; M. Bianchini, “Sui rapporti fra 'provocatio' ed 'intercessio'”, *Studi Scherillo 1*,

4. Conclusions

Based on the presupposition that the wars between members of the UN are considered illegal by the rules of the contemporary international public law, while civil wars are not, and on the fact that most of the post-WWII military conflicts were indeed civil wars (although often with the elements of foreign intervention), it is easy to conclude that the problem of resolving military conflicts is getting more and more pushed from the field of the international public law to the terrain of the constitutional law. Furthermore, the contemporary wars are often led by non-state subjects, i.e. by rebel groups, guerrillas, militias and other, most often ethnically or politically based, groups. While generally having strong sense of unity, they often lack centralized organization, territorial control, international recognition, or all of these elements. So, the traditional legal rules created for resolving conflicts between states cannot always be applicable by principle of analogy.

In the case of failure of a state to exercise legitimate power over its territory, we need new legal means to regulate the new reality. If in a civil war the former state sovereignty is *de facto* partially transferred to various communities and sub-state territorial entities, we should seek to find legal solution to this situation. The classical (or, more precisely, Anglo-American) majority-based “winner takes it all” democracy cannot help us; the majority will always vote against the interests of minority in a divided society. How to convince the minority to lay down their arms and accept to live under the state sovereignty again, if not through the guarantee that they could block the future decisions that would be against their interests? But what form this guarantee should exactly have, is a very delicate question that should be carefully examined in the future.

Some “alternative” constitutional ideas that showed to be relatively successful in resolving recent conflicts, like those in Bosnia and Herzegovina and Lebanon, are *ad hoc* solutions, not universal models. But the very idea of warring parties negotiating the transferring of *de facto* existing sovereignty (gained at war) to the reconstituted state, under the condition that most important decisions should be in the future brought by political consensus in a sort of consociational democracy, shouldn't be *a priori* refused as totally wrong. This solution not good indeed; it can make decision making more difficult, and in some instances, as we have seen in Bosnia, menace the principle of equality of citizens. But it's sometimes the only possible solution. And, in with a carefully equilibrated political system and precisely defined mechanism hot to turn this idea into a functioning system, maybe it could work.

Solutions of the roman constitutional model, especially promoted by Jean Jacques Rousseau, that could basis for a new model of post-war constitutionalism, are, among others, the right of groups of citizens to political self-organization (on the model of *concilia plebis*), voting by (non necessarily territorial) electoral units (*comitia*), the decision

Milano 1972, 93-110; G. Lobrano, 1982; P. Catalano; 1971. On influence on modern constitutionalism see Constenla, Carlos R. *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, Temis – Ubijus – Reus – Zavalía, Bogotá-México 2010.

making by consensus of the members of political bodies (*par potestas*), seats reserved for members of certain societal group in various bodies (on the model of *lex Genucia de magistratibus*), and the “negative power” (*veto*).

Some of these solutions could, possibly, be useful for creation of new institutes for creating peaceful post-conflict societies.

References

- Alexeeva, T. “Principi costituzionali sovietici e diritto pubblico romano”, *Teoria del diritto e dello stato*, 2, 2010, 255 ss.
- Aličić, S. “Sulla difesa dei diritti civili in Serbia in riferimento ad alcuni concetti giuridici romani: narodni tribuni e potere negativo”, *Roma e America – diritto romano comune*, 33/2012, 19-34.
- Aličić, S. „La defensa de los derechos civiles en Serbia“, *ÉFOROS. Publicación Semestral del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo –ILO*, 1/ 2014, 46-62.
- Aličić, S. „Le antiche radici della ideologia rivoluzionaria della Prima rivolta serba (1804-1813)“, *Roma e America. Diritto romano comune*, 38/ 2017, 123-141.
- Aličić, S. „Il concetto di „repubblica“ nelle costituzioni jugoslave: origine romana“, *Ius Romanum*, 2019, 232-239.
- Aličić, S. „Il modello di Rousseau e il costituzionalismo jugoslavo Recezione del diritto romano – principi generali e realtà contemporanea“, *Roma e America – diritto romano comune*, 40/2019, 45-54.
- Bianchini, M. “Sui rapporti fra 'provocatio' ed 'intercessio'”, *Studi Scherillo* 1, Milano 1972, 93-110.
- Bose, S. *Bosnia after Dayton – Nationalist Partition and International Intervention*, London, C. Hurst & Co., 2002.
- Broz, S. *I giusti nel tempo di male – testimonianze dal conflitto bosniaco*, Trento, Erickson, 2015.
- Catalano, P. *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, Giapichelli, 1965.
- Catalano, P. *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1971.
- Catalano, P. „La divisione del potere a Roma (a proposito di Polibio e Catone)“, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 6, Torino, Giuffrè, 1968-1974, 665-691.
- Catalano, P. *Populus romanus Quirites*, Torino, Giapichelli, 1974.
- Catalano, P. “A proposito dei concetti di rivoluzione nella dottrina romanistica contemporanea (tra rivoluzione della plebe e dittature rivoluzionarie)”, *SDHI* 77/1977, 440-455.
- Constenla, C. R. *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, Bogotá-México. Temis – Ubijus – Reus – Zavalía, 2010.
- Coli, U. “Tribù e centurie dell'antica repubblica romana”, *SDHI*, 21/1955, 181-222.
- Coli, U. “Voce 'Census'”, *Novissimo Digesto Italiano* III, Torino 1959, 105-109.
- De Francisci, P. “Per la storia dei “comitia centuriata””, *Studi Arangio-Ruiz* 1, Napoli, Jovene, 1953, 1-32.

- De Martino, F. "Territorio, popolazione ed ordinamento centuriato", *Diritto economia e società nel mondo romano. Diritto pubblico* II, Napoli 1996, 259 ss.
- De Vissher, F. *Les édits d'Auguste découverts à Cyrène*, Louvain, Bibliothèque de l'Univ., 1940.
- Develin, R. "Comitia tributa plebes", *Athenaeum*, 53/1975, 302-337.
- Fascione, "La legislazione di Genucio", *Legge e società nella repubblica romana*; a cura di F. Ser-rao, II. (estr.), 1988.
- Finlain, A. *Le guerre nella Jugoslavia. 1991-99*, Gorizia, Libreria editrice goriziana, 2014.
- Fotini, C. *Alliance Formation in Civil Wars*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Gallo, F. "Voce 'Centuria'", *Novissimo Digesto Italiano* III, Torino 1959, 115-116.
- Gaudemet, J. "Le peuple et le gouvernement de la république romaine", *Labeo*, 11/1965, 147-192.
- Golić, P. „Ustavno-pravni položaj predsednika Republike Srpske u svetlu uporednog prava“, *Strani pravni život*, 2/2021, 231-247.
- Hobbs, T. *Leviatan*, London, Andrew Crooke, 1651.
- Jelisić, G. *Uomini e non uomini – La guerra in Bosnia Erzegovina nella testimonianza di un ufficiale jugoslavo*, Verona, Zambon, 2013.
- Korneniann, "Volkstribunat und kaisertum", *Festschrift für Leopold Wenger I*, München 1944, 284-316.
- Leone, S. Ziliotto (a cura di), *Dayton, 1995 – la fine della guerra in Bosnia ed Erzegovina e l'inizio del nuovo caos*, Formigine, Infinito edizioni, 2020.
- Lobrano, G. "Il principio democratico di Roma", *SDHI*, 28/1962, 316 ss.
- Lobrano, G. *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano, Giuffrè, 1982.
- Lobrano, G. *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Sassari, Carlo Delfino, 1990.
- Lobrano, G. "Dalla lex publica Populi Romani alla 'loi' della Costituzione del 1793", *In memoria di Ginevra Zanetti. Archivio storico egiuridico sardo di Sassari. Studi e memorie*, Sassari Regesta, Imperii, 1994, 263-283.
- Lobrano, G. "Circa l'uso del diritto pubblico romano – dal 'Contrat social' di J.-J. Rousseau alla 'Storia della costituzione romana' di F. de Martino", *Roma e America*, 27/2009, 3 ss.
- Masri, M. *Constitutional Frameworks for a One-State Option in Palestine: an Assessment, extract from the book Rethinking Statehood in Palestine*, Oakland, University of California Press, 2021, 225-252.
- Montanari, L. „La complessa soluzione istituzionale adottata in Bosnia ed Erzegovina: finalità ed effetti nel passare del tempo“, *European Diversity and Authonomy Papers EDAP*, 02/2019, 6-27.
- Paananen, U. "Legislation in the comitia centuriata", *Senatus Populusque Romanus*, Helsinki, 1993, 9-73.
- Quadri, R. "Scritti giuridici. Diritto della Comunità europea" *Diritto pubblico. Teoria generale del diritto*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1988.
- Roos, A. G. *Comitia tributa - concilium plebis, leges – plebiscita*, Amsterdam, Noord-Hollandse Uitgevers-Mij, 1940.
- Rousseau, J. J. *Du contract social; ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762.
- Shindler, R., Karlsen, P. *Jihad nei Balcani. Guerra etnica e al-Qa'ida in Bosnia (1992-1995)*, Gorizia, Libreria editrice goriziana, 2009.

- Shrader, R. *The Muslim-Croat Civil War in Central Bosnia – A Military History*, Lewis, Texas A&M University Press, 1992-1994.
- Schönbauer, E. „Die Centurien-Reform“, *Studi Albertario* 1, Giuffrè, Milano 1953, 699-737.
- Schönbauer, E. „Die römische Centurien-Verfassung in neuer Quellenschau“, *Historia*, 2/1953, 21-49.
- Sinagra, A. “In difesa della sovranità dello stato (In Defence of Sovereignty)”, *Cross-border Journal for International studies*, 4/2015, 7-16.
- Sinagra, A. “Sovranità dello Stato e divieto di ingerenza nei suoi affari interni”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 780-787
- Taylor, L. R. “The Voting Discripts of the Roman Republic”, *The 35 Urban and Rural Tribes*, Rome, American Academy, 1960.
- Tibiletti, G. “Evoluzione di magistrato e popolo nello Stato romano”, *Studia Ghisleriana* 2.1, estr., 1950, 1-21.
- Weber, M. „Politik als Beruf“, *Gesammelte politische Schriften*, Potsdam Institut für Pädagogik der Universität Potsdam, 1919, 396-450.
- Woelk, J. *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina – dall’ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Cedam, Padova, 2008.
- Ćorić, V., Fernandez Jankov, F. F. „Autonomija Hong Konga na osnovu principa jedna država dva sistema: preispitivanje koncepta međunarodne obaveze“, *Strani pravni život*, 1/2021, 79-89.
- Other Sources
- Charter of the United Nations, San Francisco 1945.
- General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf.
- Constitution of Bosnia and Herzegovina (Annex IV of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and „Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, no. 25/2009 – Amemdmnt I).
- Judgement of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in the case *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* promulgated on 22 December 2009 (27996/06 and 34836/06).
- Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, www.geneva-academy.ch, 7 July 2024.

**PROTEZIONE DELLA SOVRANITÀ ECONOMICA
E MISURE ANTI-SOVVENZIONE
– VERSO L'INTRODUZIONE DI DAZI COMPENSATIVI
NEI CONFRONTI DELLE AUTOVETTURE
ELETTRICHE CINESI**

Abstract

L'intervento illustra come la rapida transizione verso il trasporto elettrico che l'Europa sta compiendo in questi anni rappresenti una scelta politica attuata secondo modalità e tempi non proprio condivisibili e piena di insidie.

Molte di tali insidie derivano dalle sovvenzioni massicciamente erogate dalla Cina le quali hanno generato una sovracapacità produttiva capace di distorcere i tradizionali flussi commerciali con l'Occidente ed alle quali l'UE sta rispondendo attraverso l'introduzione di dazi compensativi.

Parole chiave: *Europea, transizione ecologica, autovetture elettriche cinesi, sovvenzioni, misure di difesa commerciale.*

* Professore associato di *Diritto dell'Unione europea* nell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.
E-mail: maurizioorlandi@yahoo.it

ZAŠTITA EKONOMSKOG SUVERENITETA I ANTI-SUBVENCIONISTIČKE MERE – KA UVOĐENJU KOMUNALNIH TAKSI NA AUTOMOBILE PROIZVEDENE U KINI

Apstrakt

U radu se ukazuje na to kako brza tranzicija ka električnom transportu koju Evropa podstiče poslednjih godina predstavlja politički izbor koji se sprovodi prema metodama i u vremenima koji nisu baš prihvatljivi i koji su puni različitih zamki. Mnoge od njih proizilaze upravo iz subvencija koje masovno distribuira Kina, a koje su stvorile višak proizvodnih kapaciteta, a što može da naruši tradicionalne trgovinske tokove sa Zapadom i na koje EU reaguje uvođenjem komunalnih dažbina.

Ključne reči: *Evropska unija, tranziciona ekologija, kineski električni automobili, subvencije, mere trgovinske odbrane*

1. Premessa

L'indipendenza economica e la capacità di avere una produzione industriale efficiente e competitiva rappresentano il necessario completamento della potestà di governo e quindi un legittimo obiettivo che ogni Stato deve perseguire e normalmente persegue, soprattutto se avverte che la propria indipendenza viene ad essere minacciata da controparti che appartengono a sistemi politico-culturali profondamente diversi, per non dire ostili.

In un sistema come quello europeo, in cui i Paesi membri hanno da tempo deciso di far confluire i propri mercati nazionali in un mercato comune, interno, od unico tale compito è passato, ormai da molti anni, dagli organi nazionali alle istituzioni dell'Unione, le quali hanno assunto la competenza a gestire la politica commerciale comune.

Se nel gestire le proprie relazioni internazionali l'UE è chiamata a promuovere un commercio «libero ed equo»¹ e la politica commerciale comune deve contribuire «nell'interesse comune allo sviluppo armonioso del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti diretti, e alla riduzione delle barriere doganali e di altro tipo»², non misconosce i rischi che sono connessi all'adozione di politiche di liberalizzazione degli scambi e soprattutto i pericoli derivanti da comportamenti anti-competitivi adottati da Stati e imprese straniere. In effetti nel successivo art. 207 TFUE, in conformità con quanto previsto anche dal Trattato istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), è stata prevista la possibilità che le sue istituzioni adottino «misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di *dumping* e di sovvenzioni», che possono produrre effetti restrittivi sul commercio internazionale, misure puntualmente disciplinate da Parlamento e Consiglio.

Se, negli anni passati, si è potuto farvi ricorso con una certa parsimonia, si deve tener presente che il mondo di oggi non è più quello degli anni '90. Le relazioni internazionali si sono fatte più tese, il processo di liberalizzazione mondiale si è interrotto, come dimostra il fallimento dei vari *Round* di negoziazione dell'OMC ed il blocco del funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie di quell'organizzazione. La Cina guidata dal Presidente Xi Jinping ha inoltre adottato una politica commerciale aggressiva e gli Stati Uniti le hanno risposto con la pericolosa politica dell' *'America First'* (la quale non sempre riesce a fare distinzione tra rivali e Stati amici) e più di recente con un inasprimento dei dazi doganali che ha pochi precedenti nella storia.

A tali fattori si deve aggiungere che la tumultuosa innovazione tecnologica che stiamo vivendo ed i cambiamenti climatici sempre più consistenti, hanno generato una forte spinta per la trasformazione di interi settori industriali che genera problemi nuovi.

In particolare, le Nazioni europee si sono impegnate in una lotta senza pari per introdurre nuove politiche ambientali ma prima che i settori industriali coinvolti abbiano completato e consolidato la propria transizione, si sono visti attaccare da imprese straniere, che beneficiano di notevoli vantaggi competitivi, che sono economicamente sorrette dai relativi

¹ Cfr. l'art. 3, § 5 del TUE (The Treaty on European Union, *Official Journal of the EU*, C 326/13).

² Cfr. l'art. 206 del TFUE (The Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the EU*, C 326/47).

Stati di appartenenza, e che possono permettersi di non giocare secondo le normali regole della concorrenza. Possiamo ricordare che, ironicamente, la transizione verde che viene pagata a caro prezzo dall'UE, va principalmente a beneficio di imprese che operano a partire dal Paese che produce la maggior quantità di gas-serra al mondo cioè la Cina.

Vi è ancora da aggiungere che gran parte di tale transizione viene attuata grazie a pannelli fotovoltaici realizzati con produzioni sovvenzionate dallo Stato (su cui l'UE applica dazi compensativi dal 2013)³ e realizzata da imprese che praticano il *dumping* (su cui l'UE applica dazi *antidumping* dal 2013⁴).

La Commissione europea sembra essere consapevole di questa situazione già da diversi anni. Nel 2018 il suo Presidente, Jean-Claude Juncker, evidenziava che l'UE crede nel libero commercio, ma non in maniera ingenua⁵, di essere pronta a mostrare i denti utilizzando tutti gli strumenti che il diritto internazionale le consente. La consapevolezza del 'pericolo cinese', emerge ancor di più da uno studio, prodotto dai servizi della Commissione nel 2024, il quale è focalizzato sui comportamenti distorsivi della concorrenza adottati da quello Stato⁶.

2. La transizione verso il trasporto elettrico ed i rischi connessi

L'intervento delle istituzioni europee in difesa delle industrie nazionali è oggi reso particolarmente urgente a protezione di un settore lungamente considerato strategico dagli Stati europei e dalla stessa Commissione⁷ come quello dell'industria automobilistica (la quale rappresenta da sola il 7% del PIL europeo e l'8% degli occupati nel settore manifatturiero), industria che è messa in pericolo anche da scelte affrettate della stessa UE.

In effetti, la scelta di optare per un rapidissimo abbandono dei motori a combustione interna in favore di quelli elettrici sembra discutibile. Lo sembra sotto il profilo metodologico, ambientale, sociale, infrastrutturale, strategico e politico.

Sotto il primo profilo, il compito di un sistema istituzionale dovrebbe essere quello di fissare obiettivi, non indurre specifiche scelte tecniche. In questo contesto l'UE poteva

³ Cfr. Regolamento del Consiglio del 2 dicembre 2013, n. 1239/2013, in *GUUE* del 5.12.2013, n. L 325, 66, sostituito da Regolamento della Commissione, del 1° marzo 2017, n. 2017/366, in *GUUE del 3.3.2017, L 56, 1, più volte modificato*.

⁴ Cfr. Regolamento del Consiglio del 2 dicembre 2013, n. 1238/2013, in *GUUE* del 5.12. 2013, n. L 325, 1. Sostituito da Regolamento della Commissione, del 1° marzo 2017, n. 2017/367, in *GUUE del 3.3.2017, n. L 56, 131*.

⁵ Cfr. documento *EU Trade Defence: Stronger and More Effective Rules Enter Into Force*, del 7 giugno 2018 (in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3973, visitato april 2024).

⁶ Commissione Europea, "On significant distortions in the economy of the People's Republic of China for the purposes of trade defence investigations", documento del 10 aprile 2024. swd(2024) 91 final. (in [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/SWD\(2024\)91_0/de00000001063016?rendition=false](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/SWD(2024)91_0/de00000001063016?rendition=false)).

⁷ Cfr. «Avviso di apertura di un procedimento antisovvenzioni relativo alle importazioni di veicoli elettrici a batteria nuovi, concepiti per il trasporto di persone, originari della Repubblica popolare cinese», documento (C/2023/160), in *GUUE* del 4.10.2023, n. C, § 1.

limitarsi a fissare l'obiettivo di produrre veicoli meno inquinanti e lasciare all'industria la facoltà di raggiungerlo con i mezzi ritenuti più idonei, quali: veicoli più leggeri, meno potenti, ad alto coefficiente di efficienza, che utilizzino carburanti verdi, etc.

Sotto il profilo ambientale, se è vero che, al momento dell'uso, un motore elettrico produce meno emissioni di uno a combustione interna, ci si deve anche chiedere quanto sia inquinante il processo di produzione e di trasporto dell'energia elettrica utilizzata, quale sia l'impatto ambientale del processo produttivo delle vetture e delle loro batterie, nonché dello smaltimento finale di quei prodotti, quale sia l'effetto sulla produzione di sostanze che hanno un impatto sul cambiamento climatico, ma anche su altri aspetti che incidono sulla qualità dell'ambiente. I dati oggi in nostro possesso non sembrano confortanti.

Sotto il profilo sociale è stato ipotizzato che la sostituzione dei motori a combustione con quelli elettrici, i quali sono costruttivamente più semplici e necessitano di materie prime e di prodotti semilavorati di origine straniera, porterà ad una perdita di posti di lavoro.

Sotto il profilo infrastrutturale è da sottolineare che la realizzazione delle reti necessarie a garantire efficienti sistemi di ricarica di milioni di autovetture è estremamente complessa e costosa e per di più è basata sull'assunto che il mondo sia capace di generare una quantità di energia elettrica, che sia in grado di alimentare tutte quelle autovetture, ma quell'assunto sembra ancora lontano dall'essere confermato.

Sotto il profilo strategico, sembra azzardato affidare le sorti dell'industria automobilistica, ad imprese europee che hanno sviluppato la specifica tecnologia in ritardo rispetto ai loro concorrenti extraeuropei e che comunque sono dipendenti dall'estero per l'approvvigionamento di materie prime (le terre rare necessarie per produrre i magneti dei motori elettrici e le batterie) e componenti essenziali del loro prodotto (le batterie ed in parte i chips elettronici).

Sotto il profilo politico la decisione di passare a sistemi di propulsione elettrica è stata adottata anche per ridurre la dipendenza dall'approvvigionamento di materie prime energetiche possedute in larga parte da Stati scarsamente democratici, ma l'approvvigionamento di batterie e dei materiali necessari a produrle avverrà presso Stati che non sono migliori o più amici.

3. Le regole con le quali la Cina opera sui mercati

I problemi di dialogo economico tra l'Occidente e la Cina sembrano essersi riaperti in maniera sostanziale ed i valori dell'Occidente, derivati dall'illuminismo e tesi a garantire le libertà personali, si scontrano sempre di più con quelli cinesi dove l'autoritarismo di ispirazione confuciana è ritenuto garantire meglio la pace sociale e una sopravvivenza dignitosa dei singoli individui⁸.

⁸ Cfr. F. Scacciavillani, M. Mengoli, *Il furto del millennio. Come la Cina ha turlupinato e depredata l'Occidente*, Milano, Piemme, 2023, 286.

Vi è da aggiungere che, come dovrebbe essere ben noto, il sistema economico di quella Nazione non opera secondo le regole di mercato. In effetti, dopo un periodo di relativa apertura nei confronti dell'economia di mercato, iniziato verso la fine degli anni '70 e proseguito sotto il governo di Deng Xiaoping⁹, in cui la Cina è stata considerata un sistema economico 'in transizione' ed è stata ammessa nell'OMC, nel 2013 con l'avvento di Xi Jinping si è registrato un ritorno ad impostazioni dirigitte che si allontanano dal libero mercato¹⁰, per convergere su posizioni più sostanzialmente marxiste-leniniste¹¹.

Se l'economia cinese non può essere considerata come 'pianificata', lo Stato resta a tutti gli effetti impostato su una ideologia comunista (sia pure con caratteristiche cinesi¹²) chiaramente ispirata agli ideali del marxismo-leninismo¹³ e non può nemmeno lontanamente essere equiparata ad un'economia di stampo liberale, la cui impostazione – secondo il «Programma generale» adottato dal Partito Comunista cinese il 22 ottobre 2022 – dovrebbe anzi essere combattuta¹⁴.

In effetti, la Costituzione cinese identifica il sistema economico nazionale come «un'economia di mercato socialista». Se il settore privato viene considerato un «importante componente dell'economia di mercato socialista», non è affatto libero, ma in applicazione dell'art. 11 della Costituzione cinese richiede la guida ed il sostegno dallo Stato¹⁵.

In tale contesto, il sistema delle sovvenzioni è esteso e messo in opera attraverso una rete di società pubbliche e di partecipazioni statali le quali, in violazione dei precisi impegni presi nel Protocollo di adesione della Cina all'OMC¹⁶, non agiscono secondo le normali regole del commercio, ma continuano a muoversi con scarsa trasparenza e sotto la diretta influenza dello Stato.

Vi è da aggiungere che nell'ultimo decennio in Cina si è sviluppato un sentimento revanscista, teso a superare il 'secolo delle umiliazioni' e una tendenza a «vellicare

⁹ Cfr.: F. M. Abbott, "Reflection Paper on China in the World Trading System: Defining the Principles of Engagement", in *China in the World Trading System: Defining the Principles of Engagement* (F.M. Abbott ed), L'Aja, Kluwer Law International, 1998, 1, a 35 e 42.

¹⁰ Cfr. C. P. Bown, J. A. Hilman, "WTO'ing Resolution to the China Subsidy Problem", in *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Issue 4, 2019, 557, a 563.

¹¹ J. Xi, "Hold High the Great Banner of Socialism with Chinese Characteristics and Strive in Unity to Build a Modern Socialist Country in All Respects", nel discorso tenuto il 16 ottobre 2022 al XXesimo Congresso del PCC, (in <http://download.china.cn/en/doc/Full%20text%20of%20the%20report%20to%20the%2020th%20National%20Congress%20of%20the%20Communist%20Party%20of%20China.doc>) ha affermato che: "we have established and upheld a foundational system for ensuring the guiding role of Marxism in the ideological domain".

¹² Cfr. l'art. 1 della Costituzione cinese, del 4 dicembre 1982 (in http://en.moj.gov.cn/2021-06/22/c_634901.htm).

¹³ Cfr. il preambolo della Costituzione cinese.

¹⁴ Cfr. il "General Program of the CCP Constitution" (in <https://english.news.cn/20221026/d7fff914d44f-4100b6e586372d4060a4/c.html>), dove viene affermato che "throughout the course of socialist modernization the Party must [...] combat bourgeois liberalization".

¹⁵ Cfr. l'art. 11 della Costituzione cinese.

¹⁶ Cfr. il «Protocol on the accession of the People's Republic of China», approvato con Decisione della Conferenza Ministeriale dell'OMC del 10 novembre 2001 (documento WT/L/432 del 23 novembre 2001), art. 6.

i sentimenti nazionalisti per diffondere la xenofobia all'interno e l'arroganza all'estero»¹⁷, che il Governo spesso persegue con strumenti illegittimi, quali furti di tecnologie¹⁸, trasferimenti forzati delle stesse¹⁹, spionaggio²⁰, contraffazioni²¹, mantenimento in vita di imprese decotte²², erogazione di massicci sovvenzionamenti alle imprese²³, *dumping*²⁴, etc.

4. I comportamenti anticoncorrenziali dello Stato e delle industrie cinesi nel settore della produzione degli autoveicoli

In quest'ultimo periodo l'industria europea dell'automobile sta ricevendo pesanti attacchi da imprese cinesi che si sono sviluppate in tempi recenti grazie a metodologie alquanto discutibili, sfruttando non solamente i notevoli vantaggi competitivi propri di quello Stato (basso costo della manodopera, facile accesso a materie prime essenziali, normative ambientali lassiste), ma avvalendosi della concessione di enormi quantità di sovvenzioni statali e della possibilità di indebitarsi in maniera indiscriminata, fattori capaci di alimentare la già forte sovracapacità produttiva cinese la quale, a sua volta, induce ad aumentare le esportazioni e ad abbassare i prezzi, contribuendo così a distorcere gli scambi internazionali ed a creare ingenti difficoltà negli Stati di esportazione.

Se in risposta ai problemi di ordine metodologico, ambientale, sociale, infrastrutturale, strategico e politico precedentemente evocati c'è da augurarsi che le scelte europee di imporre lo stop alla produzione di vetture a combustione interna siano parzialmente riviste o almeno ri-scadenzate, è anche da augurarsi che la Commissione europea mostri immediatamente quei denti di cui parlava Jean-Claude Juncker e senza cadere in tendenze protezioniste, adotti con decisione gli strumenti di politica commerciale previsti dalla normativa dell'OMC e dell'UE. Come avvertito dalla stessa Commissione, gli effetti della concessione delle sovvenzioni e degli altri aiuti cinesi sta già producendo effetti significativi sul mercato europeo delle autovetture con un

¹⁷ Così F. Scacciavillani, M. Mengoli, 34.

¹⁸ *Ibidem*, 88 e ss.

¹⁹ Cfr. J. Lee, "Forced Technology Transfer in the Case of China", in *Boston Journal of Science & Technology Law*, Vol. 26, no. 2, 2020, 324, a 329.

²⁰ Cfr. *Center for Strategic & International Studies* intitolato *Survey of Chinese Espionage in the United States since 2000* (in <https://www.csis.org/programs/strategic-technologies-program/survey-chinese-espionage-united-states-2000>).

²¹ Cfr. F. Scacciavillani, M. Mengoli, 113 e ss.

²² Cfr. H. Nie, T. Jiang, T. Zhang, M. Fang, *China's Zombie Firms: Cause, Consequence, and Cure*, New York, McGraw-Hill Education, 2018.

²³ Cfr. C.P. Bown, J.A. Hilman, 564.

²⁴ Cfr. M. Bungenberg, P. Van Vaerenbergh, "Countervailing Measures and China's Accession Protocol to the WTO", in *Journal of World Trade*, Vol. 54, Issue 5, 2020, 749, a 7555.

rapido aumento delle quote di mercato detenute da imprese cinesi o da imprese occidentali che producono in Cina²⁵. L'intensità dell'aumento sembra tale da creare un serio pregiudizio all'industria dell'automobile tradizionale, ma ancor di più a quella nascente delle autovetture elettrificate.

5. L'avvio della procedura per l'introduzione di dazi compensativi

Tornando agli strumenti giuridici attualmente attivabili, se il ricorso al meccanismo di risoluzione delle controversie in materia di sovvenzioni, previsto nell'Accordo «SMC» risulta possibile, non sembra adeguato a fronteggiare i rischi che incombono sull'industria automobilistica europea, per cui si è reso necessario il ricorso ai classici strumenti unilaterali, quali quelli previsti dal Regolamento n. 2016/1037, che sono più rapidi, anche se la loro istituzione, come vedremo, resta complessa.

La relativa procedura è stata attivata nell'ottobre 2023 dalla Commissione in maniera autonoma e non, come di norma, ad iniziativa dell'industria europea interessata. In effetti sostanzialmente tutte le industrie automobilistiche europee hanno stabilimenti in Cina, od hanno attivato partenariati con industrie cinesi, e non hanno ritenuto di esporsi in prima persona per il timore di provvedimenti di ritorsione da parte della RPC.

D'altronde, data l'abbondanza d'informazioni disponibili, si può ritenere che la Commissione disponesse di «sufficienti elementi di prova dell'esistenza di sovvenzioni passibili di misure compensative, del pregiudizio [che ne può derivare all'industria europea] e del nesso di causalità», richiesti dall'art. 10, par. 8, del Regolamento 2016/1037, per avviare l'inchiesta.

Nell'avviso di apertura della procedura, la Commissione ha identificato in maniera puntuale il prodotto oggetto dell'inchiesta²⁶ ed in conformità con il Regolamento n. 2016/1037, ha provveduto ad indicare una lunga tipologia di sovvenzioni, cioè di misure comportanti un 'contributo finanziario', che siano qualificabili come 'statali', 'specifiche' e che rechino un 'vantaggio' ai propri beneficiari.

Le sovvenzioni sono state individuate, in misure consistenti: nel trasferimento diretto o potenziale di fondi ed obbligazioni; nella rinuncia della pubblica amministrazione ad entrate altrimenti dovute; in prestiti a tasso agevolato; nella fornitura, da parte della pubblica amministrazione, di beni o servizi per un corrispettivo inferiore all'importo che sarebbe adeguato; nella concessione di crediti all'esportazione e di linee di credito concesse da banche Statali a condizioni preferenziali; in assicurazioni agevolate sulle esportazioni²⁷.

²⁵ Cfr. l'Avviso n. C/2023/160, § 1, 2° cpv.

²⁶ Identificato come quello costituito da veicoli elettrici a batteria nuovi, concepiti principalmente per il trasporto di un massimo di nove persone compreso il conducente, azionati esclusivamente da uno o più motori elettrici.

²⁷ Cfr. l'Avviso n. C/2023/160, § 2.

Resta il fatto che in un sistema-Paese come quello cinese, dove l'influenza dello Stato è fortissima in ogni settore economico e dove le relazioni tra lo Stato centrale e le imprese non sono guidate da regole di mercato, ma da relazioni politiche, personali e d'affari, la formale prova delle sovvenzioni è complessa. Frequentemente, risulta difficile individuare quelle misure che non sono erogate in maniera diretta ma mediata, attraverso entità terze, in particolare imprese pubbliche²⁸, e risulta ancor più complesso imputare l'attività di queste entità direttamente allo Stato. In effetti, l'Organo di appello dell'OMC ha dato una definizione restrittiva di "organismo pubblico" capace di concedere sovvenzioni, precisando che tale è solamente l'ente investito di "un'autorità governativa"²⁹.

Se tale definizione di fatto ostacola l'identificazione delle sovvenzioni concesse alle imprese pubbliche, o tramite le imprese pubbliche³⁰, nella più recente prassi la Commissione si è impegnata ad individuare lo svolgimento di attività governative volte ad assegnare ad imprese partecipate dallo Stato funzioni di natura non commerciale consistenti nel: migliorare la percentuale di esportazioni e di diritti di fissazione dei prezzi di determinati prodotti³¹; sostenere il commercio estero³²; fornire uno specifico sostegno creditizio ai progetti «incoraggiati»³³; riconoscere pienamente il ruolo fondamentale e l'importanza strategica di alcune industrie fornendo credito, fornendo tassi d'interesse agevolati promuovendo la ristrutturazione e la remissione di debiti³⁴; sostenere specifiche attività di interesse pubblico³⁵.

In altre circostanze la Commissione ha dedotto che la singola impresa pubblica fosse chiamata a svolgere funzioni governative dal fatto che: specifici organi della società pubblica fossero formalmente chiamati a tradurre in pratica le politiche del partito e dello Stato³⁶; che alcune banche fossero tenute a seguire criteri di ordine politico nella concessione dei crediti³⁷; che alcune imprese fossero formalmente chiamate ad attuare la politica industriale nazionale³⁸; che il partito Comunista fosse formalmente coinvolto nel processo decisionale delle imprese³⁹; che al partito comunista fosse assegnato il

²⁸ Cfr. C. Schmucker, S.-A. Mildner, "EU Trade Policy Reform: Levelling the Playing Field in a New Geo-Economic Environment", in *DGAP Analysis*, no. 7, 2020, 1, a 13.

²⁹ Organo di Appello dell'OMC, l'11 Marzo 2011, WT/DS379/AB/R, *United States – Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_reports_e.htm, § 310.

³⁰ Cfr. C.P. Bown, J.A. Hilman, 567.

³¹ Cfr. il Regolamento n. 2019/72, in *GUUE* del 18.1.2019, n. L 16, 5, § 113.

³² *Ibidem*, § 185.

³³ Cfr. il Regolamento n. 2017/969, in *GUUE* del 9.6.2017, n. L 146, 17, § 111.

³⁴ *Ibidem*, § 113.

³⁵ Cfr.: i Regolamenti: n. 2018/1690, in *GUUE del 12.11.2018*, n. L 283, 1, § 177; n. 2019/72, § 397.

³⁶ Cfr. i Regolamenti: n. 2017/969, § 91; n. 2018/1690, § 176; n. 2019/72, § 184.

³⁷ Cfr. il Regolamento n. 2017/969, § 57.

³⁸ Cfr. il Regolamento n. 2019/72, § 138.

³⁹ Cfr. il Regolamento n. 2018/1690, § 180.

compito di monitorare l'attuazione, da parte della società pubblica, delle politiche e degli orientamenti del PCC e dello Stato⁴⁰.

Identificate, sia pure in maniera provvisoria, le sovvenzioni e la loro origine pubblica, la Commissione ha dovuto procedere ad accertare che le stesse abbiano prodotto un vantaggio per le imprese beneficiarie e che tale vantaggio abbia carattere specifico, cioè che non sia disponibile alla generalità delle imprese⁴¹.

In effetti, la procedura riguardava sovvenzioni alla produzione interna, le quali sono qualificate come "passibili di azione legale". Autorizzano cioè la reazione degli Stati terzi solamente quando sono specifiche e al contempo determinano un pregiudizio o minacciano di causare un pregiudizio grave⁴² all'industria nazionale⁴³. Dimostrazione che deve essere data attraverso prove positive ed un esame obiettivo del volume delle importazioni sovvenzionate, del loro effetto sui prezzi dei prodotti simili sul mercato dell'Unione e della loro incidenza sull'industria dell'Unione.

Il grave pregiudizio, o la sua minaccia, può consistere nella diminuzione reale o potenziale dei prezzi, delle vendite, dei profitti, della produzione, delle quote di mercato, della produttività degli utili, del capitale investito, dell'utilizzazione della capacità produttiva, dei flussi di cassa, delle scorte dell'occupazione, etc.⁴⁴.

Nel caso di specie sembra facile dimostrare che, grazie anche alle sovvenzioni percepite, i prezzi delle autovetture cinesi sono inferiori rispetto a quelli praticati dalle industrie europee e la loro commercializzazione produrrà una consistente pressione al ribasso dei prezzi, capace di produrre «perdite pesanti per l'industria dell'Unione, che potrebbero rapidamente rivelarsi insostenibili»⁴⁵. La Commissione ha già potuto registrare che "le importazioni sovvenzionate del prodotto oggetto dell'inchiesta dal Paese interessato sono aumentate a ritmo sostenuto, sia in termini assoluti che di quota di mercato"⁴⁶.

Vi è da aggiungere che un'ulteriore minaccia è stata individuata nell'imminente forte aumento delle capacità produttive cinesi le quali, non risultando ragionevolmente assorbibile dal mercato nazionale, verranno riversate sul mercato europeo⁴⁷.

6. L'introduzione di dazi compensativi provvisori e definitivi

Nel proseguo dell'inchiesta la Commissione dovrà fornire una più puntuale prova degli elementi richiamati e dovrà calcolare in maniera esatta il quantitativo delle sovvenzioni compensabili con i dazi, i quali dovranno "corrisponde al vantaggio conferito

⁴⁰ *Ibidem* § 183.

⁴¹ Cfr. il Regolamento n. 2016/1037, art. 4, § 1.

⁴² *Ibidem*, art. 8, §§ 5, 6, 7 e 8.

⁴³ *Ibidem*, art. 9, § 1.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 8.

⁴⁵ Cfr. l'Avviso n. C/2023/160, § 4.

⁴⁶ *Ibidem*, § 4.

⁴⁷ *Ibidem*, § 4.

al beneficiario nel corso del periodo dell'inchiesta", calcolo che va effettuato secondo precise modalità, per unità di prodotto esportato verso l'Unione⁴⁸, confermando anche il nesso di causalità tra sovvenzioni e pregiudizio all'industria europea.

Al fine di determinare in maniera esatta l'intensità delle sovvenzioni percepite, la Commissione ha esplicitamente invitato a partecipare all'inchiesta, sia i produttori-esportatori sia gli importatori indipendenti conosciuti, sia la stessa RPC⁴⁹.

L'inchiesta in corso viene principalmente condotta attraverso l'invio alle imprese e alle parti interessate di una serie di formulari attraverso i quali vengono richieste le informazioni e dati, considerati rilevati.

Le imprese che ricevono i questionari in realtà non sono giuridicamente tenute a compilarli ed a fornire le risposte che sono state loro richieste, ma farlo è normalmente considerato come rispondente ai loro interessi. In effetti, se non rispondono, verranno considerate come «non cooperative» e l'inchiesta nei loro confronti proseguirà con la Commissione che sarà autorizzata ad utilizzare nei loro confronti «i dati disponibili»⁵⁰, i quali saranno presumibilmente quelli forniti dall'industria denunciante o raccolti dalla Commissione. Ne deriva che, sempre presumibilmente, i dazi compensativi che saranno imposti nei loro confronti saranno più elevati di quelli applicati alle imprese che, invece, hanno cooperato⁵¹.

A norma del Regolamento n. 2016/1037, la procedura d'inchiesta sarà integrata da visite ed ispezioni eseguite dai funzionari della Commissione UE presso gli importatori, sia da inchieste condotte nel Paese d'origine e/o di esportazione delle merci, sempreché le imprese interessate diano il proprio assenso e lo Stato di appartenenza, ufficialmente avvisato, non sollevi obiezioni⁵². L'esperienza induce peraltro a ritenere che, sotto il profilo formale, la RPC darà un formale consenso a tali visite, ma anche che provvederà a rendere difficile ai funzionari della Commissione svolgere la propria attività.

La Commissione dovrà inoltre accertare, con la partecipazione delle imprese dell'Unione, l'entità del pregiudizio che esse hanno subito, e quindi queste ultime, volenti o nolenti, saranno tenute a partecipare all'inchiesta⁵³.

Infine la Commissione sarà tenuta a valutare se l'introduzione delle misure compensative risponde all'interesse europeo⁵⁴.

Il 5 marzo 2024, la Commissione ha approvato il Regolamento 2024/785⁵⁵ con cui ha imposto alle autorità doganali degli Stati membri la registrazione delle importazioni di veicoli elettrici provenienti dalla Cina, registrazione che si rivelerà indispensabile al fine di poter applicare, successivamente, una eventuale misura compensativa retroattiva

⁴⁸ Cfr. il Regolamento n. 2016/1037, art. 5, 6 e 7.

⁴⁹ Cfr. l'Avviso n. C/2023/160, punti 5.3.1 e 5.3.2.

⁵⁰ Cfr. il Regolamento n. 2016/1037, art. 28, § 1.

⁵¹ Cfr. anche M. Bungenberg, P. Van Vaerenbergh, 758.

⁵² Cfr. il Regolamento n. 2016/1037, art. 26.

⁵³ *Ibidem*, art. 11, § 11.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 31, § 1.

⁵⁵ In *GUUE* del 6 marzo 2024, L

alle importazioni registrate⁵⁶. In effetti la Commissione ha ravvisato che si sono verificate «circostanze gravi» ed in particolare sono avvenute delle «importazioni massicce in un periodo di tempo relativamente breve»⁵⁷.

Il 12 giugno 2004 la Commissione ha quindi formalmente annunciato la propria intenzione di introdurre dazi compensativi provvisori avvertendo che la loro intensità dovrebbe variare tra un minimo del 17,4% al 38,1% del loro valore di dogana⁵⁸. Il proseguimento della procedura prevede ancora l'introduzione di dazi, prima provvisori e quindi definitivi, i quali potranno essere adottati se la loro adozione è ritenuta rispondere all'interesse dell'UE⁵⁹.

Per quanto concerne i dazi compensativi provvisori, essi possono essere introdotti in un periodo compreso tra i 60 giorni ed i 9 mesi dalla data di inizio del procedimento e quindi sono attesi nel corso del mese di luglio del 2024. Il loro importo dovrà corrispondere a quello delle sovvenzioni compensabili accertate in via provvisoria, o quello inferiore che comunque sia sufficiente ad eliminare il pregiudizio sofferto dall'industria europea.

Una volta introdotte le misure compensative provvisorie, i relativi prodotti non potranno essere immessi in libera pratica nel territorio dell'Unione a meno che non sia fornita idonea garanzia che essi saranno effettivamente versati nel momento in cui le misure compensative diverranno definitive⁶⁰.

I dazi provvisori potranno essere applicati per un periodo massimo di 4 mesi⁶¹ al termine del quale dovranno essere rimpiazzati dai dazi definitivi oppure dovranno essere eliminati.

7. Le specifiche misure definite nel protocollo di adesione alla Cina all'OMC

Da segnalare infine che le istituzioni europee possono disporre di uno strumento addizionale, fornito dal Protocollo di adesione della Cina all'OMC, il quale contiene regole specifiche in materia di sovvenzioni e di *dumping*, a cui – finora – la pratica della Commissione non ha fatto riferimento.

In particolare il Protocollo contiene alcune disposizioni che consentono di determinare con maggiore facilità i margini di sovvenzioni e di *dumping*. Nel caso in cui l'autorità inquirente abbia a che fare con il calcolo dell'importo della sovvenzione concessa sotto forma di conferimento di capitale azionario, di prestito statale, di garanzia su prestiti da parte di un Governo, di fornitura o di acquisto di merci o servizi da parte di un

⁵⁶ Come previsto dal Regolamento n. 2016/1037, art. 16, § 4.

⁵⁷ Cfr. il Regolamento n. 2024/785, § 2. 1.,

⁵⁸ Cfr. il documento della Commissione del 12 giugno 2024, «*Summary of the proposed duties for information purposes only*», TRADE.G.3.01/(2024)471676/

⁵⁹ Cfr. il Regolamento n. 2016/1037, art. 31.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 16, § 2.

⁶¹ *Ibidem* art. 16, § 5.

Governo ed incontri particolari difficoltà nel determinare che le operazioni siano effettuate a condizioni di mercato, può avvalersi di metodologie alternative per identificare e misurare la sovvenzione.

Bibliografia

- Abbott, F. M. “Reflection Paper on China in the World Trading System: Defining the Principles of Engagement”, in *China in the World Trading System: Defining the Principles of Engagement* (F. M. Abbott ed), L’Aja, Kluwer Law International, 1998, 1-43.
- Bown, C.P., Hilman, J. A. “WTO’ing Resolution to the China Subsidy Problem”, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Issue 4, 2019/ 4, 557-578, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgz035>
- Bungenberg, M., Van Vaerenbergh, P. “Countervailing Measures and China’s Accession Protocol to the WTO”, *Journal of World Trade*, Vol. 54, Issue 5, 749-772, <https://doi.org/10.54648/trad2020032>.
- Center for Strategic & International Studies, “Survey of Chinese Espionage in the United States since 2000”, <https://www.csis.org/programs/strategic-technologies-program/survey-chinese-espionage-united-states-2000>.
- European Commission, “On significant distortions in the economy of the People’s Republic of China for the purposes of trade defence investigations”, swd(2024) 91 final. (in [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/SWD\(2024\)91_0/de00000001063016?rendition=false](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/SWD(2024)91_0/de00000001063016?rendition=false)).
- Lee, J. “Forced Technology Transfer in the Case of China”, in *Boston Journal of Science & Technology Law*, Vol. 26, no. 2, 2020, 323-352.
- Nie, H., Jiang, T., Zhang, T., Fang, M. *China’s Zombie Firms: Cause, Consequence, and Cure*, New York, McGraw-Hill Education, 2018.
- Scacciavillani, F., Mengoli, M. *Il furto del millennio. Come la Cina ha turlupinato e depredato l’Occidente*, Milano, Piemme, 2023.
- Schmucker, C., Mildner S. A. “EU Trade Policy Reform: Levelling the Playing Field in a New Geo-Economic Environment”, *DGAP Analysis*, no. 7, 2020, 1-37, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/71274/ssoar-2020-schmucker_et_al-EU_Trade_Policy_Reform_Levelling.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnk-name=ssoar-2020-schmucker_et_al-EU_Trade_Policy_Reform_Levelling.pdf
- Xi, J. “Hold High the Great Banner of Socialism with Chinese Characteristics and Strive in Unity to Build a Modern Socialist Country in All Respects”, <http://download.china.cn/en/doc/Full%20text%20of%20the%20report%20to%20the%2020th%20National%20Congress%20of%20the%20Communist%20Party%20of%20China.doc>

LA SOVRANITÀ IN TRANSIZIONE NELLE RIFORME COSTITUZIONALI DEL XXI SECOLO (ART. 9 E 117 COST. ITALIANA)

Abstract

Il presente articolo esamina le nuove tendenze del costituzionalismo italiano ed europeo a partire dalla constatazione delle profonde trasformazioni subite dalla sovranità dello Stato contemporaneo in occasione della nascita del mondo multipolare globalizzato. In forza dello sviluppo istituzionale dei gruppi globali e regionali di Stati, sempre più rilevante è diventata la loro capacità di partecipazione alla vita della comunità internazionale anche attraverso l'attività di produzione normativa che si è mossa tra i due poli, positivo della inter-dipendenza e negativo dell'emergenza, come principi del nuovo diritto globale.

Anche la costituzione italiana ha dato il suo contributo alla formazione del nuovo diritto, in forza del riformato art. 117, che impone il rispetto sia del diritto dell'Unione europea che del diritto internazionale, in materia ecologica e digitale, mentre il combinato disposto degli art. 9 e 117 cost., dispone la transizione eco-digitale fra le generazioni.

Parole chiave: *sovranità, transizione, costituzionalismo, Costituzione italiana.*

* Professore ordinario di diritto internazionale privato, Università degli Studi di Salerno (f.r.).
E-mail: mpanebia@unisa.it

TRANZICIJA SUVERENITETA U USTAVNIM REFORMAMA XXI VEKA (ČLANOVI 9 I 117 ITALIJANSKOG USTAVA)

Apstrakt

U ovom radu analiziraju se nove tendencije italijanskog i evropskog konstitucionalizma, počevši od konstatacije dubokih promena koje su izvršene od strane savremene države prilikom stvaranja multipolarnog globalizovanog sveta. Na osnovu institucionalnog razvitka globalnih i regionalnih grupa država, sve je relevantnija postala njihova sposobnost učešća u životu međunarodne zajednice, čak i kroz regulatornu proizvodnu delatnost koja se kretala između dva pola - međuzavisnosti i vanrednog stanja kao principa novog globalnog prava.

Formiranju novog prava doprineo je i italijanski ustav, na osnovu reformisanog člana 117, koji nalaže poštovanje kako prava Evropske unije, tako i međunarodnog prava, u ekološkoj i digitalnoj oblasti, dok kombinovane odredbe člana 9 i 117 italijanskog ustava uređuje eko-digitalni prelaz sa jedne generacije na drugu.

Ključne reči: *suverenitet, tranzicija, konstitucionalizam, italijanski ustav.*

1. Nuove tendenze del costituzionalismo italiano ed europeo

La sovranità dello Stato contemporaneo ha subito profonde trasformazioni in occasione della nascita del mondo multipolare globalizzato, intorno a gruppi di Stati competenti per le tematiche di carattere generale, oltre i confini degli Stati singoli¹. Lo sviluppo istituzionale dei gruppi globali e regionali di Stati ha accresciuto la loro capacità di partecipazione alla vita della comunità internazionale del nord e del sud del mondo. La relativa produzione normativa si è mossa tra i due poli, positivo della inter-dipendenza e negativo dell'emergenza, come principi del nuovo diritto globale. Anche la costituzione italiana ha dato il suo contributo alla formazione del nuovo diritto, in forza del riformato art. 117, che impone il rispetto sia del diritto comunitario europeo che del diritto internazionale, in materia ecologica e digitale².

La inter-dipendenza globale è nata come un effetto del multilateralismo, ovvero dello sviluppo di aree di libero scambio e mercati economici tra loro interconnessi. In vista di tale obbiettivo comune, si è parallelamente sviluppata la concertazione e la solidarietà di fronte ai rischi comuni, come variazioni climatiche e nuovi strumenti di azione per la comunicazione informativa e informatica. Di conseguenza è emersa la necessità di una nuova regolamentazione all'interno dei grandi spazi economici, organizzati in mercato aperti e interconnessi fra Stati³.

Viceversa, il regime giuridico delle emergenze, denota una serie di effetti positivi e negativi, per la vita della comunità internazionale. L'auspicata solidarietà di fatto, come motore di unioni sempre più strette, cede di fronte all'esigenza di interessi nazionali. Le risposte cd. globali, avvengono, pertanto, ai tre livelli di governo nazionale, regionale e internazionale, come riconosciuti e recepiti anche nell'ordinamento costituzionale italiano, a partire dalla riforma del 2001 (cd. riforma Titolo V)⁴.

¹ La transizione dottrinale dello Stato contemporaneo, dal secolo precedente a quello attuale, è stata oggetto di dibattito nell'ampio volume collettaneo a cura di A. Sinagra, E. Hitaj, *Giornata di studi in onore di Rolando Quadri*, Aracne, Roma 2024. In tale opera si esaminano le procedure dell'internazionalismo e dell'europeismo nel duplice spazio, sia pubblico che privato e si analizzano i rapporti e le funzioni, sia interne che esterne, propri dello Stato nazionale e dell'Unione Europea. In tal senso, v. il volume dell'autore R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli 1958.

² Con l'espressione diritto globale ci si riferisce a un ordine giuridico economico di grandi spazi tra loro connessi e comparabili, secondo le teorie delle forme di mercato. Attualmente va oltre i tre gruppi iniziali nord-americano, europeo e dell'Asia-Pacifico. Invero, oltre i relativi confini compaiono le emergenti economie del sud del mondo, comuni a tutti i continenti, così come in altre epoche passate nelle quali nel Mediterraneo orientale ed occidentale ci furono interi millenni di governance globale M. Baer, *Gli Ottomani. Khan, cesari e califfi*, Einaudi, Torino 2023. Cfr. inoltre M. Panebianco, *Jus gentium commerciale moderno*, Aracne, Roma 2015.

³ Il sistema economico globale, ovvero geo-economico politico, è legato da interdipendenze e interconnessioni. Queste ultime hanno una comune base di libero commercio, proprie del *free market*, secondo i criteri del nuovo liberismo economico internazionale. Al di là di tale base comune, i relativi mercati sono più o meno ampi ed estesi, in nuovi settori e temi di scala globale, come quello economico-digitale. Cfr. M. Eliantonio, U. Morth, E. Korkea-Aho, *Research Handbook on Soft Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2023.

⁴ Con l'espressione "emergenze globali" ci si riferisce alle fasi di transizione del nuovo diritto delle variazioni climatiche, con le relative ricadute sui sistemi economici degli Stati membri. In secondo luogo, come rimedi economico-oolitici, di fronte ai rischi ed alle opportunità del mondo globalizzato si allude

2. L'era delle transizioni delle competenze statali

È ormai un principio di diritto consolidato della società globale che i suoi progetti di trasformazione debbano essere regolati in più fasi, consecutive e progressive. La trasformazione riguarda l'ecologia, l'economia e l'energia e la relativa disciplina giuridica avviene ai tre livelli di governo, statale-regionale e globale. La transizione ecologica, nell'ordinamento giuridico italiano, passa attraverso gli art. 9, 41 e 117 della Costituzione, da una prospettiva nazionale ad una europea ed internazionale. L'art. 9 nella sua versione originaria del 1948 protegge il patrimonio storico ed artistico della Nazione, inteso come un insieme di beni esistenti sul territorio ed il suo tradizionale "paesaggio". Solo nel 2001 l'art. 117 transita ad una visione dell'ambiente, inteso come una somma di ecosistemi⁵.

Nella seconda fase, la transizione ecologica, si trasforma in transizione economica (art. 9, 41 e 117 cost). Le variazioni climatiche incidono su tutti i fattori economici, relativi alla produzione industriale ed ai relativi programmi di investimenti finanziari. Lo stesso accade per le filiere delle produzioni definiti eco-agricole, e per le relative infrastrutture dei servizi pubblici essenziali, per i bisogni delle comunità nazionali⁶.

La catena della transizione si completa nei mutamenti delle filiere energetiche, provenienti da vari eco-sistemi (fossili, liquidi e gassosi) nonché di sfruttamento dell'energia solare ed eolica. Tale transizione ha comportato vasti programmi di riconversione nei settori industriali, nonché nuove strategie nella distribuzione dei gasdotti, divisi fra il fronte euro-atlantico ed euro-asiatico (v. gasdotto russo dall'Artico alla Cina). Quest'ultima si è presentata come una linea concorrente se non l'alternativa, rispetto alla tradizionale distribuzione del gasdotto russo verso i Paesi dell'Europa centrale ed occidentale, consolidata nell'ultimo trentennio (pre-crisi 2022)⁷.

alle nuove tecnologie dell'informazione e dei sistemi informatici, idonei ad accelerare le procedure di valutazione ed azione degli apparati organizzativi, sia governativi che non-governativi, fornendo notizie attuali di qualsivoglia parte del mondo.

⁵ Ogni Stato "ambientale" non può considerare il proprio territorio come patrimonio esclusivo, bensì come parte di un bene pubblico universale, sottoposto a comune tutela. Nell'ambiente interno inizia una fase di ricerca di politiche eco-compatibili, ma le stesse vanno concordate con altri Stati e condivise nell'ambiente esterno. È la cd. fase delle variazioni climatiche che impongono la ricerca di soluzioni e di energie alternative eco-compatibili in sede onusiana (v. Cop28 di Dubai dal 01/12/2023). Cfr. E. Y. J. Lee, *Revolutionary approach to international law*, Springer, Singapore 2023.

⁶ Nel quadro delle politiche dello "Stato ambientale" la costituzione economico-sociale di ciascun Paese, attraverso vari momenti di ristrutturazione e riconversione dell'intero sistema produttivo e degli scambi nazionali verso l'esterno. Le relative politiche di mercato, finalizzate alla protezione della stabilità e dell'equilibrio, divengono anch'esse parte di nuove politiche generali di trasformazione. Dalla parte opposta non sono più consentite politiche di investimento in settori a economia non-ecocompatibile, evidenziate nelle note crisi globali dell'ultimo decennio, nei settori degli investimenti immobiliari ed urbanistici (v. crisi Usa 2009 dei cd. "Sub-primes" e della Cina 2022 del cd. *Top-ground*).

⁷ Le nuove politiche ecologico-economiche-energetiche sono all'ordine del giorno, non solo degli organismi dell'Onu, quanto anche dei gruppi globali e regionali di Stati. Il Gruppo G7, espressione dei Paesi di democrazia occidentale, si confronta con il gruppo Brics, espressione dei Paesi di democrazia orientale, ambedue in concertazione nel comune gruppo del G20. Da ultimo, il gruppo Brics, originariamente

3. Nuovo profilo dello Stato italiano (ex art. 117 Cost)

Sempre lo stesso art. 117 cost. italiana, nella prospettiva del diritto euro-internazionale, ha introdotto la “transizione digitale”, intesa come sistema informativo-informatico. Trattasi di una particolare tecnologia, che accelera la comunicazione della vita pubblica e privata, interna ed internazionale, mediante la conoscenza istantanea di qualsivoglia evento, presente o passato, in modo simultaneo e sistemico. Tale progresso di transizione è da individuarsi come uno sviluppo dell’art. 21 della Costituzione del 1948, che garantisce la libera manifestazione del pensiero, a mezzo stampa e con qualsiasi altro mezzo di comunicazione. Il diritto digitale è divenuto regolatore delle piattaforme digitali, che parlano una nuova lingua universale, capace di distribuire notizie e informazioni su qualsivoglia evento in tempo reale⁸

Grazie a tali nuovi strumenti di informazione e comunicazione, la transizione digitale ha consentito il monitoraggio delle emergenze, ovvero delle crisi della vita individuale e collettiva, interna ed internazionale, entro ed oltre i confini di ciascuno Stato del mondo. Tutto ciò serve ai fini di successive valutazioni per la determinazione delle politiche internazionali e delle condotte individuali, destinate ad orientare il corso degli eventi. Si porta a titolo di esempio il monitoraggio dei grandi flussi internazionali dal sud al nord del mondo, verso i grandi spazi verso i grandi spazi economici (NAFTA, UE, APEC) del nord America, dell’Europa comunitaria e dell’Asia-Pacifico⁹.

Dalle soluzioni possibili offerte dalla transizione digitale è destinato anche il monitoraggio relativo alle emergenze dei conflitti armati interni, ed internazionali del XXI secolo. La legalità della guerra difensiva (ex-art. 51 ONU), è stata messa alla prova in occasione del primo conflitto russo-ucraino (24/02/2022), e del secondo israelo-palestinese nella Striscia di Gaza (07/10/2023). In tal modo gli Stati in controversia hanno rivendicato l’uso della forza armata per la difesa del proprio diritto all’esistenza, ed alla resistenza di fronte agli attacchi degli avversari, controllabili attraverso ricorsi giudiziari alla Corte Penale Internazionale dell’Aia, o attraverso forze multinazionali di interposizione fra i contendenti, sui loro rispettivi confini terrestri¹⁰.

composto da cinque Stati, dal 01/01/2024 si allarga a tre grandi potenze petrolifere del Medio Oriente (Iran, Arabia Saudita, Emirati Arabi) e ad altre tre potenze regionale dell’area e fuori area (Egitto, Etiopia, Argentina), presentandosi come secondo gruppo mondiale per produzione e popolazione.

⁸ È noto che la transizione digitale migliora il livello informativo-comunicativo della democrazia costituzionale di ciascuno Stato. Tanto dimostra l’orientamento di ciascuno dei poteri parlamentari, governativi e giudiziari, che si traduce in un miglioramento dei diritti fondamentali dei cittadini. In altri termini, le nuove piattaforme di informazione e comunicazione sono destinate ad integrare e sostituire i vecchi archivi e le vecchie biblioteche statali e private, nonché il tradizionale strumento dei mass-media giornalistici e televisivi. Cfr. A. Cortes, M. Garcia, *Blue planet law. The Ecology of Our Economic and Technological World*, Springer, New York 2023.

⁹ La tecnologia digitale ha consentito un miglior controllo dei flussi migratori localizzati negli spazi giuridici, esterni o esterni rispetto all’Unione Europea. Le sue norme sono di applicazione necessaria solo nei confini interni e non sulle rotte esterne, delle rotte balcaniche, del Medio Oriente e del nord Africa. Di qui l’esigenza di controlli o monitoraggi messi a disposizione in tempo reale delle autorità statali e comunitarie.

¹⁰ Si noti che la diplomazia congressuale, legate alla conferenze di pace conclusive di lunghi conflitti armati, è sostituibile dalla diplomazia digitale del XXI secolo. Con quest’ultima le guerre possono essere

4. Diritto internazionale programmato e concertato

Nel diritto della transizione globale va considerato un quadro di regole mediante procedure di programmazione e concertazione da parte degli Stati a regime euro-internazionale. Le prime sono legate a cicli periodici, propri delle presidenze annuali o semestrali delle loro rispettive sessioni di lavoro. Invece, le seconde sono legate alla concertazione, come sintesi equilibrate di punti di vista differenti, relativa a singole politiche o attività dei gruppi di Stati. In tal modo, si raggiungono possibili orientamenti comuni, preliminari alle successive decisioni e politiche di gruppo. La sede della concertazione può essere multilaterale o bi-laterale, in riunioni, tenute “a latere”, delle sessioni istituzionali¹¹.

L'esigenza di una programmazione e di un coordinamento reciproco era nata nell'organizzazione mondiale dell'Onu e nei suoi rapporti con i suoi istituti specializzati, siti in varie sedi degli Usa e dell'Europa. Dopo il 1945, il più vasto sistema organizzativo globale-regionale ha seguito la via della programmazione per il coordinamento dei vari gruppi autonomi. In tale contesto, ogni Stato ha dato il suo contributo alla sviluppo delle nuove procedure ed attività produttive di regole giuridiche di larga e spontanea osservanza¹².

La concertazione nei gruppi regionali e globali di Stati ha aperto l'epoca delle intese, in forma e con procedure semplificate. Trattasi di atti denominabili protocolli o memorandum, di spontanea adesione, da parte dei suoi Stati (cd. *soft law*). Ogni Stato persegue il suo interesse nazionale e sostiene il suo profilo costituzionale, ovvero la sua identità geopolitica o geo-economica, che spaziano dai più vasti settori del libero mercato, alle unioni economiche e monetarie vere e proprie¹³.

5. Diritto delle conferenze e dei vertici internazionali

Le regole del nuovo ordine globale ed euro-internazionale, il cui rispetto è garantito dall'art. 117 cost, alcuni Stati hanno un ruolo primario ovvero di leadership. Si tratta di una tradizione iniziata dalle grandi conferenze di pace europee (Westphalia, 1648 e

messe a fuoco, di fronte all'opinione pubblica mondiale. Viceversa, possono essere ignorate o dimenticate in favore di altri conflitti, su altri teatri di guerra. Così è accaduto per la guerra locale israelo-palestinese, sovrapposta a quella russo-ucraina. Cfr. H. Kissinger, *L'ordine mondiale*, Mondadori, Milano 2014-2023.

¹¹ La cronologia delle programmazioni dei lavori e le relative agende tematiche, fissano all'ordine del giorno i vari punti di interesse prioritario o attuale di interesse comune. Tali riunioni sono ordinarie o straordinarie, a seconda del carattere normale o eccezionale ed urgente dei temi trattati. Pertanto, lo sviluppo istituzionale consiste nel dare una strategia di stabilità ed effettività all'azione collettiva dei gruppi.

¹² Usa e Cina, super potenze economiche, si incontrano ogni anno in una doppia sede del G20 e dell'A-PEC. Non è così per i Paesi europei del G7, i quali estranei all'area dell'Asia-Pacifico, si incontrano la Repubblica Popolare Cinese, solo in occasione delle riunioni presidenziali e ministeriali del G20. Nell'uno e nell'altro caso salva la possibilità di incontri bilaterali diretti ed occasionali fra le parti sovra-indicate.

¹³ L'Italia aveva stipulato il suo memorandum di concertazione con la Cina, relativo alla Via della Seta (2019), nel noto incontro, tenuto a Roma (Villa Madama). Ne ha chiesto la risoluzione nel G20 di New Delhi, in occasione dell'incontro tra il Presidente cinese e quello italiano. Successivamente, si è dato seguito a tale intesa, anche in considerazione dei progressi scarsi risultati raggiunti dal memorandum sopraindicato.

Vienna, 1816) e continuata con l'allargamento ad altri pochi attori extra-europei (L'Aia, 1899-1907), fino al Consiglio della Società delle Nazioni (1919 – *League of Nations*) ed all'attuale sistema delle Nazioni Unite (post-1945). A tale situazione, l'unica variante di rafforzamento dei poteri istituzionali dell'Onu, fu costituita dall'istituzione di un tribunale speciale per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia, nonché da una successiva Corte penale internazionale (Roma, 1999)¹⁴.

Nel primo ventennio di questo secolo, un ristretto numero di Stati (cd. volenterosi), ha gestito operazioni multinazionali di pace, nel Medio oriente e in Asia centrale (Iraq, 2003-2007 e Afghanistan, 2001-2021). Tali operazioni sono state compiute con forze di interposizione fra gruppi locali in conflitto armato fra loro. Forze multinazionali, autorizzate dall'Onu, hanno operato in nome della pace e della democrazia e della sicurezza collettiva¹⁵.

Nei recenti conflitti armati (2022/2024), gli Stati in lotta fra loro hanno utilizzato la forza armata per la garanzia dei loro diritti. Nella teoria classica del *Bellum juxtum*, si distingue una giusta causa di guerra da una regolare condotta delle operazioni belliche (*jus ad bellum* e *jus in bello*), oggi evoluta nella teoria del cd. diritto internazionale umanitario (*Global human rights*). In specie, nel conflitto israelo-palestinese, Hamas rivendica il suo diritto all'istituzione di uno Stato palestinese ed Israele invoca la legittima difesa contro gli attacchi dell'avversario, come premessa per ogni ulteriore valutazione sia della condotta militare reciproca, sia dei danni inferti alle popolazioni civili sul territorio della Striscia palestinese di Gaza e nello stesso territorio dello Stato di Israele¹⁶.

¹⁴ Nell'ultimo decennio del secolo scorso, si svolge in tre parti dell'ex-Jugoslavia, un ripetuto conflitto armato – Repubblica serba, di Croazia, di Bosnia-Erzegovina e Kosovo* (tale designazione non pregiudica le posizioni riguardo allo status ed è in linea con la risoluzione 1244/1999 dell'UNSC). In tali fasi si compiono crimini di guerra e contro l'umanità così gravi, da avere richiesto l'istituzione del ben noto tribunale speciale, di inquisizione, giudizio e condanna per i responsabili. Alla fine del decennio predetto, la nascita di una corte penale internazionale, serviva a rafforzare gli stessi poteri del Consiglio di Sicurezza dell'Onu, in materia di pace e sicurezza internazionale, per la repressione e punizioni dei cd. *delicta juris gentium* (genocidio e crimini di guerra e contro l'umanità). Successivamente nel secolo XXI alleanze tra gruppi ristretti di Stati, posti al vertice della responsabilità mondiale hanno integrato il preesistente sistema Onu (G7-G20-Brics). Cfr. I. Macneil, I. Chiu, *Research Handbook on Global Capital Markets Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2023.

¹⁵ Gli Stati attualmente gestori dell'ordine mondiale geopolitico completano il sistema di sicurezza collettiva dell'Onu (post-1945) e dello stesso precedente sistema della Società delle Nazioni (post-1919). Trattasi di prese di posizione, miranti all'individuazione delle responsabilità delle parti in conflitto ed alla adozione dei relativi rimedi (cessate il fuoco, tregue umanitarie, pause umanitarie). Per il conflitto russo-ucraino le posizioni del G7 e del Brics sono state divergenti, mentre per il conflitto mediorientale israelo-palestinese, il G7 ha assunto immediate posizioni pacifiste e ha censurato non solo i comportamenti di Hamas, ma anche quelli di Israele, per l'attività dei suoi coloni nella Striscia di Gaza, in danno della popolazione civile palestinese (cd. politica dei Kibbutz israeliani in territorio palestinese, summit dei Ministri del G7, Tokio – novembre, 2023). V. M. Panebianco, *Global peace e guerre di Oriente*, Giappichelli, Torino 2003.

¹⁶ Il sistema della governance globale dei gruppi di Stati, ha ereditato situazioni pregresse già governate dal sistema di sicurezza collettiva dell'Onu, con particolare riferimento allo storico conflitto arabo-israeliano, successivo alla risoluzione Onu 1947/183 e alla successiva istituzione dello Stato di Israele (1948). Come è noto, la prevista soluzione politica “due popoli, due Stati”, trovò una disciplina provvisoria negli accordi di Oslo (1993), dove l'autorità nazionale palestinese (ANP) era istituita nella Striscia di Gaza, con soli poteri di ordine pubblico e di polizia, e divieto di istituzione di forze armate e di un esercito regolare.

6. Democrazia europea ed internazionale

Bisogna anche alludere alle norme regolatrici della democrazia europea ed internazionale, le quali garantiscono una piena uguaglianza nella formazione del nuovo diritto della transizione ecologica e digitale. Le norme di base o primarie, servono al nuovo modello di organizzazione decentrata su base regionale e multi-regionale. Tale partnership serve ad assicurare la piena ed effettiva partecipazione di tutti gli Stati (grandi e piccoli), all'organizzazione politico-economica e alla comunità internazionale generale, distribuita in varie zone ed aree del mondo. In tale quadro si è sviluppato un modello decentrato con una duplice funzione di "integrazione comunitaria" o di "cooperazione". Il primo modello è prevalente nel sistema euro-atlantico, sia euro-americano che euro-africano. Viceversa, il sistema di organizzazione su base di cooperazione è prevalente nell'area asiatica (dell'Asia-Pacifico e dell'Indo-Pacifico)¹⁷.

In tale contesto, l'europesismo organizzato vive una fase di completamento e di allargamento a nuovi Paesi. È la cd. "riunificazione europea" estesa ai Paesi dei Balcani occidentali e del Mar Nero. Viceversa, l'europesismo comparato si completa con lo sviluppo del diritto dell'integrazione comunitaria, esteso all'euro-America ed all'Euro-Africa¹⁸.

Il modello di cooperazione delle organizzazioni asiatiche è più prudente e su base consensuale. Invero, i due mondi dell'Asia-Pacifico e dell'Indo-Pacifico sono modelli eterogenei. Essi rappresentano valori comuni a Stati di democrazia occidentale e di autocrazia orientale, in quanto l'Asia-Pacifico si estende fino alle coste del nord e sud America, a democrazia occidentale, mentre l'Indo-Pacifico abbraccia Stati sui vari lati del grande spazio asiatico, con tradizioni tipiche del governo orientale autocratico¹⁹.

Dal 2007 il gruppo politico-militare di Hamas, risultato vincitore delle elezioni politiche, iniziò una politica di armamenti nascosti nei cd. tunnel sotterranei di Gaza city (cd. *metro-Gaza*), mentre nel perimetro urbano della città venivano costruite istituzioni politiche, economiche, sanitarie, sociali, scolastiche e religiose. Da tale situazione derivante dalla nascita di un'autorità palestinese semi-statuale e dalla concorrente autorità di Hamas, su altre parte del territorio, è derivata la conflittualità permanente e ripetuta del quindicennio successivo, fino al 07/10/2023.

¹⁷ Per l'euro-America v. Unione Europea e NAFTA con Mercosur e Unasur, che rappresentano due idee dell'organizzazione nord-Atlantica e del sud-americanismo più recente. Non a caso, dopo la nascita europea del mercato comune e dell'Unione Europea, in parallelo nascono Mercosur ed Unasur. Sono due forme organizzative di base concorrenti e coesistenti con le pregresse forme di integrazione comunitaria latino-americana, risultante dalle stesse denominazioni o dalle funzioni svolte da quei meccanismi sovranazionali. Cfr. J. Klabbers, *International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2023.

¹⁸ Le denominazioni "comunità" e "unione" compaiono in Mercosur e Unasur. Invece, quelle di integrazione risultano nell'associazione latino-americana di libero scambio, nell'ALADI, nel SELA, nella Comunità Andina. Infine, designano i sistemi di integrazione economica del centro-America e dei Caraibi (SIECA, CARIFTA e CARICOM).

¹⁹ Il termine cooperazione compare sia nelle denominazione dell'Apec sia dell'Organizzazione di cooperazione economica centro-asiatica (cd. di Shanghai). Compare inoltre nel consiglio di cooperazione araba del Golfo, come emblematica di tale zona medio-orientale. Già nell'Asia meridionale aveva designato la comunità dei Paesi del sud-est asiatico (Filippine, Thailandia, Vietnam, Cambogia, Laos, Singapore, Indonesia, Malesia, Myanmar) e il meccanismo di cooperazione regionale dell'Asia meridionale (India, Pakistan, Bangladesh, Sri-Lanka).

7. Quadro delle transizioni euro-internazionali

In conclusione, mentre il combinato disposto degli art. 9 e 117 cost., dispone la transizione eco-digitale fra le generazioni, il solo testo dell'art. 117 disciplina un ulteriore elemento di transizione euro-internazionale. Trattasi di una serie di competenze statali esclusive, esercitabili nel rispetto degli obblighi internazionali ed europei. Essi definiscono l'insieme dello Stato nazionale che guarda al mondo, con finalità e poteri oltre confine (cd. *beyond the state*).

Le norme previste dall'art. 117 cost possono avere funzioni inter-statali, ovvero regolare affari esteri o rapporti con l'Unione Europea. Si tratta dell'esercizio della sovranità negoziata o condivisa. La co-legislazione avviene con norme che si succedono nel tempo, creando o modificando situazioni giuridiche pregresse, con successiva regolazione amministrativa e giurisdizionale di co-amministrazione e co-giurisdizione.

Le predette norme euro-internazionali previste dall'art. 117 cost., possono avere anche funzioni di diritto internazionale privato o di mercato. Possono, cioè, regolare situazioni fra Stati e privati, ovvero fra cittadini dell'Unione Europea o di Stati non appartenenti all'Unione (cd. immigrati). Le norme finali dell'art. 117 cost., sono dedicate alla disciplina delle frontiere, dogane e profilassi sanitaria internazionale, nel quadro del cd. spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ove risultano garantiti i livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei confronti dei soggetti, cittadini e individui privati.

Bibliografia

- Baer, M., *Gli Ottomani. Khan, cesari e califfi*, Einaudi, Torino 2023.
- Cortes, A., Garcia, M., *Blue planet law. The Ecology of Our Economic and Technological World*, Springer, New York 2023.
- Eliantonio, M., Morth, U., Korkea-Aho, E., *Research Handbook on Soft Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2023.
- Kissinger, H., *L'ordine mondiale*, Mondadori, Milano 2014-2023.
- Klabbers, J., *International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2023.
- Lee, E. Y. J., *Revolutionary approach to international law*, Springer, Singapore 2023.
- Macneil, I., Chiu, I., *Research Handbook on Global Capital Markets Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2023.
- Panebianco, M., *Global peace e guerre di Oriente*, Giappichelli, Torino 2003.
- Panebianco, M., *Jus gentium commerciale moderno*, Aracne, Roma 2015.
- Quadri, R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli 1958.
- Sinagra, A., Hitaj, E., *Giornata di studi in onore di Rolando Quadri*, Aracne, Roma 2024.

SOVRANITÀ STATALE E POTERE STATALE – PERCHÉ LA SOVRANITÀ NAZIONALE NON È NEGOZIABILE

Abstract

The conference proposes a topic of increasing relevance in the contemporary international political and legal panorama. In particular, the article analyses the characteristic features of the concept of sovereignty and attempts to demonstrate how it cannot be transferred or subject to negotiability, since sovereignty has to be understood as unique, indivisible, unlimited: to argue the opposite means to confuse sovereignty with its components/competences/functions, to which the State can instead voluntarily renounce; a renunciation which, however, does not affect sovereignty as such, given that the renunciation itself is still a manifestation of sovereignty.

Key words: *national sovereignty, negotiability, international law*

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università di Trieste (f.r.).
E-mail: gianluigi.cecchini@hotmail.it

DRŽAVNI SUVERENITET I DRŽAVNA VLAST – ZBOG ČEGA NACIONALNI SUVERENITET NE MOŽE DA BUDE PREDMET PREGOVORA

Apstrakt

Ova tema je od sve većeg značaja u savremenoj međunarodnoj političkoj i pravnoj panorami. U radu se posebno analiziraju karakteristike koncepta suvereniteta i pokušava da se ukaže kako se on ne može preneti ili biti predmet pregovaranja, jer je on jedinstven, nedeljiv i neograničen. Argumentovati suprotno znači mešati suverenitet sa njegovim komponentama/nadležnostima/funkcijama kojih se država može dobrovoljno odreći: odricanje koje, međutim, ne utiče na suverenitet kao takav, s obzirom na to da je samo odricanje još uvek manifestacija suvereniteta.

Ključne reči: *nacionalni suverenitet, pregovaranje, međunarodno pravo*

1.

Di origine francese¹, la parola *sovranità* viene utilizzata per designare lo status di chi detiene il potere di governo su un territorio e sui suoi abitanti. Con il passare del tempo, questa *summa potestas* è stata progressivamente attribuita allo Stato e alla Nazione in una prospettiva democratica.

“Caractère suprême d’un pouvoir”² secondo R. Carré De Malberg, per Charles Loyseau³, «puissance absolue et perpétuelle» o “pouvoir illimité et exclusif” secondo Jean Bodin⁴, la *sovranità* designa il potere dello Stato di autodeterminarsi senza essere soggetto ad un potere esterno e superiore.

Inizialmente, dunque, *sovranità* e *potere* sono due termini che si muovono in simbiosi, il che fa ritenere che il termine *sovranità* designi il *potere* dello Stato, ovvero la sua *capacità* nel prendere una decisione, applicare un atto, risolvere una questione, porre regole e farle rispettare con riguardo sia all’ordinamento interno che all’ordinamento esterno. La *sovranità* presenta, infatti, due aspetti: il primo è *interno*, “dans le sens que l’Etat est pour ses membres et sur son territoire l’autorité suprême dont les décisions ne sont pas susceptibles d’appel devant une instance supérieure”⁵; in questo caso è sinonimo di *autonomia*; il secondo è *esterno* “dans ce sens que les Etats dans leurs relations réciproques, ne sont soumis à aucun pouvoir supérieur mais au seul droit international”⁶ ed è quindi è sinonimo di *indipendenza*.

Si può dunque affermare che la *sovranità* dello Stato stia al *diritto* come il suo *potere* sta al *fatto* e se la *sovranità* viene concepita come *diritto al diritto*, il *potere* designa lo *stato dello Stato*. Questo è il senso della distinzione tra *sovranità statale* e *potere statale* che cerchiamo di delineare in queste pagine; distinzione che dev’essere compiuta se si vogliono evitare confusioni, sovrapposizioni in cui incorrono molti studiosi quando parlano di “crisi della *sovranità*”, di “*sovranità limitata*” o, come puntualmente evidenziato dal titolo del convegno, di “negoziabilità o di *sovranità negoziata*”. Solo se intesa come *meta-prerogativa giuridica*, come *norma fondamentale* o *Grundnorm* kelseniana e il *potere* considerato come *dato fattuale*, empiricamente accessibile, che riflette la reale forza ed efficacia dell’azione dello Stato, la *sovranità* presenta natura *stipulativa*, ossia *negoziale*, traducendosi di tal guisa più in un tentativo, che in una proposta, di distinzione⁷. Non si può negare che

¹ R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, tome: *Spécialement d’après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1920, 73: “Le mot souveraineté est un terme purement français, qui n’a point d’équivalent dans toutes les autres langues et qui suffit à attester l’origine française de la notion souveraineté”. Del testo c’è oggi una ristampa curata dalla casa editrice Dalloz, 2003.

² Ivi, 70, §26.

³ Ch. Loyseau, *Traité des Seigneuries* (1608), Hachette/BNF, Paris 2012, ch.4, n. 4 e 5.

⁴ J. Bodin, *Les six livres de la République*, (1583), Scientia Verlag, Aalen 1961.

⁵ A. Truyol Serra, “Souveraineté”, *Archives de philosophie de droit*, 1990, 323.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Credo possa tornare utile avvalerci di una raffigurazione simbolica per comprendere meglio ciò che si vuole qui intendere. La *sovranità* dovrebbe essere intesa come una sorta di *incubatore* di potestà/

le nozioni di *sovranità statale* e di *potere statale* siano spesso considerate *sinonimi* e, proprio per questa ragione, il concetto di sovranità sia oggetto di controversie dottrinarie, atteso che per alcuni autori avrebbe carattere giuridico e carattere fattuale, politico, per altri.

Sovranità dello Stato e *potere statale* hanno quindi un significato ed una portata più incerti di un tempo e questo porta a ritenere che entrambi possano, o addirittura debbano, essere (ri)pensati e dibattuti. Sotto questo profilo, è preferibile non accostarli come due significanti di uno stesso significato, perché diritto, teoria generale dello Stato, filosofia sono discipline che necessitano di entrambe le nozioni. Si potrebbe allora sostenere, come già fatto da altri, che “il convient, dans une bonne et saine terminologie, de ne pas employer indistinctement l’une pour l’autre les deux expressions puissance d’État et souveraineté”⁸.

Nella seconda decade del secolo scorso, la parola “*sovranità*” era considerata un concetto “*embrouillé et obscur*” avendo subito una “*excessives extensions*”⁹; un’osservazione che sembra possibile fare anche oggi, tanto che ci sono studiosi che vedono nella sovranità un “*concept aussi inconsistant qu’incontournable*”¹⁰, un “*voile dont il nous faut comprendre ce qu’il cache*”¹¹, un “*principe totalement vide*”¹². Léon Duguit, al quale non era sfuggita la presenza di una dottrina che separava “*puissance et souveraineté*”¹³, aveva assunto una posizione decisamente contraria a tale idea¹⁴. In precedenza, il Nostro aveva colto nei termini “*sovranità*” e “*potere*” due sinonimi perfetti¹⁵, parlando spesso di “*puissance ou souveraineté*”¹⁶, mentre Raymond Carré de Malberg faceva presente ai suoi lettori che “*la puissance porte, dans la terminologie traditionnellement consacrée en France, le nom de souveraineté*”¹⁷, e

poteri esercitati dagli Stati. Ma se lo Stato rinuncia volontariamente all’esercizio di alcuni di questi poteri o li cede ad altri soggetti (enti internazionali, unione europea) non intacca la sua sovranità, semmai in questo caso, la esprime al massimo livello possibile. L’altra raffigurazione può farsi con il corpo umano, involucro di organi complessi che ne assicurano la vita, organi che possiamo identificare con i poteri, funzioni, competenze dello Stato. Rinunciando volontariamente ai proprio organi non necessariamente si intacca la vita del corpo umano, solo se si rinuncia agli organi vitali, il corpo può deperire fino morire. Nel caso dei rapporti internazionali, non esistono centri di potere equivalenti allo Stato che siano dotati di un autonomo potere coercitivo – manipolativo sì – che obblighi gli Stati a compiere certe scelte. Se un potere di questo tipo esiste è un potere occulto, cui sono peraltro sottoposti gli stessi enti che si vorrebbero sovraordinati agli Stati.

⁸ R. Carré De Malberg, 191.

⁹ Ivi, 79.

¹⁰ Th. Berns, “Souveraineté, droit et gouvernementalité”, *Archives de philosophie du droit*, 2002, 353.

¹¹ F. De Smet, *Le mythe de la souveraineté – Du Corps au Contrat social*, EME Editions, Ottignies-Louvain-la-Neuve 2011, 8.

¹² O. Beaud, *La puissance de l’État*, PUF coll. Léviathan, Paris 1994.

¹³ Ivi, 10.

¹⁴ O. Beaud, *La souveraineté* in *Contribution à la théorie générale de l’État de Carré de Malberg*, *Revue de Droit Public*, 1994, 1251 s.; ID., *Nationalisation et souveraineté, la nationalisation comme acte de puissance*, *Les Petites affiches*, 24 november, 1995, 11 s.

¹⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, *Théorie générale de l’Etat: éléments, fonctions, organes*, Hacette livres, rist. ed. 1928, Paris, 2018, 3.

¹⁶ Ivi, 57.

¹⁷ R. Carré De Malberg, 9.

“le terme “souveraineté” désigne l’ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d’État, et il est par suite synonyme de cette dernière”¹⁸. Ma è ad un’epoca più lontana che dobbiamo risalire per rintracciare le origini dell’associazione tra *sovranità statale* e *potere*. Nel XVI secolo, infatti, Jean Bodin, il primo teorico della *sovranità*, e allo stesso tempo il primo teorico dello Stato moderno, definì la *sovranità* come la “puissance absolue et perpétuelle de la République”¹⁹; intravedendo il segno distintivo di questa “République” – nom qu’il donnait à l’État – dans le “droit gouvernement [...] avec puissance souveraine”²⁰. Da allora, *sovranità statale* e *potere statale* sono stati comunemente equiparati. Storicamente, quindi, la *sovranità* è sempre stata intesa e definita come *potere*, al punto che le espressioni “sovranità dello Stato” e “potere dello Stato” potevano dirsi equivalenti. Tuttavia, poiché la *sovranità* è *anche* esercizio di *potere*, la difficoltà sta nel fatto che non sappiamo esattamente cosa designi l’idea di *potere* e, soprattutto, se si tratti di un *potere di fatto* o di un *potere di diritto*.

Ancora a metà del XX secolo si studiava la *sovranità* come “puissance de l’État”²¹, non diversamente da oggi in cui “puissance” è sinonimo di “souveraineté”²² o “la souveraineté” è denominata anche “puissance d’État”²³. Del resto, la maggioranza dei testi di diritto sostiene che, per l’esistenza di uno Stato, è necessario che la popolazione e il territorio siano soggetti a una specifica forma di potere politico²⁴, una condizione di esistenza, questa, generalmente chiamata *potere pubblico* o *sovranità*, circostanza che porta a ritenere che la *sovranità* sarebbe la “puissance suprême de domination”²⁵ o una “puissance de droit”²⁶.

Solo pochi autori, e noi fra questi, suggeriscono di mantenere su piani distinti, separati, la *sovranità statale* e il *potere statale*, atteso che la migliore rappresentazione dello Stato è ancora quella descritta da Hobbes ne *Il Leviatano* o lo si può immaginare alla stregua del corpo umano. In questo senso, la *sovranità* ne costituisce l’essenza così come l’anima, lo spirito, lo sono per l’essere umano, laddove il *potere* si compendia in un insieme di competenze, funzioni, compiti e nel loro esercizio posti in essere dagli organi a ciò preposti. A ben vedere, compiti non dissimili spettano anche agli organi vitali dell’essere umano.

Nel tempo, compiti, funzioni dello Stato possono affievolirsi, possono essere trasferiti ad altri soggetti, ma se ciò accade vuol dire che la *sovranità*, il significante, è più viva che mai e non subisce alcun logoramento, tutt’altro.

¹⁸ Ivi, 79.

¹⁹ J. Bodin, chap. 8.

²⁰ Ivi, L. I, chap. 1.

²¹ J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Edité par Domat-Montchrestien, Paris 1947, 359.

²² H. Moutouh, *Pluralisme juridique*, in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, 1159.

²³ M. Troper, *Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale?*, consultabile in www.conseil.constitutionnel.fr, 2008.

²⁴ F. Hamon, M. Troper, P. Brunet, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris 2023, 28.

²⁵ J. Chevallier, *L’Etat*, Dalloz, Paris 2011, 28. Dello stesso Autore cfr. anche *L’État en France. Entre déconstruction et réinvention*, Paris 2023.

²⁶ D. Baranger, *Le Droit constitutionnel*, PUF, Paris 2013, 36.

2.

Nella prima parte della metà del XX secolo si era giunti a non separare *sovranità* e *potere* ma a considerare l'esistenza di due *sovranità*: la *sovranità giuridica* e la *sovranità politica*²⁷, aggiungendo che “la combinaison des deux est la souveraineté absolue”²⁸. Un decennio prima, Maurice Hauriou è stato invece in grado di distinguere tra “la conception politique de la souveraineté “indépendance” et la conception juridique de la souveraineté “faisceau de droits régaliens””²⁹. Al tempo stesso, si giunse a contrapporre, ad esempio, il *potere assoluto* (il fatto che “quelqu'un peut agir de fait”) e il *potere ordinario* (il fatto che “quelqu'un peut agir de droit”): *potere assoluto* è un altro modo di designare la *sovranità assoluta* e *potere ordinario* è un altro modo di designare la *sovranità ordinaria*³⁰.

Alcuni preferiscono quindi descrivere minuziosamente diversi tipi di *sovranità* o *potere* piuttosto che discriminare tra *sovranità* e *potere*, possibilmente associando il *potere* alla *capacità fattuale di agire* e la *sovranità* alla *capacità giuridica di agire*. Nondimeno, è possibile trovare, nella letteratura moderna sulla politica, alcuni tentativi di declinare il concetto di *potere statale* in relazione alla *sovranità statale*. La prima differenziazione tra *sovranità statale* (*Souveränität*) e *potere* (*Staatgewalt*) sembra essere stata opera della dottrina tedesca della fine del XIX secolo, che volle così offrire uno strumento efficace per distinguere tra Stato federale, detentore della *sovranità* e Stati federati, che avrebbero potuto disporre solo di *potere*, senza essere propriamente sovrani. Esiste quindi una dottrina minoritaria – organizzata attorno ai lavori di Laband e Jellinek, per i quali non si deve giustamente confondere il *potere statale* con la *sovranità*³¹ – secondo la quale, negli Stati federali, *sovranità* e *potere* debbono essere concettualmente distinti. Non solo: premesso che questa concezione può valere solo rispetto ad una certa categoria di Stati, se esiste una differenza di *sovranità* e di *potere*, difficilmente essa si fonda sulla divisione fatto/diritto. In questo caso, è più una questione di livelli, e il *potere* sarebbe ad un livello inferiore rispetto alla *sovranità*. Intesi così, *potere* e *sovranità* si distinguono per differenze di grado non di natura. Se talvolta *sovranità statale* e *potere* vengono separati, è perché si tratta di elementi della stessa natura ma di grado e livello diversi, non di nature diverse dello stesso oggetto. Va da sé che ove la *sovranità* fosse considerata come uno dei livelli perseguibili dal *potere*, sarebbe difficile sostenere la dissociazione tra *sovranità* e *potere*, atteso che l'uno verrebbe compreso nell'altro. Oggi viene avanzata anche l'ipotesi che la *sovranità* non sia null'altro che il “critère formel de la puissance”³² ed è per questo motivo che si preferisce parlare di *sovrano* piuttosto che di *sovranità*, così che risulti chiaro come sia questi a fungere da legittimo detentore del *potere*. In

²⁷ G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, Paris 1940, 205.

²⁸ *Ibidem*, 107.

²⁹ M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Hachette/BnF, Paris 1930, 17.

³⁰ Th. Berns, *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, Editions Léo Scheer, Clamécy 2005, 351.

³¹ G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano 1949, con introduzione di Vittorio Emanuele Orlando, 108.

³² S. Goyard-Fabre, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, Paris 1999, 20.

questo caso, *sovranità* e *potere* sono meri dati giuridici, non identici ma intimamente interdipendenti, nel senso che l'uno non può esistere senza l'altro.

Giunti a questo punto, non si può non considerare come tra *sovranità dello Stato* e *potere dello Stato* possano esserci differenze di natura, di dimensione o di spazio, non già differenze di grado o di livello che dir si voglia. Ed è sotto questo che può dirsi che la *sovranità* apparterebbe al mondo del *diritto* mentre il *potere* apparterebbe al mondo dei *fatti*, della *politica*. Non si tratta in alcun modo di fare del *potere* un criterio, un carattere o una specie della *sovranità*, né della *sovranità* un criterio, un carattere o una specie del *potere*. Si è così scelto di percorrere una strada completamente diversa, anche per meglio delineare gli strumenti semantici che permettono di rendere giustizia sia alla superiorità giuridica dello Stato, sia alla sua superiorità di fatto. Infatti, se i teorici dello Stato generalmente concordano nel delineare i tratti della *sovranità-potere statale* piuttosto che della *sovranità* e del *potere statale*, sono tuttavia divisi in due correnti di pensiero: quelli per i quali detta *sovranità-potere statale* sarebbe un *dato fattuale* e coloro per i quali questa *sovranità-potere statale* sarebbe un *oggetto giuridico*. Circa la prima delle due posizioni sopra richiamate, la “souveraineté-puissance” – come la definisce in modo molto significativo uno studioso³³ – ci si chiede se essa derivi dal *fatto* o dal *diritto*. I teorici dello Stato non sono mai stati in grado di fornire una risposta chiara a questo interrogativo, motivo che porta ritenere polisemiche le nozioni di *sovranità* e di *potere statale* sono polisemiche. In particolare, è per questo motivo che la specificazione di cosa debba intendersi per *sovranità* e per *potere dello Stato* dev'essere organizzata attorno alla rottura umana tra *essere* e *dover essere*³⁴, che, nel caso di specie, vuol dire organizzata attorno all'opposizione tra *dominio fattuale* e *dominio giuridico*. Sembra pertanto possibile affermare che la *sovranità-potere* sia da considerarsi tanto *fattualmente* quanto *giuridicamente*.

Nelle pagine che seguono si propone di considerare il *potere come un fatto* e la *sovranità come un diritto*: un approccio che si richiama a Maurice Hauriou, il quale distingueva “États de fait” e “États de droit”³⁵ ed era interessato alla “mutation du pouvoir politique brut en souveraineté juridique”³⁶. Anche l'illustre preside della facoltà di giurisprudenza di Tolosa si è avvalso della *summa divisio* consistente nella divisione dell'universo statale tra *mondo fattuale* e *mondo giuridico*, anche se è stato osservato come i concetti di *potere* e di *sovranità* non siano propriamente indicativi della differenza tra *forza fattuale* e *prerogativa giuridica*.³⁷

³³ B. Pauvert, *Droit constitutionnel – 30 fiches de synthèse*, Studyrama, Paris, 2004, 82.

³⁴ D. Hume, *Opere filosofiche*, I, *Trattato sulla natura umana*, Laterza, Bari-Roma 2008, 496-497. Cfr. anche B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino 1994. Per Hume, bisogna far sì che in ogni momento “ciò che è” (*Sein*) sia separabile da «ciò che deve essere» (*Sollen*), intendendo con ciò affermare che le proposizioni descrittive vanno separate da quelle prescrittive.

³⁵ M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et doctorat ès-sciences politiques* (1916), Hachette/BnF, Paris, 2022.

³⁶ *Ibidem*, 12.

³⁷ R. Carré De Malberg, 255.

La concezione giuridica di sovranità-potere dello Stato prevale certamente su quella fattuale in quanto sostenuta da un maggior numero di autori. Tuttavia, il divario tra il relativo successo dell'una e il relativo fallimento dell'altra è minimo, il che favorisce lo sviluppo di incertezze semantiche e concettuali attorno all'idea stessa di *sovranità-potere*. Non meno incertezze si riscontrano con riguardo a quanti affermano la *sovranità-potere giuridico* e a quelli che concentrano la propria attenzione sulla *sovranità-potere fattuale*. Ciò porta a considerare la *sovranità giuridica* e il *potere di fatto* nel senso specifico, rispettivamente, di sovranità come “*diritto al diritto*” e di potere come “*stato dello Stato*”. Ancora: circa la concezione giuridica della *sovranità-potere statale*, si osserva come molti teorici dello Stato, soprattutto tra i giuristi, facciano della *sovranità-potere* la pietra d'angolo delle loro costruzioni giuridiche dello Stato. Non è quindi infrequente che i manuali di diritto costituzionale, e di riflesso quelli di diritto internazionale – secondo cui non esiste una figura di Stato secondo il diritto internazionale diversa da quella prevista dalla dottrina generale³⁸ – insegnino che lo Stato va sì definito anzitutto sulla base della sovranità, purché si abbia l'accortezza di non presentarlo come manifestazione di una supremazia di fatto, di una supremazia reale, oggettiva. Il motivo di questa apparente contraddizione è che, ad esempio, potrebbero esserci, in alcuni Paesi, istituzioni o gruppi che di fatto sono più potenti dello Stato. Ne consegue che la superiorità del potere in questione non sarebbe una superiorità *de facto* bensì di diritto³⁹. E questa è una tesi classica propria delle facoltà giuridiche. D'altronde, la storia del diritto e la storia dello Stato sono così diffusamente intrecciate l'una con l'altra da potersi addirittura confondere⁴⁰. Sembra quindi giustificato il tentativo di definire lo Stato attraverso il diritto cercando di porre la *teoria giuridica dello Stato* al centro della *teoria generale dello Stato*.

Kelsen ha sostenuto che lo Stato altro non sarebbe che una figura sussidiaria del pensiero giuridico⁴¹. Se molti studiosi delle scienze umane e sociali, considerano lo *Stato come un oggetto a-giuridico*, ritenendo che sia soprattutto un *fenomeno politico e sociale*, diverso è il discorso per i giuristi che, in generale, sostengono la compresenza di identità e alterità tra *diritto* e *Stato*, in specie per i normativisti, categoria di giuristi che concepiscono lo Stato come la personificazione di un *ordinamento giuridico*⁴². In realtà, non è che Kelsen e i suoi successori immaginino lo *Stato* come ente fondato soltanto sul *diritto*, semplicemente

³⁸ R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1989^v, 75.

³⁹ F. Hamon, M. Troper, P. Brunet, 25.

⁴⁰ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Paris, 1867, XXIII, 3 tomes, réédité par Denis Alland et Simone Goyard-Fabre, Paris, PUF, collection “Léviathan”, 1999.

⁴¹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto (Saggio introduttivo e nuova traduzione di Mario G. Losano)*, Einaudi, Torino 2021. Cfr. anche, specie con riferimento al “Diritto Internazionale” *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di Agostino Carrino, Giuffrè, Milano 1989; H. Kelsen, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997; H. Kelsen, U. Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, con un inedito di H. Kelsen e un saggio di N. Bobbio, Giuffrè Milano, 1999; H. Kelsen, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Etas Kompass, Milano, 1966; Id., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano 2013; Id., *Lo Stato come Superuomo. Una risposta (1926)*, Giappichelli, Torino 2002.

⁴² F. Poirat, *État*, in Alland D., Rials, S., 642.

si limitano a definirlo e a studiarlo giuridicamente. Gli è che lo Stato, come la *sovranità-potere*, sarebbe anzitutto un concetto giuridico distinto dalle realtà socio-fattuali che lo compongono. Michel Troper, ad esempio, sostiene, contro Kelsen, che “l’État ne s’identifie pas avec le droit”⁴³; ma poi osserva che “ce n’est pas l’État qui définit le droit mais le droit, la forme juridique, qui définit et constitue l’État”⁴⁴, sicché sarebbe giocoforza il diritto, la forma giuridica, a definire e costituire la *sovranità-potere statale*.

La definizione giuridica più comune di Stato è quella che ne fa un soggetto giuridico sovrano, definizione sulla quale c’è concordanza di vedute tra i giuristi⁴⁵.

Presentando quindi la *sovranità-potere* come un “attribut juridique de l’État”⁴⁶, molti studiosi o sostengono che “la souveraineté est une puissance exercée dans les formes, pour les finalités et selon les moyens du droit”⁴⁷ e arrivano a mettere in discussione “les caractéristiques de la puissance de l’État” facendo dello Stato una “institution juridique”⁴⁸ o sostengono che “étudier l’État sous l’angle de sa puissance ou de sa souveraineté” equivale a “tenter de rendre compte *juridiquement* de l’État”⁴⁹.

Ognuno può quindi costatare fino a che punto “le mot souverain a d’abord une signification juridique”⁵⁰. All’uopo c’è chi ritiene che la *sovranità-potere* sia un “élément essentiel” della “constitution juridique de l’État”⁵¹, tanto da scrivere che “l’État est un concept dont la consistance est d’abord juridique et qui ne peut être appréhendé qu’à travers le prisme du droit”⁵², sostenendo, al tempo stesso, che ciò “néantis[e] la dynamique sociale et politique dont [l’État] est le produit [...] et qui l’agit[e] en permanence et le [fait] évoluer”⁵³.

Chi scrive ritiene non solo auspicabile, necessaria, la separazione del *concetto giuridico* di Stato dalla *realtà* dello Stato, delineata dallo sfondo socio-politico che ne alimenta l’esistenza, ma considera logico attendersi che diritto e fatto non vengano confusi, sovrapposti l’uno all’altro, perché solo così sarà possibile evitare gli equivoci che ancora accompagnano la travagliata esistenza della “sovranità”. D’altronde, ciò spiega il motivo per cui, all’interno di questo quadro di incertezza definitoria, molti si limitino a considerare lo Stato dal solo punto di vista concreto e materiale, sicché quando si riferiscono al concetto di *sovranità-potere* si riferiscono ad un *oggetto fattuale* non ad un *oggetto giuridico*.

⁴³ M. Troper M., *Pour une théorie juridique de l’État*, PUF, Paris 1994.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, (1914), Pantheon-Assas, Paris 2001; G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris 1984, 99.

⁴⁶ J. C. Zarka *Introduction au droit constitutionnel*, Paris, 2011, 11.

⁴⁷ D. Baranger, *Droit constitutionnel*, Paris, 2017, 38.

⁴⁸ F. Poirat F., 644.

⁴⁹ O. Beaud, *La puissance de l’État*, PUF, Paris 1994, 11.

⁵⁰ O. Beaud O., *Le Souverain*, in *Pouvoirs* 1993, n. 67, 33.

⁵¹ J. Chevallier, *L’État*, 27.

⁵² Ivi, 3.

⁵³ Ivi, 4.

2.1.

Mentre Maurice Hauriou, come gli autori sopra citati, concepiva la *sovranità-potere* dello Stato in termini giuridici – parlava infatti di un “droit subjectif de l’Etat”⁵⁴ –, Léon Duguit notava che “les distinctions [entre souveraineté et puissance de l’État] n’ont qu’une importance secondaire et les deux expressions peuvent être prises comme synonymes”⁵⁵ e che “l’une et l’autre ne désignent que le droit appartenant à une personne de donner des ordres à une autre personne”⁵⁶. A quel tempo, la maggioranza, almeno tra i giuristi, concepiva la *sovranità-potere statale* come una prerogativa giuridica, situazione che sembra essere rimasta sostanzialmente immutata. All’epoca, Duguit non era però soddisfatto della soluzione prospettata, così come oggi non lo sono molti studiosi, in specie politologi. Ecco perché l’illustre professore di Bordeaux concepì la sua tesi del “fait-souveraineté, in cui “ni[ait] purement et simplement la souveraineté”⁵⁷, oppure “affirm[ait] que la souveraineté est un simple fait”⁵⁸. Secondo il Nostro, dunque, “de même qu’on ne peut démontrer que l’autonomie de l’individu est un droit, de même on ne peut davantage démontrer que la souveraineté de l’État est un droit”⁵⁹. Egli difendeva la cosiddetta *teoria della forza*, secondo la quale rilevante sarebbe solo la *forza* degli individui e degli organi che concretamente esercitano il *potere*, a testimonianza della differenza che separerebbe governanti e governati, ossia delle origini essenzialmente fattuali della statualità. Ha scritto: “Les gouvernants ont toujours été, sont et seront toujours les plus forts en fait. Le fait simple et irréductible, c’est la possibilité pour quelques-uns de donner aux autres des ordres sanctionnés par une contrainte matérielle; [...] c’est la force des plus forts dominant la faiblesse des plus faibles”⁶⁰.

Secondo la teoria duiguista, l’imposizione della volontà di chi governa sui governati sarebbe rilevabile solo empiricamente, con tutte le conseguenze riguardo alla questione dello Stato che ciò comporta. In questa prospettiva, la *sovranità-potere* sarebbe solo il frutto della differenziazione tra forti e deboli, tale che “ceux qui détiennent la puissance détiennent une puissance de fait et non pas une puissance de droit. [...] Ils n’ont pas le droit de formuler des ordres”⁶¹.

Inoltre, c’era chi non vedeva come lo *Stato*, e quindi il suo *potere-sovrano*, potesse essere altro che *realtà di fatto* e, in particolare, come potesse essere *realtà giuridica*,

⁵⁴ M. Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public à l’usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, Sirey, Paris 19198, 28, citato in L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I: *La règle de droit, le problème de l’État* (1927), Hachette Livre/BnF, Paris, 2018, 546.

⁵⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *Théorie générale de l’Etat: éléments, fonctions, organes*, Hachette Livre/BnF, Paris, 2018, 3.

⁵⁶ Ivi, 35.

⁵⁷ Ivi, 553.

⁵⁸ Ivi, 546.

⁵⁹ Ivi, 545.

⁶⁰ Ivi, 38.

⁶¹ Ivi, 640.

giungendo ad affermare che la sua "...doctrine est essentiellement objectiviste: je nie la puissance publique conçue comme droit subjectif ; [...] je ne reconnais à l'État qu'une puissance de fait"⁶².

Contemporaneo di Duguit, Raymond Carré de Malberg conveniva su questo punto sostenendo che "la souveraineté est un fait"⁶³ e che "la puissance de l'État est un pur fait"⁶⁴. Qualche anno dopo, Santi Romano constatava come il potere dello Stato, considerato da alcuni studiosi come "una potestà di fatto", fosse in realtà "un attributo pregiuridico dello Stato medesimo"⁶⁵. Egli, tuttavia, concepiva questa potestà solo come "attributo essenziale dello Stato" che, come tale, "non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo ordinamento, che sempre la disciplina e la regola"⁶⁶.

Oggi non è raro trovare professori per i quali la sovranità sarebbe un elemento di fatto⁶⁷ o semplicemente un elemento negativo⁶⁸, anche se va detto che sono in numero inferiore rispetto a coloro che considerano la *sovranità-potere* come un elemento di puro diritto. Non c'è comunque dubbio che quando la sovranità è considerata indicativa di una superiorità esercitata da una volontà dominante⁶⁹, o anche soltanto come semplice autorità superiore⁷⁰, essa è da ricondursi al mondo fattuale più che a quello giuridico.

3.

Il quadro generale sopra delineato conferma la giustezza delle posizioni di Quadri in ordine alla figura dello Stato e della sovranità. Egli presta attenzione meticolosa al tema della sovranità fin dalle prime pagine del suo *Diritto internazionale pubblico*⁷¹, in specie là dove, con riguardo al fondamento del diritto internazionale, sostenne che la dottrina realista del diritto internazionale, intesa come "volontà" "decisione" del corpo sociale" ammette la soggezione degli Stati alla Comunità internazionale. Questa soggezione sembra avere radici profonde nella nozione di auctoritas totius orbis del Vittoria, che egli invita a leggere congiuntamente al concetto che Alberico Gentili aveva della consuetudine, intesa come fenomeno non unanime e, dunque, non negoziale o contrattuale, ma come comando. Ed è a questo punto che egli ricorda come anche alcuni

⁶² Ivi., 549-550.

⁶³ R. Carré De Malberg, 64.

⁶⁴ Ivi, 57.

⁶⁵ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata, 2018, 78

⁶⁶ Ivi.

⁶⁷ B. Pauvert, *Droit constitutionnel*, op. cit., 82.

⁶⁸ J. Combacau, *Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'État*, in *Pouvoirs* 1993, n. 67, 47.

⁶⁹ D. Baranger, *Utilitarisme (utilitarisme classique et droit*, in Alland D., Rials, S., dir. *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, 1502.

⁷⁰ F. Poirat, *État*, in Alland D., Rials S., 646.

⁷¹ R. Quadri, 1989^v.

positivisti tedeschi avessero dovuto rinunciare al principio di sovranità assoluta dello Stato, rivelatosi incapace di rispondere alla realtà delle cose⁷².

Per descrivere il suo approccio realista al diritto internazionale, Quadri si sofferma sulla nozione di Stato, da lui intesa come “nozione di teoria generale che può e deve essere utilizzata dalla scienza internazionalistica, ma che non coincide con quella di soggetto di DI”⁷³. Per il Nostro, dunque, il concetto di Stato è un “concetto di teoria generale” utile a precisare “quei fenomeni che costituiscono la categoria tipica e fondamentale dei soggetti di DI”, concetto che assume forma compiuta se lo Stato non lo si configura come ente ternario – ossia come sintesi dei tre elementi che molti pretendono essere “costitutivi”: popolo, territorio, potestà d’imperio – ma lo si qualifica come “l’organizzazione sovrana di una comunità territoriale”, rendendo di tal guisa popolo e territorio “dati esteriori rispetto alla persona dello Stato” oggetti della sua attività e, nondimeno, suoi “presupposti essenziali”, nel senso che di Stato si può parlare quando l’Ente qualificato come tale mostra d’essere “la suprema istanza rispetto ad una comunità territoriale”⁷⁴. Circa poi la “sovranità esterna” (rispondente al requisito dell’indipendenza), il Nostro afferma essere di difficile identificazione. Nel pieno della Guerra Fredda, del resto, con il mondo diviso in due “blocchi”, alle due Grandi Potenze (USA e URSS) afferivano tutta una serie di Stati, non causalmente denominati “satelliti”⁷⁵, della cui piena sovranità, nonostante questa fosse riconosciuta, sarebbe stato più che logico⁷⁶ dubitare. Si tratta, ovviamente, di una *fictio* di rilevanza politica che si sostituisce, allora come oggi, alla realtà dei fatti.

Di particolare attualità, sono le sue considerazioni sulla sovranità degli Stati in rapporto all’ordinamento comunitario/europeo. Egli ritiene che un efficace osservatorio per un’analisi attenta della quistione possa essere quello degli atti comunitari/europei “direttamente” e “immediatamente” applicabili negli ordinamenti interni degli Stati membri della CEE (UE), ossia di quegli atti che devono produrre automaticamente i loro effetti per i soggetti privati ai quali soli rivolti come fossero atti interni.

È opinione diffusa, ricorda il Nostro, che gli Stati membri avrebbero ceduto parte della loro sovranità. Ne consegue che il potere di comando apparterrebbe all’ente internazionale (CE/UE) che condividerebbe con i proprio Stati membri la titolarità e l’esercizio della sovranità sugli individui. Pertanto, si tratterebbe di una sovranità divisa, giacché questa non apparterrebbe più esclusivamente agli Stati membri. Erroneamente, alcuni hanno ritenuto che il sistema politico istituzionale che ne emergeva avesse i connotati propri del federalismo, dimentichi del fatto, però, che in un sistema federale soggetto sovrano è soltanto lo Stato federale, non anche gli enti che ne fanno parte, anche se denominati impropriamente “Stati”. A ciò si aggiunga che la CE/UE è pur sempre

⁷² E. von Ullmann, *Völkerrecht. Trattato di diritto internazionale pubblico*, Traduzione della 2a ed. tedesca, con aggiunte e modificazioni dell’autore, a cura di Giulio Cesare Buzzati, Utet, Torino, 1914.

⁷³ R. Quadri, 1989^v, 75.

⁷⁴ Ivi, 425.

⁷⁵ Ivi, 426.

⁷⁶ Si tratta dei regolamenti, delle decisioni, delle sentenze della CGE, di alcune direttive e delle raccomandazioni ex CECA.

un'organizzazione internazionale, per quanto di natura particolare o speciale che dir si voglia e, come tale, non è dotata di un proprio apparato coercitivo e non può, dunque, dare esecuzione ai suoi atti con l'impiego della forza, compito che spetta, non casualmente, agli organi degli Stati membri⁷⁷. Per contro, Quadri respinge anche l'idea di chi vede nell'operato degli organi dello Stato l'azione di organi integrati nell'ente europeo, giacché gli organi statali non agiscono come organi della CEE/UE.

Gli è che i Trattati europei si limitano a porre l'obbligo in capo agli Stati, soggetti di diritto internazionale, di dare esecuzione agli atti dell'organizzazione internazionale *come* fossero atti propri. Il problema, conclusivamente, non può configurarsi dunque come un problema di cessione o di negoziazione della sovranità, ma come un normale "problema di adattamento del diritto interno al Diritto internazionale", in questo caso al Diritto comunitario/europeo.

Pertanto, a conclusione di questo scritto, sotto il profilo giuridico, la sovranità, in quanto unica, non può essere "negoziabile", mentre lo sono le competenze, le funzioni degli Stati, elementi riconducibili alle potestà statali, motivo che ci porta a ribadire l'importanza della separazione tra *sovranità* e *potere*.

Bibliografia

- Baranger, D. "Utilitarisme (utilitarisme classique et droit)", in Alland D., Rials, S., dir. *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003.
- Baranger, D. *Le Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2016.
- Baranger, D. *Droit constitutionnel*, Paris, Que Sais-je, 2017.
- Beaud, O. "Le Souverain", *Pouvoirs*, n. 67, 1993, 33-45.
- Beaud, O. "La souveraineté in Contribution à la théorie générale de l'État de Carré de Malberg", *Revue de Droit Public*, 1994. 1251 s.
- Beaud, O. *La puissance de l'État*, PUF, Paris 1994, 11.
- Berns, T. "Souveraineté, droit et gouvernementalité", *Archives de philosophie du droit*, 2002.
- Berns, T. *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, Clamécy, Editions Léo Scheer, 2005.
- Bodin, J. *Les six livres de la République*, (1583), Aalen, Scientia Verlag, 1961.
- Celano, B. *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994.
- Chevallier, J. *L'Etat*, Paris, Dalloz, 2011.
- Chevallier, J. *L'État en France, Entre déconstruction et réinvention*, Paris 2023.
- Combacau, J. "Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'État", *Pouvoirs*, n. 67, 1993, 47-58.
- De Malberg R. C., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, tome: Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

⁷⁷ R. Quadri, 73.

- De Smet, F. “Le mythe de la souveraineté – Du Corps au Contrat social”, *EME Editions*, Ottignies-Louvain-la-Neuve 2011.
- Duguit, L. “Traité de droit constitutionnel”, vol. I: *La règle de droit, le problème de l’État* (1927), Hachette Livre/BnF, Paris, 2018.
- Duguit, L. “Traité de droit constitutionnel”, vol. II, *Théorie générale de l’Etat: éléments, fonctions, organes*, Paris, Hacette livres, rist. ed. 1928, 2018.
- Esmein, A. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, (1914), Paris, Pantheon-Assas, 2001.
- Goyard-Fabre, S. *L’État, figure moderne de la politique*, Paris, Armand Colin, 1999.
- Grotius, H. *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Paris, 1867, XXIII, 3 tomes, réédité par Denis Alland et Simone Goyard-Fabre, Paris, PUF, collection “Léviathan”, 1999.
- Gurvitch, G. *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.
- Hamon, F., Troper, M., Brunet, P. *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2023.
- Hauriou, M. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Hachette Livre/BnF, 2e édition, 2018.
- Hauriou, M. *Principes de droit public à l’usage des étudiants en licence et doctorat ès-sciences politiques* (1916), Hachette/BnF, Paris, 2022.
- Hume, D. *Opere filosofiche, I, Trattato sulla natura umana*, Bari-Roma Laterza, 2008.
- Jellinek, G. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, con introduzione di Vittorio Emanuele Orlando.
- Kelsen, H. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milano, Etas Kompass, 1966.
- Kelsen, H. *Diritto Internazionale” Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di Agostino Carrino, Giuffrè, Milano 1989.
- Kelsen, H. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- Kelsen, H., Campagnolo, U. *Diritto internazionale e Stato sovrano*, con un inedito di H. Kelsen e un saggio di N. Bobbio, Milano, Giuffrè, 1999.
- Kelsen, H. *Lo Stato come Superuomo. Una risposta* (1926), Torino, Giappichelli, 2002.
- Kelsen, H. *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013.
- Kelsen, H. *La dottrina pura del diritto* (Saggio introduttivo e nuova traduzione di Mario G. Losano, Torino, Einaudi, 2021).
- Laferrière, J. *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Edité par Domat-Montchrestien, 1947.
- Loyseau, Ch. *Traité des Seigneuries* (1608), Paris, Hachette/BnF, 2012.
- Moutouh, H. *Pluralisme juridique*, in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- Pauvert, B. *Droit constitutionnel – 30 fiches de synthèse*, Paris, Studyrama, 2004.
- Quadri, R. *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori Editore, 1989V.
- Romano, S. *L’ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018.
- Troper, M. *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, PUF, 1994.

- Troper, M. *Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale?*, www.conseil.constitutionnel.fr, 2008.
- Truyol Serra, A. “Souveraineté”, *Archives de philosophie de droit*, 1990.
- Vedel, G. *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1984.
- Von Ullmann, E. *Völkerrecht. Trattato di diritto internazionale pubblico*, Traduzione della 2a ed. tedesca, con aggiunte e modificazioni dell'autore, a cura di Giulio Cesare Buzzati, Torino, Utet, 1914.
- Zarka, J. C. *Introduction au droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2024.

SOVRANITÀ, STATO, SOGGETTO: TALUNE BREVI RIFLESSIONI SUL FONDAMENTO DEL SISTEMA GIURIDICO INTERNAZIONALE**

Abstract

Quello della sovranità, concetto spesso abusato nel diritto internazionale ma anche nella pratica del linguaggio politico interno, è il concetto fondamentale intorno al quale ruota l'intero diritto internazionale. L'analisi delle pagine che seguono porta a concludere che, posta la profonda differenza tra i concetti di soggetto (sovrano) e stato, la sovranità è l'ambito di autonomia e di possibilità di azione del soggetto così come risultante in ogni momento dal confronto dialettico tra le pretese dei soggetti stessi così come ricostruita attraverso l'analisi della situazione attuale della Comunità internazionale: nell'ambito e nello spazio che ogni soggetto si riserva e che riesca a mantenere, finché ci riesca, nel confronto continuo con tutti gli altri soggetti di diritto internazionale, stati e non e che, pertanto, gli viene riconosciuto dalla Comunità internazionale, come suo ambito legittimo di competenza: in questo senso definito nella anarchia della Comunità internazionale.

Parole chiave: *sovranità, soggetto, norma generale, diritto internazionale, comunità internazionale.*

* Ordinario, fuori ruolo, di diritto internazionale, nell'Università di Napoli Federico II.

E-mail: guarino@unina.it

** Questo lavoretto è stato scritto interamente prima, poco prima, della pubblicazione del Parere Consultivo della CIG del 19.7.2024: Legal consequences arising from the policies and practices of Israel in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, sul quale non ho qui modo per approfondire, salvo constatare che molte delle cose affermate dalla Corte, corrispondono al mio pensiero espresso sia qui che altrove.

SUVERENITET, DRŽAVA, PREDMET: NEKA KRATKA RAZMIŠLJANJA O TEMELJIMA MEĐUNARODNOG PRAVNOG SISTEMA

Apstrakt

Suverenitet je koncept koji je često zloupotrebljen u međunarodnom pravu, ali i u praksi unutrašnjeg poli-tičkog jezika, a koji je ujedno i osnovni koncept celokupnog međunarodnog prava. Analiza sprovedena u ovom istraživanju navodi na zaključak da je s obzirom na veliku razliku između pojmova subjekta (suverena) i države, suverenitet obim autonomije i mogućnosti delovanja subjekta kao rezultat dijelektičkog poređenja između subjekta u svakom trenutku i tvrdnje samih subjekata rekonstruisane kroz analizu trenutne situacije na nivou međunarodne zajednice: u kontekstu i prostoru koji svaki subjekt rezerviše za sebe i koji uspeva da održi, sve dok to uspeva, u kontekstu "kontinuirane konfrtontacije" sa svim drugim subjektima međunarodnog prava, državama i drugim stvarima prema kojima međunarodna zajednica priznaje kao svoju legitimnu sferu nadležnosti: u tom smislu definisana u anarhiji nacionalnog međunarodnog društva.

Ključne reči: *suverenitet, subjekt, opšta norma, međunarodno pravo, međunarodna zajednica*

Introduzione: per una rotta di equilibrio concettuale consapevole

Tra sovrani, sovranisti, primatisti, nazionalisti e la conseguente infinità di “-ismi”, ormai ogni giorno, la confusione del linguaggio, specialmente di quello “politico”, sempre più rozzo e assertivo quando non semplicemente violento, si fa maggiore ed invadente, ma sempre più spesso elusivo e minaccioso.

Tanto più se, come troppo spesso accade, si fa riferimento, di fatto, al termine usato spesso ma con grande cautela, nel diritto internazionale, mentre se ne fa uso e abuso con grande superficialità altrove, di: “sovranià”, di “sovrano” e dei suoi derivati. Ma il termine *de quo*, viene per lo più utilizzato come un “mantra”, un “*caveat*” ... stavo per dire una “giaculatoria”, un modo per dire in una maniera ingenuamente *tranchant*: “posso tutto, sono al di sopra delle regole”, o addirittura “sono al di sopra delle regole, anzi le faccio io” e quindi “gli altri” devono applicarle! Quando, ancora peggio, non viene usata “solo” per giustificare “pubblicamente” il rifiuto di applicare una norma, pur sapendo che seguirà una sanzione.

O peggio, come quando si dice: “quelle che io proclamo, **sono** le regole”, al punto da stupirsi e disperarsi e pretendere di reagire *legittimamente*, se queste regole non sono rispettate da tutti¹. Per non dire di quando non si va anche oltre, affermando che solo l’uno o l’altro soggetto o ente internazionale *fa* le regole, anzi addirittura “crea” consuetudini² istantanee³. D’altra parte non manca chi, in nome di una mal definita *sovranià* si

¹ Si veda ad es., per citare a caso la prima cosa che mi capita sotto mano, B. Rhodes, *A Foreign Policy for the World as it is: Biden and the Search for a new American Strategy*, in *Foreign Affairs*, July-August, 2024, 2, in <https://www.foreignaffairs.com/united-states/biden-foreign-policy-world-rhodes>: “the old rules-based international order doesn’t really exist anymore. Sure, the laws, structures, and summits remain in place. But core institutions such as the UN Security Council and the World Trade Organization are tied in knots by disagreements among their members. *Russia is committed to disrupting U.S.-fortified norms*. China is committed to building its own alternative order. On trade and industrial policy, even Washington is moving away from core tenets of post-Cold War globalization. Regional powers such as Brazil, India, Turkey, and the Gulf states pick and choose which partner to plug into depending on the issue. Even the high-water mark for multilateral action in the Biden years—support for Ukraine in its fight against Russia—remains a largely Western initiative. As the old order unravels, these overlapping blocs are competing over what will replace it” (corsivo mio). Appunto gli “altri” vogliono rovesciare “l’ordine” USA, che dunque è dato per scontato, acquisito ... “posto”, come direbbe Kelsen, ma con quale legittimazione non è dato sapere. Ma lo stesso vale anche per altri “aspiranti imperi” o sedicenti tali, magari “regionali”: si pensi al linguaggio e ai comportamenti di un soggetto che si considera ormai fuori dalle regole, da qualunque regola, come Israele, su cui tornerò in altra occasione.

² Altro termine usato ed abusato come pochi, spesso confondendo la norma, con il processo (consuetudinario, appunto) che la determinerebbe. V. per tutti il mio recente *Per una definizione della struttura normativa del diritto internazionale contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2021, *passim* e 115 ss.

³ V. S. L. Aber, *Worldmaking at the end of History: The Gulf Crisis of 1990–91 and International Law*, in *AJIL*, 2023, p. 235 ss. «Bush had been schooled in a grand tradition of American *exceptionalism* and held a confident belief in the inevitable triumph of liberal values and U.S. institutions over the long term. The lessons of the Cold War were self-evident to Bush; they counseled not radical reinvention but a recommitment to the universal American principles that had so recently triumphed over Soviet communism», cit. in G. Guarino, *Il “Trattato del Quirinale» nel quadro di una possibile “E-Ri-Voluzione” del Sistema del Diritto Europeo*, in <https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2024/01/Speciale-Trattato-del-quirinale->

scandalizza, anche rumorosamente, se il Presidente della Repubblica italiana parla tranquillamente di “sovranità” europea, come se fosse una sorta di affermazione proditoria⁴ o strampalata, “dimenticando” che esattamente quel termine, riferito all’UE, è ripetutamente utilizzato in un trattato sottoscritto dall’Italia e ratificato dal Parlamento: il cd. *Trattato del Quirinale*⁵.

In termini più chiari, non è certo un mistero che nella conduzione della politica estera statunitense (non diversamente da quella russa e sovietica prima) non siano certo assenti le aspirazioni egemoniche sul resto della Comunità internazionale. Anche se, nella “divisione” di punti di vista tra tendenze «liberali» e, diciamo così, conservatrici, le differenze siano poco più che di accenti⁶, in particolare sulle scelte di politica militare destinate a fare prevalere le proprie posizioni. Gli USA, a torto o a ragione (non è questo il luogo per fare discorsi di natura politica) ritengono di avere il diritto e quindi la legittima pretesa, di indicare agli altri stati le linee da seguire e di poter decidere unilateralmente, quali siano i comportamenti dovuti da ciascuno di essi: insomma il lecito e l’illecito. La divisione, a ben vedere, è poco più che sottile tra i cdd. «egemonisti» e i cdd. «anti-egemonisti»⁷, salvo poi a criticare duramente, ma retrospettivamente, le

pdf, in G. Guarino (a cura di), *Il Trattato del Quirinale nel quadro dei nuovi equilibri globali*, Speciali Ordine internazionale e diritti umani, 2023, 19 ss.

⁴ V. lo scritto cit. *supra* nt. 2 e le violente critiche alla frase con cui il Presidente affermava semplicemente che col voto per le elezioni europee del 8-9 Giugno 2024 si sarebbe consacrata la sovranità europea: «Fare memoria del lascito ideale di quegli avvenimenti fondativi è dovere civico e preziosa opportunità per riflettere insieme sulle ragioni che animano la vita della nostra collettività, inserita oggi nella più ampia comunità dell’Unione Europea cui abbiamo deciso di dar vita con gli altri popoli liberi del continente e di cui consacreremo, tra pochi giorni, con l’elezione del Parlamento Europeo, la sovranità» in *Messaggio ai Prefetti* in occasione del 2.6.2024, <https://www.quirinale.it/elementi/112753>, sulla conseguente polemica v. per tutti in <https://www.rainews.it/video/2024/06/festa-della-repubblica-lega-contro-mattarella-sulla-sovranita-anche-europea-7e17b94e-520c-4a9d-b70b-b679666e9500.html>. Vale la pena di ricordare come, abbastanza ridicolmente, le critiche sono arrivate al punto di affermare che il Presidente avrebbe tradito la Costituzione italiana, affermando la sovranità dell’Europa!

⁵ *Ibidem*.

⁶ Basterebbe citare l’*incipit* di un recentissimo articolo: “In 2017, President Donald Trump brought this ethos back to the White House after the Obama era, during which the United States had a president who felt it necessary to apologize for the alleged sins of American foreign policy and sapped the strength of the U.S. military. That ended when Trump took office. As he proclaimed to the UN General Assembly in September 2020, the United States was “fulfilling its destiny as peacemaker, but it is peace through strength.””, R.C. O’Brien, *The Return of Peace Through Strength: Making the Case for Trump’s Foreign Policy*, in *Foreign Affairs*, July/August 2024 (corsivo mio).

⁷ Interessante sul punto il recentissimo V. Jachson, *Grand strategies of the left: the foreign policy of progressive worldmaking*, Cambridge (Cambridge Un. Press) 2024, dove, solo per citare un brano tra i molti, 117, afferma: “And whereas progressive pragmatism would intervene militarily to support a fellow democracy under direct attack, the anti-hegemonist would not. As such, the United States should end its “qualitative military edge” policy that commits to always ensuring Israel has superior military technology never its Arab neighbours, but ought also to wind down security assistance activities in the Middle East generally. It should not intervene in the affairs of the Korean Peninsula, and instead allow South Korea to defend itself. And it should not defend Ukraine from Russia, or Taiwan from China. The threat Russia poses to Ukraine - specifically the prospect of a formal armed invasion - has occurred because “[US] flirting with a security commitment for Ukraine helped bring that country under threat.” [citazione da un articolo del

scelte fatte e i conflitti che ne siano conseguiti. In particolare ciò accade, sta accadendo, nell'era post-sovietica, con la cercata prevalenza del cd. "mondo occidentale" sul resto del mondo: ad immaginare – e, che è più grave, a cercare di realizzare - un mondo "unipolare", con quel che ne è conseguito in termini di moltiplicazione dei conflitti, con numeri di vittime, specie civili, impensabili dopo la seconda guerra mondiale.

E infatti, non può non venire alla mente il famoso, ormai, discorso del Presidente russo Putin alla Conferenza di Monaco sulla sicurezza, del 2007, quando rivendicò, nel pieno del "riflusso" delle "aperture" alla collaborazione perfino militare tra USA e Russia⁸, iniziata con l'incontro di Malta del 2.12.1989 con il Presidente Bush Sr.⁹, la necessità di disporre, per dir così, di regole *condivise* di diritto internazionale¹⁰, in un discorso

Washington Post di Shifrinson e Wertheim in <https://www.washingtonpost.com/search/?query=Shifrinson+Wertheim>] Russian aggression against Ukraine since 2014 arose from a context in which the United States signaled "the possibility of Ukraine's close alignment with the West," which in Vladimir Putin's imagination always posed it geopolitical threat to Moscow». V. anche un importante articolo di B. Sanders, *A Revolution in American Foreign Policy: Replacing Greed, Militarism, and Hypocrisy With Solidarity, Diplomacy, and Human Rights*, in *Foreign Affairs*, 18.3.2024, <https://www.foreignaffairs.com/united-states/revolution-american-foreign-policy-bernie-sanders> Ciò che manca, mi sembra, in questo discorso, è la risposta alla domanda su chi decida quale sia una "democrazia" e quale "difendere".

⁸ Resa esplicita al punto di fare immaginare (proporre) agli USA, una vera e propria cooperazione militare (in parte anche realizzata col Consiglio Russia-NATO, tra USA e Russia da "Toronto a Vladivostok) nel famoso incontro a Roma (Pratica di Mare), poi sempre più "deludente" per la Russia, con la guerra in Iraq, i moti in Georgia, ecc., e perciò culminati nell'intervento durissimo, ma a mio parere costruttivo, del Presidente Putin a Monaco nel 2007, su cui *infra* nt. 10). V. E. Pietrobon, *Il mondo secondo Putin: dalla rivincita sugli Stati Uniti al sogno del multipolarismo*, Castelvechchi, Roma, 2004, 64 ss.

⁹ F. Marker, n. 1999-0273-F, *Summit at Malta December 1989: Malta Memcons (1)* dove il Presidente Gorbachev esordisce affermando: «Our meeting was at your initiative. It is for me to begin and welcome you and your close associates. The first thing to do is to note and appreciate your initiative to hold this meeting. Initially, I wondered why you wanted this meeting, but now I know that a lot is happening. That is the most important thing. We have to find a dialogue commensurate with the pace of change. We need more working contacts. Since the changes underway affect fundamental things, even Ministerial contacts are not enough now. You and I have to be more active in developing personal contacts. This must be regarded as a prelude to the official Summit, but this meeting will have an importance of its own» e il Presidente USA, risponde semplicemente «I agree». Ma poco più avanti, il discorso diventa chiarissimo nello scambio seguente: «Gorbachev "First and foremost, the new U.S. president must know that the Soviet Union will not under any circumstances initiate a war. This is so important that I wanted to repeat the announcement to you personally. Moreover, *the USSR is prepared to cease considering the U.S. as an enemy and announce this openly.*" Gorbachev also makes an impact on Bush in the discussion of values. He bristles at Bush's repeated reference to "Western values" and argues that the U.S. approach of "exporting *Western values*" would cause "ideological confrontations [to] flare up again" in "propaganda battles" with "no point." Bush subsequently adopts Gorbachev's phrasing, saying in his Brussels remarks immediately after the summit that the need to end the division of Europe is in accord with "values that are becoming universal ideals."» (corsivo mio). V. anche *infra* nt. 17.

¹⁰ V. il famoso discorso del Presidente Putin alla Conferenza di Monaco sulla sicurezza, 11.02.2007, in http://www.president.kremlin.ru/eng/speeches/2007/02/11/0138_type82914type84779_118135.shtml : "... Incidentalmente, alla Russia- a noi- danno continuamente lezioni di democrazia. Ma per qualche ragione quelli che ci insegnano non vogliono imparare loro stessi. Io considero che nel mondo d'oggi il modello unipolare non solo sia inaccettabile ma che sia anche impossibile. ... Io sono convinto che siamo giunti a quel cruciale momento in cui dobbiamo pensare seriamente all'architettura della sicurezza globale ...

nel quale non mancò di aggiungere una durissima e sprezzante risposta al minaccioso discorso del Ministro della Difesa italiano sul “diritto” della NATO e della UE (*sic!*) ad autorizzare l’uso della forza¹¹.

Ci si sarebbe potuto ragionevolmente aspettare, che il disastroso conflitto *in* Ucraina, determinato dalla *aggressione* russa – uso il corsivo, perché, allo stato degli atti, che quella russa sia stata una aggressione e che il conflitto sia tra Ucraina e Russia, è ancora, a mio modesto parere, almeno da dimostrare compiutamente - e l’ancora più disastroso e, eticamente, devastante conflitto “*Israele-Hamas*”¹² inducesse tutti ad un ripensamento delle pretese egemoniche: a tutte, purchefossero¹³. Ma questa aspettativa è stata chiaramente delusa¹⁴.

E dobbiamo procedere cercando un equilibrio ragionevole tra gli interessi di tutti i partecipanti al dialogo internazionale. Specialmente dal momento che il panorama internazionale è così mutato e muta così rapidamente, con cambiamenti alla luce dello sviluppo dinamico in diversi paesi e in regioni intere”.

¹¹ V. *ibid.* https://is.muni.cz/th/xlghl/DP_Fillinger_Speeches.pdf, 3 s. “Why should we start bombing and shooting now at every available opportunity? Is it the case when without the threat of mutual destruction, we do not have enough political culture, respect for democratic values and for the law? I am convinced that the only mechanism that can make decisions about using military force as a last resort is the Charter of the United Nations. And in connection with this, either I did not understand what our colleague, the Italian Defence Minister, just said or what he said was inexact. In any case, I understood that the use of force can only be legitimate when the decision is taken by NATO, the EU, or the UN. If he really does think so, then we have different points of view. Or I didn’t hear correctly. The use of force can only be considered legitimate if the decision is sanctioned by the UN. And we do not need to substitute NATO or the EU for the UN”.

¹² Anche qui il corsivo è d’obbligo, anche per lo svarione (per lo più giornalistico) di confondere l’atto di terrorismo bellico di una formazione politico-militare – di fatto al potere, un finto potere, in Gaza – cui corrisponde un atto identico nella natura se non negli obiettivi, che ignora e trascende il vero conflitto, mai come in questo caso, di autodeterminazione. Sul quale v. già il mio *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 1994 e più di recente due scritti, l’uno storico e ben documentato, l’altro giornalistico e ricco di spunti associati dalla consapevole e “gelida” constatazione dei fatti: I. Pappè, *La pulizia etnica della Palestina*, Fazi, Roma 2008 e G. Lerner, *Gaza: Odio e amore per Israele*, Feltrinelli, Milano, 2024. Su ciò, mi riprometto di tornare quanto prima, rispetto a questo scritto chiuso nel Luglio 2024.

¹³ Varrebbe la pena di ricordare ne *La Guerra del Peloponneso*, *Tucidide*, traduzione F. Ferrari, BUR, Milano, 2018, *Libro VI*, 18, 2-3 (1027): “In tal modo conquistammo l’impero noi e chiunque altro lo ebbe, aiutando di buon grado quelli che, di volta in volta, Greci o barbari, richiedevano aiuto, perché se tutti fossero rimasti tranquilli o avessero deciso secondo la stirpe a chi dare aiuto, poche conquiste avremmo aggiunto all’impero e, se mai, avremmo corso pericoli proprio per l’impero stesso. Giacché uno non solo respinge il potente che lo assale, ma lo previene anche perché non lo attacchi. E non è possibile *calcolare fino a che punto noi vogliamo comandare*, ma giacché ci troviamo in questa situazione è *necessario insidiare gli uni e non lasciare liberi gli altri*, in quanto c’è pericolo che noi siamo soggetti ad altri *se non comandiamo noi stessi*. E la tranquillità non può essere esaminata da voi dallo stesso punto di vista degli altri, a meno che voi non vogliate mutare la vostra condotta e renderla uguale alla loro” (corsivo mio). Discorso largamente ripreso dalla politologia internazionale più moderna, come anche evidenziato nella nt. 14.

¹⁴ Sono, senza entrare di più nel merito, le tesi di Kissinger e di Morgenthau sulla, presunta, esistenza di un ordine stabile e di un tentativo di ordine “rivoluzionario”, legati alla *natura interna* dei regimi giuridici interni dei soggetti interessati, che, ove non “rivoluzionari” tenderebbero a rispettare “l’ordine convenzionale”. Come osserva giustamente al proposito K. N. Waltz, *Teoria della politica internazionale*, il Mulino, Bologna, 1987 (ma 1979), trad. italiana L. Bonante, 136 s. 139 s.: “I mezzi che servono a garantire la sicurezza di uno stato ... nella loro esistenza reale, rappresentano una minaccia per gli altri stati. *Non è possibile*

Tutto ciò, in un quadro che tutti, o almeno moltissimi, riconoscono di cambiamenti strutturali¹⁵ degli equilibri “geopolitici” – di dimensioni, a mio parere, almeno secolari – si continuano a leggere dotte analisi, che mostrerebbero gli “Stati Uniti solidamente ancorati al loro status di potenza egemone capace di rinsaldare e di creare le proprie alleanze e di impedire la formazione di *coalizioni rivali* facendo leva sugli strumenti economici e finanziari”¹⁶. Al di là, però, dal contenuto vagamente minaccioso del proposto atteggiamento USA, il tema di fondo è e resta solo quello: a qual titolo o, se si preferisce, in base a quale istituto giuridico, possa un soggetto proporsi come il soggetto egemone universale, “determinatore” delle norme di diritto internazionale. L’unica possibilità sarebbe quella di definire il sistema giuridico internazionale come un “impero”, dove un soggetto dominante imponga la sua volontà a un certo numero di soggetti dominati: di stati vassalli, insomma. Come è spesso accaduto nella storia: ma resterebbe comunque il problema di regolare i rapporti tra gli imperi, ove ve ne fosse più di uno. Che, appunto, è il caso in questo momento storico della politica e della politica giuridica mondiale.

Per concludere: ciò che, a mio avviso, rende difficile questo momento storico del diritto internazionale è la volontà di alcuni soggetti di esso non tanto e non solo, come è sempre stato e come è nella natura umana, di “prevalere” sugli altri, quanto di imporre una propria visione della Comunità internazionale a tutti gli altri soggetti di diritto internazionale¹⁷. Ma sempre, anzi sempre più a partire dagli anni novanta del secolo scorso, nel quadro di una visione unipolare, monocentrica della Comunità internazionale. Che, però, mi sembra se mi è possibile un sommesso commento, molto lontana dalla realtà, se non semplicemente fantastica e, per certi versi, perfino preoccupante!

dedurre la situazione politica internazionale dalla struttura degli stati, né appare possibile comprenderla attraverso la somma delle politiche estere e dei comportamenti esterni degli stati” (corsivo mio).

¹⁵ Appunto, come appena detto alla nt. precedente: si devono osservare i cambiamenti strutturali del sistema internazionale, non (o almeno non solo) i sistemi giuridici interni dei soggetti che fanno parte della “struttura anarchica” della Comunità internazionale.

¹⁶ Così, di recente, S. Ploky, *Il ritorno della storia: il conflitto russo-ucraino*, Mondadori, Milano () 2023, 357 (corsivo mio).

¹⁷ V. la plateale conferma, dei “sospetti” ben fondati (e non solo miei) sull’effettivo accordo tra Bush e Gorbačëv, in M. L. Sarotte, *A broken promise? What the West Really Told Moscow About NATO Expansion*, in *Foreign Affairs*, Settembre/Ottobre 2014, https://www.foreignaffairs.com/russia/broken-promise-nato?utm_medium=newsletters&utm_source=fa_backstory&utm_campaign=summer_reads_2024&utm_content=20240707&utm_term=fa-backstory-2019 Dove, oltre a riportare i reciproci messaggi (attraverso i rispettivi Ministri degli Esteri) tra Bush e Gorbačëv (dove quest’ultimo afferma: “*Certainly any extension of the zone of NATO would be unacceptable*” e si riferisce anche il commento sconcolato del “fedele” Baker – “fedele” perché tace a lungo, finché non racconta le sue memorie, come riferisce l’Autrice: “*Almost every achievement contains within its success the seeds of a future problem. By design, Russia was left on the periphery of a post-Cold War Europe. A young KGB officer serving in East Germany in 1989 offered his own recollection of the era in an interview a decade later, in which he remembered returning to Moscow full of bitterness at how “the Soviet Union had lost its position in Europe.” His name was Vladimir Putin, and he would one day have the power to act on that bitterness*” (corsivo mi), *supra* nt. 10.

2. La struttura di base del sistema internazionale, e la nascita del concetto di sovranità

Come noto, è la stessa definizione di «ordinamento giuridico», che viene messa spesso in discussione nel diritto internazionale. Fondamentalmente a causa del fatto che per poter parlare di “ordinamento” occorre che vi sia un qualche centro di potere, di riferimento, un ente insomma, da cui promanino le norme di diritto internazionale, cioè dei “comandi” obbligatori.

Quale che voglia essere la ricostruzione della natura e del contenuto del diritto internazionale attuale, un dato di fatto, almeno, è incontrovertibile: l’“ordinamento”, o come io preferisco dire il «sistema»¹⁸ internazionale¹⁹, è sostanzialmente autopoietico²⁰, non dispone, cioè, né vuole disporre di organismi qualsivogliano atti e deputati ad emettere le norme (a legiferare, insomma), ad eseguire le norme e ad effettuarne il controllo. Dove quel “vuole” segna la differenza tra un meccanismo sistemico “naturale” ed un sistema “sociale”, dove vi è l’elemento in più della razionalità, su cui ora sorvolo.

E ciò non accade per caso, ma “semplicemente” perché i soggetti dell’Ordinamento internazionale, qualunque essi siano, *non vogliono* costruire un sistema organizzato secondo quanto accade normalmente nei sistemi giuridici interni – statali e non. Il che non impedisce al sistema *a.*- né di emettere norme non scritte²¹, benché, a mio parere, *non di formazione consuetudinaria*²², *b.*- né di conoscere e riconoscere come obbligatorie (nei loro limiti) norme scritte di natura pattizia e non solo, *c.*- né di conoscerne perfettamente il contenuto, *d.*- né, infine, di funzionare e quindi di essere, *e.*- perfettamente in grado di valutare la legittimità o meno dei comportamenti dei soggetti di quell’ordinamento. Non lo vogliono, dico, sia perché “costruirlo” in

¹⁸ G. Guarino, *Per una analisi critica delle basi dell’ordinamento internazionale come sistema*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 399 ss. Con riferimento al concetto di *sistema* e di *sistema complesso* in particolare, v. ne una succinta descrizione, semplice e chiara in https://www.pul.it/cattedra/upload_files/15768/OntSoc4.pdf di R. Stichweh, *Systems Theory*, dove illustra appunto gli studi ben noti di Talcott Parsons e di Niklas Luhmann, le basi della teoria, insieme a Maturana e Lazlo.

¹⁹ G. Guarino, *Per una definizione*, cit.

²⁰ Nel senso di cui agli scritti ben noti di H. R. Maturana, J. Varela, *Autopoiesi e cognizione: La realizzazione del vivente*, Venezia, 1985 (Reidel Dordrecht, 1980), *passim*. Su taluni sviluppi in tema di autopoiesi e di analisi dei sistemi sociali, v. P. M. Hejl, *Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die Soziologische Systemtheorie*, in *Rechtstheorie*, 1982, 1, 45 ss. V. anche, in termini generali L. Skyttner, *General Systems theory: problems, perspective, practice*, World Scientific, New Jersey, 2005, 38 “It was gradually accepted that systems are wholes which cannot be understood through analysis inasmuch as their primary properties derive from the interactions of the parts. Thus awareness grew that everything in the universe – including themselves – which seems to exist independently, was in fact *part of an all-embracing organic pattern*” (corsivo mio).

²¹ Variabili in continuo per l’interazione tra di esse, con i fenomeni esterni e con le norme scritte quando ve ne siano; oltre che, ovviamente, con la giurisprudenza, la prassi, ecc.

²² Cfr. lo scritto di cui *supra* nt. 14, 470 ss. (§ 8.3).

concreto sarebbe estremamente complicato specie in termini politici, sia, ma principalmente, perché un sistema organizzato “gerarchicamente” e costituito di norme obbligatorie limiterebbe la libertà dei soggetti nella scelta e nella interpretazione delle norme vigenti, sia, infine, perché la tendenza “all’imperialismo normativo” – se mi si consente questa espressione – è, sì, fortemente sentita come utile e diffusa o pretesa come necessaria nella Comunità internazionale – come, del resto, in ogni comunità umana - salvo che i membri (in numero assai ristretto) della Comunità internazionale si ritengono dotati di una qualità, di una prerogativa unica nei sistemi sociali e giuridici in particolare: la *sovranità*, su cui mi diffonderò meglio poco più avanti, che si oppone strutturalmente sia ad un ordine “esterno” rispetto al sistema, sia ad un ordine “imperiale” interno alla struttura.

Vorrei essere ben chiaro sul punto, prima di passare oltre. Voglio, infatti affermare che, se è indubbio che, volendo, nulla osterebbe alla creazione, nella Comunità internazionale, di un sistema normativo di tipo “interno”, da un lato l’elemento della sovranità – il cui predicato è *superiorem non recognoscere* - se non lo esclude *tout court*, certo lo rende molto più difficile, dall’altro, la comunità internazionale, fin dalla sua “nascita ufficiale”²³, ha vissuto di frequenti aspirazioni alla prevalenza, all’egemonia, alla gestione, insomma, sia pure solo di fatto, dell’”impero” o di “un” impero, salvo a contestare, “in punta di diritto”, le altrui analoghe aspirazioni e a trarne le necessarie conseguenze.

Non è, infatti, un caso che, quando si parla di una comunità di uomini parte di una organizzazione complessa per lo più definita stato, si usa il termine di *società*, diversamente, appunto, dall’insieme dei soggetti di diritto internazionale, che si definiscono parti di una *comunità*²⁴, più o meno *necessaria* o anche, a mio parere erroneamente, *naturale*: la Comunità internazionale è un fatto, non un ente creato *ad hoc*. Parti - i membri ella Comunità internazionale, dico - di una comunità di soggetti, che si *auto-propongono e si auto-dotano* di quella prerogativa, la sovranità, visto che nulla e nessuno può attribuirgliela, conferirgliela, imporgliela, ecc., la Comunità

²³ Mi riferisco alla presunta e del tutto irrealistica funzione *procreativa* del “nuovo” ordinamento del Trattato di Westfalia su cui v. ad es. B. Teschke, *The Myth 1648: Class, Geopolitics and the Making of Modern International Relations*, Verso, London, 2003 dove non per nulla si sottolinea la “British uniqueness” politica, 256 ss., come oggi si parla dell’eccezionalismo statunitense (*supra* nt.3), ma anche come duemila anni prima di Cristo, si parlava di superiorità dell’Impero egizio, *infra* nt. 37, col Faraone che sposa *due* figlie dell’avversario e protegge l’aspirante al trono itta Kattushili. In realtà quel trattato fu la semplice presa d’atto delle “potenze” dominanti che vide finalmente dopo trent’anni, ma per poco, d’accordo le potenze stesse a ... dividersi il piatto, se mi si consente l’espressione. Come, del resto, era già stato all’epoca di Bonifacio VIII, inutilmente furibondo con Filippo il Bello di Francia! Solo per dire che, nella storia del diritto internazionale, non sono certo mancati i tentativi di creazione (o meglio, imposizione) di “imperi”, nel senso di centri di potere a carattere universale. Ciò che è sempre mancato, a parte la realizzazione concreta di quegli imperi, è la loro *legittimazione giuridica*. Storicamente, mi sembra, ciò che importa non è tanto il dato di fatto che ogni tentativo ha avuto relativamente poca durata, ma il *fatto* che mai la legittimità di quei tentativi è stata condivisa, come mostra chiaramente la vicenda appena riferita.

²⁴ Il riferimento è, ovviamente, al famoso scritto di F. Tönnies, *Comunità e Società*, Laterza, Roma Bari, 2014 (ma 1887, trad. italiana di M. Ricciardi) ed. Kindle, pos. 848. Il discorso è approfondito nel mio scritto cit. *supra* nt. 15, 31 ss.

internazionale essendo priva di organismi ordinatori²⁵. Tutto ciò, come ho ampiamente mostrato altrove²⁶, ma su cui non mi dilungo qui, ha delle conseguenze importanti anche con riferimento alla negazione del concetto di sovranazionalità.

E dunque, tutto quanto qui sopra si potrebbe esprimere altrimenti utilizzando la famosa definizione medievale: “*rex in regno suo, superiorem non recognoscens, est imperator*”. Che, analiticamente, vuol dire, posto che il *rex* di quella qualifica – di re, cioè di sovrano di un certo ambito territoriale ed umano, per lo più si appropria - due cose ben distinte: *a.*- che il *rex* è in un suo regno, *suo* perché se lo è auto-attribuito, dato che, *b.*- nessuno potrebbe attribuirglielo poiché esso è *imperator* al di sopra del quale nulla può essere posto, per sua stessa decisione: è lui, il re, che non riconosce, cioè non accetta, un *superiorem*, e il regno ce l’ha, per conto suo²⁷! Al punto che, come noto, un ordinamento giuridico, ad esempio statale, “derivato” è per definizione tutto salvo che un soggetto “sovrano” di diritto internazionale. Certo, uno stato può essere *costruito* da altri stati o soggetti non diversamente da una Organizzazione internazionale, ma *diventa* un soggetto solo se e quando riesca ad auto-attribuirsi i poteri e le capacità proprie del soggetto di diritto internazionale. A sua volta *auto-definite*. Con l’ulteriore conseguenza per la quale, essendo il soggetto stesso quello che definisce i propri poteri e l’ambito in cui vuole esercitarli, la sua *competenza* insomma, è il soggetto stesso a decidere *quali* poteri vuole avere e *come* esercitarli.

Ma, come noto, ciò non basta ancora, perché, intanto esiste in quanto soggetto, in quanto riesca ad imporre la propria presenza a prescindere dal consenso degli altri

²⁵ Per usare la terminologia di K. N. Waltz, *Teoria*, cit., p. 164 s.: “Per definire la struttura occorre ignorare il modo in cui le unità si relazionano tra loro (come interagiscono) e concentrarsi su come si pongono in relazione fra loro (come si combinano o si posizionano) ... Le interazioni hanno luogo a livello di unità. Il modo in cui le unità si pongono in relazione tra loro, il modo in cui si combinano e si posizionano, non è una proprietà delle unità. La disposizione delle unità è proprietà del sistema ... Ciò ha tre conseguenze: primo, le strutture possono resistere anche quando variano ampiamente le personalità politiche, i comportamenti e le interazioni. La struttura è fortemente distinta dalle azioni e interazioni. Secondo, una certa definizione strutturale può applicarsi a settori sostanzialmente differenti sin tanto che l’ordine delle parti è simile. Terzo, per quest’ultima ragione le teorie sviluppate per un settore possono, con qualche modifica, essere applicate anche ad altri”.

²⁶ V. G. Guarino, *Il fondamento*, cit. 163, 253 e *passim*.

²⁷ Filippo il Bello di Francia – se pure già Francia si potesse chiamare – replica, con quel violento sarcasmo che lo porterà al, poco probabile, “schiaffo” comunque ad Anagni, alla pretesa di sapere a qual titolo eserciti il proprio potere a prescindere dal Papa dicendo: “*Per praescriptionem legitimam ius acquiritur praescribenti. Nulla autem praescriptio magis est legitima quantum ad cursum temporis quam centenaria: unde et ipsa currit contra Romanam Ecclesiam. Reges autem Franciae longe plus quam a centum annis sunt in possessione pacifica quod solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscences superiorem in istis, nec imperatorem nec papam. Unde patet quod per diuturnam possessionem est ipsius ius summae superioritatis in Regno suo taliter acquisitum*”, P. Dupuy, *Histoire du differende d’entre le Pape Boniface VIII et Philippe le Belle*, Paris, 1655, 675, per cui il Papa non può che rispondere, furioso ma impotente: “...sicut luna nullum lumen habet nisi quod recipit a sole, sic nec aliqua terrena potestas aliquid habet nisi quod recipit ab ecclesiastica potestate. Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem. Mentiuntur: quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent ...” (corsivi miei) per dire, appunto, che Filippo è un *rex superiorem non recognoscens*.

(a prescindere, insomma, dal *riconoscimento* da parte di altri soggetti), che quindi, proprio per questo, sono *uguali* in quanto *tutti* formati allo stesso modo.

Non è, dunque, la Comunità internazionale in quanto tale quella che *attribuisce* il potere ad esempio sul territorio o su un popolo, ma è il soggetto che se li auto-attribuisce, nei limiti in cui riesca a mantenerne il controllo. Ma non solo, perché proprio nella misura in cui il soggetto si auto-attribuisce i “poteri sovrani”, è lo stesso soggetto quello che determina, come osservato poco più sopra, l’ambito entro il quale vuole esercitare la sua soggettività sovrana: il contenuto, insomma, del suo potere ... anche quello non può essere definito *aliunde*, perché se lo fosse, non sarebbe sovrano!

Che poi, nel diritto internazionale più moderno, lo *strumento* per *accertare* sia il contenuto che la legittimità del contenuto stesso di quel potere sia la volontà *reale* della “base sociale” del soggetto, espressa in termini reali²⁸, è solo la conseguenza della sopraggiunta prevalenza del principio di autodeterminazione dei popoli su quello dell’*imperium* del *rex*.

Anche se, vale la pena di osservarlo *per incidens*, ciò cui stiamo assistendo oggi nella politica internazionale (per non parlare nemmeno di quella interna!) sembra mostrare una ulteriore “evoluzione” del sistema, che (appunto in quanto “sistema” che funziona a prescindere, di per sé) a quanto pare sta ricacciando in un angolo proprio i popoli – intesi come persone e come interessi collettivi - ed il principio di autodeterminazione dei popoli, per rimettere al centro della Comunità internazionale gli stati (i soggetti) in quanto tali e cioè in quanto centri di potere, sostanzialmente indifferenti al popolo, inteso come persone umane. Non credo, tra l’altro, che si possa ignorare il fatto, il *dato di fatto*, per cui sempre più spesso la tanto celebrata e vantata “democrazia” (almeno quella interna, di quella internazionale è meglio non parlare) si sostanzia ormai in un voto assai poco consapevole di “minoranze” sempre più piccole²⁹, mentre le decisioni vere (che spesso, si badi, implicano la distruzione fisica delle persone umane che rappresentano le presunte “maggioranze” in nome delle quali si agisce: i cdd. “popoli”, sempre più nominati e sempre meno “ascoltati”) sono assunte effettivamente, ma del tutto coscientemente, da entità indistinte e spesso oscure (quando addirittura non “algoritmiche”!) le cui relazioni con un interesse comune (sempre che esista consciamente e per non parlare dei bisogni) sono sempre più labili ed oscure, quando non torbide.

Con l’ulteriore conseguenza per la quale, utilizzando questa logica sistemica qui illustrata, se, da un lato, è possibile riconoscere il *fatto* della soggettività di diritto

²⁸ Quadri avrebbe probabilmente detto *effettivi*, ma è ed è stata cosa tanto stimolante per me, quanto fonte, come si vede, di profonda e convinta presa di distanza.

²⁹ È appena il caso di ricordare, sempre solo *per incidens*, che proprio il diritto internazionale è quello che, ponendo con il principio di autodeterminazione il popolo al centro del sistema internazionale, considera legittimo il comportamento di quel Governo (nelle sue varie articolazioni, legislative, esecutive e giurisdizionali, beninteso!) che rispetti la *volontà reale e complessiva* (“quadriamente” potremmo dire *effettiva*, ma con un senso più riduttivo!) del popolo nella sua interezza: quando si assiste a Governi che affermano di rappresentare la “maggioranza del popolo”, perché votati da un terzo della metà dei votanti, è lecito domandarsi dove stia la democrazia e in che modo il principio internazionalistico dell’autodeterminazione dei popoli, venga rispettato. Sul punto v. il mio *Autodeterminazione*, cit. 53 ss., 113 ss. e *passim*.

internazionale della Chiesa Cattolica o meglio della Santa Sede (ma quindi non della Città del Vaticano), dall'altro è stato possibile affermare la soggettività (ovviamente *pro tempore*) dell'ISIS³⁰, così come rende, da un lato, più agevole distinguere le Organizzazioni internazionali dotate di soggettività internazionale da quelle che ne sono prive, e, dall'altro, rende anche più chiaro perché, ad esempio, Israele è sicuramente un soggetto, oggi legittimo, di diritto internazionale – pur essendosi posto illegittimamente, in quanto nato *contro*³¹, o almeno a prescindere, dalla volontà della popolazione locale - come anche, ad esempio le “Repubbliche del Donbass” e la Crimea, mentre impedisce senza difficoltà di considerare soggetto di diritto internazionale, che so, il Principato di Monaco, non meno dell'Ordine Gerosolimitano di Malta o dell'Isola delle Rose!

3. La formazione delle norme di diritto internazionale

Quella che ho, in estrema sintesi, descritta, è dunque una comunità, dove *per definizione* non esiste, non può esistere un organo, una persona, un soggetto, un ente dotato del potere *legittimo* di imporre norme legittime cioè valide e quindi efficaci. Anzi, in quella comunità (quella internazionale) il rapporto tra validità ed efficacia è rovesciato: la validità della norma, infatti, discende dalla constatazione del fatto della sua esistenza e della sua efficacia: dove per “efficacia” si intende “obbligatorietà”. Mentre, dunque, da ciò deriva che scritte possono essere solo le norme pattizie o di origine o natura pattizia – atti di Organizzazioni internazionali, sentenze di Tribunali interazionali, ecc. - risultando obbligatorie solo in virtù della norma generale, a sua volta non scritta *pacta sunt servanda*, risulta inevitabile escludere il concetto di *validità* dagli strumenti di accertamento dell'esistenza di una norma internazionale. Con, però, un corollario molto importante. E cioè quello per cui *solo le norme non scritte* possono essere norme generali, cioè applicabili a tutti i soggetti della Comunità internazionale: *per definizione*. Così come, viceversa, una norma pattizia

³⁰ Su ciò ampiamente il mio *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo: alla ricerca di una logica (... normativa?)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

³¹ V. sul punto, oltre il mio scritto cit. *supra* nt. 12, I. Pappé, *La pulizia etnica*, cit. Ma v. anche G. Lerner, *Gaza*, cit. 100 ss. Ma v. specialmente l'amplissimo B. Morris, *The birth of the Palestine refugee problem revisited*, Un. Press, Cambridge, 2004, 39: “In July 1948, about midway in the first Arab-Israeli war, Britain's Foreign Secretary, Ernst Bevin, wrote that on a long term view “It might be argued that the flight of large numbers of Arabs from the territory under Jewish administration had simplified the task of arriving at a stable settlement in Palestine since *some transfers of populations seems* [sic: n. d.A!!] to be an essential condition for such settlement” but he then went on to argue ... By this time, 400.000-500.000 Arabs (and less than five thousand Jews) had been displaced in the fighting» e v. 163 ss. Per i particolari del ben noto *Piano Dalet*, spiegato in sintesi a 164 “To win the battle of the roads, the Haganah had to *pacify* the villages and towns that dominated them and served as bases of belligerency: *Pacification meant the villages' surrender or depopulation or destruction*. The essence of the plan was the clearing of hostile or potentially hostile forces out of the interior of the territory of the prospective Jewish State, *establishing territorial continuity* between the major concentrations of Jewish population...*The Haganah regarded almost all the villages as actively or potentially hostile*”. (corsivo mio). Per ulteriori, peraltro fondamentali approfondimenti, v. specialmente gli scritti di S. Sand, *Comment la terre d'Israel fut inventée: de la Terre sainte à la mère patrie*, Flammarion, Paris 201 e Id., *L'invenzione del popolo ebraico*, 2008, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2024.

o di derivazione pattizia, a sua volta *per definizione*, non può, in quanto tale che valere per i soggetti che la abbiano sottoscritta o comunque accettata.

Diversamente da ciò che accade negli ordinamenti interni, in quello internazionale non esistono, *né possono esistere*, meccanismi formali, magari a pena di nullità, per la formazione delle norme generali come anche di quelle pattizie, cioè contrattuali. Contrariamente a ciò che accade nel diritto interno: nel diritto internazionale la forma *non è* sostanza. Anzi, la forma può essere addirittura irrilevante.

Per fare un riferimento molto attuale: tale è il caso di quell'accordo di cui tanto si parla in questi anni tra Russia e USA circa il promesso o concordato non avanzamento verso Est della linea "di difesa"³² della NATO³³. Un accordo verbale, poco più di una stretta di mano, ma certamente efficace nel diritto internazionale dove conta la sostanza e non la forma, tanto che l'altra parte ne rivendica il mancato rispetto³⁴.

Parallelamente, di una norma pattizia non può essere affermata una valenza generale, ripeto: *per definizione*. Che, poi, *da* una norma pattizia – *valida* o *invalida* che sia nella sua formulazione – possa *derivare* una norma generale è possibile ed anche frequente, ma con la precisa (e spesso ignorata) conseguenza per cui la norma generale derivata non è, né può essere, non è mai la norma scritta *letteralmente*, così come scritta, insomma. Non solo: perché posto che una norma pattizia sia invalida formalmente – o addirittura non sia nemmeno una norma pattizia, come è il caso del progetto *di articoli sulla Responsabilità internazionale degli stati* – nulla osta che *a.* – il suo contenuto sia egualmente efficace come norma non scritta, ma di natura contrattuale, e, *b.* – determini, pur contrattualmente invalida, una norma generale o ancora, *c.* – sia contrattualmente valida, ma non efficace e non generatrice di una norma generale, come è accaduto per alcune disposizioni della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*.

Purché sia ben chiaro che *derivare* significa solo che un comportamento ritenuto obbligatorio per tutti, coincide, in tutto o in parte, con una norma pattizia, dalla quale può ben avere presa ispirazione, ma in ogni caso non è *la* norma pattizia nella sua scrittura testuale.

Di una norma internazionale generale, perciò, è predicabile solo l'efficacia, mai la validità.

Con una importante conseguenza logica ulteriore, spesso trascurata: una norma *c'è* o non *c'è*, *tertium non datur*. *Non datur*, cioè non si può parlare, né di una norma *in fieri*, né di una norma *consuetudinaria* o di formazione consuetudinaria. Nel momento stesso in cui cominci a manifestarsi *quella* prassi che *poi* condurrebbe alla formazione della norma consuetudinaria – magari unitamente alla *opinio iuris* – secondo la definizione più comune delle norme di formazione consuetudinaria, quello specifico

³² Sul concetto di "difesa", lascio giudicare il lettore che dia anche solo un'occhiata all'articolo di J. Stoltenberg, *What NATO Means to the World: After 75 Years, the Alliance Remains Indispensable*, in *Foreign Affairs*, 3.7.2024, in <https://www.foreignaffairs.com/europe/what-nato-means-world>.

³³ Su cui v. *supra*, nt. 9.

³⁴ Solo per completezza di analisi, al di là del giudizio di merito sulla esistenza o meno della norma, a me, interprete neutro, appare significativo che gli USA replichino all'accusa russa, solo ribadendo che di norme scritte non v'è traccia.

comportamento va qualificato in termini giuridici, cioè di liceità o illiceità. Per dire che se quella prassi abbia condotto ad una norma *oggi* riconosciuta come tale, vuol dire che quella prassi *era* norma già *ab initio*. Una prassi, appunto, “ri-conosciuta” come norma, cioè che ci si “accorge”, oggi, che è già norma.

Le norme perciò, salvo ad accertarle correttamente, “si” formano di fatto, grazie alla convinzione (diffusa o meno, ma comunque non necessariamente maggioritaria: basti pensare alla autodeterminazione dei popoli, puntualmente negata e avversata dai soggetti quando se ne richieda l’applicazione nei loro confronti o comunque a loro “danno”, ma poi puntualmente rivendicata all’occasione³⁵) che un certo comportamento, è già obbligatorio, quando, magari inconsapevolmente, un soggetto si comporta o *pretende cha altri si comportino* in maniera corrispondente alla norma stessa³⁶.

Il che, se da un lato esclude dai modi di accertamento del contenuto della norma – e quindi anche della sua stessa esistenza - la onnipotenza e, in molti analisti del diritto internazionale, onnipotente³⁷ prassi³⁸, permette di superare, lo dico in tutta umiltà, lo stesso concetto o principio di *effettività*, caro a Rolando Quadri³⁹ (e, certo, non solo), mentre, consente di rafforzare il concetto e la stessa esigenza del concetto di *efficacia*, come strumento di accertamento della norma, escludendo, come abbiamo visto poco fa, quello di *validità*.

Tutto ciò permette, da un lato, di integrare in questa concezione la logica di base del “normativismo” kelseniano, senza dover però giungere ad ipotizzare una *meta-norma* fondamentale o originaria, del tipo *pacta sunt servanda*, e, dall’altro, consente sia di superare l’uso strumentalmente ingombrante e in certo senso “colonialista” della prassi egemone⁴⁰ che governa tutto – se ciò è stato fatto, è norma! -, che poi porta alla pretesa della legittimazione dell’egemonia non solo culturale (che sarebbe pure accettabile) ma *giuridica* di un *soggetto-leader*, per propria autodefinizione sia pure nel consenso di altri per “molti” che siano, sia della idea un po’ ingenua della nascita “spontanea”, pensiamo a Roberto Ago) della norma.

Nulla nasce spontaneamente come nella fisica o nella biologia, anche nella convivenza (*comunità*) giuridica: internazionale e interna. In altre parole, cioè: una norma nasce (non “emerge”: nulla di simile, insomma al diritto naturale!) *per volontà dei*

³⁵ Plateale il caso della Gran Bretagna, negatrice da sempre del principio di autodeterminazione dei popoli, che lo “riscopre” quando ne ha bisogno per argomentare la legittimità del suo controllo sul territorio delle Falkland/Malvinas, su cui v. G. Guarino, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, 197 ss. e *passim*, ma anche A. Sinagra, *Controversie territoriali tra Stati e decolonizzazione. Il contenzioso anglo argentino sulle isole Falkland/Malvinas*, Giuffrè, Milano, 1983.

³⁶ Sul punto, rinvio alla mia ampia analisi della famosa sentenza USA, *Paquete Habana*, 1900, nel lavoro di cui *supra* nt. 15.

³⁷ Si pensi solo alla cd. «occupazione trasformativa» o alla norma “creata” dal Presidente USA Bush con l’invasione dell’Iraq! Su cui v. per tutti G. GUARINO, *Il conflitto in Siria*, cit. 23 ss.

³⁸ Che dipende in genere almeno anche dalla individualità e dagli atteggiamenti delle singole persone o organi di fronte ai problemi, ma non dalla *struttura del sistema*, citando così indirettamente K. Waltz, *Teorica*, cit. 165 s.

³⁹ R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968 (ma 1960), 53 e *passim*.

⁴⁰ Dove è la parola “egemone” quella che conta!

soggetti, magari inconsapevoli di agire creando una norma, ma non inconscia⁴¹ non diversamente, per intenderci, da una “norma” grammaticale o sintattica di una lingua parlata o di una “legge” di fisica. Per dirlo in termini molto banali: i soggetti del diritto internazionale, sanno benissimo quello che fanno e anche quando agiscono in modo “innovativo”, sanno di farlo e pensano, suppongono, credono di farlo legittimamente, anzi lo vogliono. Sono, lo dico solo per citare il mio volumetto citato più volte, coscienti autori di un aumento dell’entropia del sistema. È solo *a posteriori*, perciò, che la Comunità internazionale valuta e può valutare *se* quel comportamento *era* già legittimo, e perciò espressione di una norma, oppure illegittimo o ... indifferente e quindi irrilevante.

Per sintetizzare con un esempio, per molti versi banale, quando Caino uccide il fratello, Dio lo condanna, pur essendo il primo omicidio della storia, perché *già* esisteva quella prescrizione normativa che avrebbe reso Caino responsabile della violazione di quel divieto: la condanna non è per un reato definito tale retroattivamente, a meno di considerare Dio nonché profondamente ingiusto, anche un pessimo giurista.

Le norme sono dunque, a mio parere, *volute, sempre volute* e, in quanto volute obbligatorie dal primo momento in cui sono state - lo ripeto magari inconsapevolmente - volute o semplicemente applicate: *l’applicazione* è un atto di volontà!

Non per nulla nel primo trattato conosciuto della storia, il trattato di Qadesh del 1259 circa a.C., si definisce chiaramente sia un accordo di non aggressione e di difesa reciproca (una sorta di art. 5 del trattato NATO) ma anche un accordo sulla estradizione e di garanzia politica: se un avversario politico dell’uno, fugge nel territorio dell’altro, verrà restituito ma sarà coperto da una sorta di immunità⁴². Al punto che, avendo il Faraone (Ramesse II) preso in sposa una figlia del re ittita ed essendo questa scomparsa – insomma verosimilmente, uccisa -, il re ittita, non solo invia un’altra figlia in sposa al Faraone, ma, in nome dell’accordo di pace, non solo non denuncia l’accordo, ma continua a rispettarlo: era sottoscritto tra “grandi re”⁴³ e alla presenza di mille dei dell’uno e dell’altro. E servì, assai “in anticipo” rispetto a quanto avverrà ripetutamente più tardi, fino ai giorni nostri, ad una sorta di divisione di ambiti di influenza tra i due stati (il terzo, Mitanni, era ormai in fase di decadenza): gli ittiti dall’Anatolia fino all’odierna Siria e, almeno parte, del Libano, gli egiziani, a loro volta, fino ai confini della Siria e del Libano⁴⁴, dove un re locale (che “cambia” due volte durante e dopo lo scontro!) cerca di “barcamenarsi” tra i due colossi.

⁴¹ Faccio così riferimento ad un mio precedente lavoro, *Diritto internazionale e Decamerone: l’ordine dell’anarchia*, in *Liber amicorum S. Marchisio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 71 ss.

⁴² Non vorrei esagerare, ma siamo a mezzo tra l’asilo politico e la garanzia della libertà di espressione e di pensiero: gli ultimi due commi dell’art. 10 della nostra Costituzione.

⁴³ V. sul punto il mio, *Il trattato di Qadesh: dimostrazioni di forza, Appeasement, Propaganda. Alle origini del diritto internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 185 ss. Non vorrei apparire più ingenuo del necessario, ma non credo che sia un caso che, nella situazione di quasi-guerra dei giorni in cui scrivo queste righe tra USA e Russia, a nessuno dei due sia venuto in mente di denunciare il trattato sulla non proliferazione nucleare o la Carta delle NU!

⁴⁴ Trattato di Qadesh: “Il Gran Re di Hatti non oltrepasserà mai i confini della terra d’Egitto Se un qualche altro nemico venisse contro i territori di Usimaatra Setepenra, Gran Re d’Egitto, ed egli inviasse una richiesta

Il trattato di Qadesh viene redatto (solennemente, su un foglio di argento, circa quindici anni dopo la battaglia!): dopo uno scontro durissimo, in cui il Faraone, benché teoricamente più forte, fu se non sconfitto, certamente “fermato”, anche grazie alla più evoluta tecnologia militare ittita⁴⁵, ma più probabilmente a qualche *défaillance* (come si direbbe oggi) di *intelligence*, o, secondo molti, a causa di un grave errore strategico proprio del Faraone. Mi permetto solo di aggiungere il mio personalissimo parere, e cioè che in realtà lo scontro fu una sorta di “finzione”, finalizzata a mostrare e giustificare (alla *populace*?) ciò su cui si era già d'accordo.

Poi, esattamente come accade oggi, i due sovrani e principalmente il Faraone, descrissero a proprio modo la battaglia e le sue conseguenze, vantando entrambi la vittoria. Fatto sta però che, come accennavo sopra, il risultato fu una sorta di *Jalta ante litteram*, che permetteva ad entrambi, tra l'altro, sia di sfruttare il legname del Libano, che di giungere agevolmente a Cipro per il rame. Anche se, verosimilmente la posizione di Hatti fosse più “debole” di quella egizia, probabilmente anche perché in Egitto aveva trovato “asilo” il pretendente al trono ittita: una *garanzia* (o una minaccia?) per il Faraone!

4. Le norme non scritte, come struttura portante del sistema del diritto internazionale e la “nascita” dei soggetti

Da quanto detto fin qui, emergono chiare due delle caratteristiche fondamentali dell'Ordinamento internazionale: l'esistenza di norme non scritte, che, proprio perché non scritte, sono le sole possibili norme generali dell'ordinamento e la natura anorganica del sistema internazionale, dove mancano organi atti ad emettere e a controllare l'applicazione delle norme⁴⁶.

Che si voglia o meno definire, perciò, l'Ordinamento internazionale un ordinamento “primitivo”, come molti fanno, ciò che in esso appare fondamentale è la sua “anarchia” nel senso letterale del termine: mancanza di un centro di comando. Mancanza strutturale per l'impossibilità di crearlo un centro di comando, ma anche per

al Gran Re di Hatti dicendo: “Vieni con me come alleato”, il Gran Re di Hatti agirà con lui e ucciderà i suoi nemici”; viceversa per gli ittiti. E inoltre: “Se un Egiziano fuggirà dal paese d'Egitto, o due (uomini), o tre (uomini), e andranno dal Gran Re di Hatti, (allora) il Gran Re di Hatti li prenderà e li restituirà a Usimaatra Setepenra, Gran Re d'Egitto. Per quanto riguarda la persona riportata a Ramesse amato da Amon, Gran Re d'Egitto, ch il suo crimine non gli venga fatto pagare la sua casa, le sue mogli o i suoi figli non vengano distrutti ed egli non venga ucciso; non siano fatte mutilazioni ai suoi occhi, alle sue orecchie, alla sua bocca o alle sue gambe, alcun crimine gli sia imputato...” e viceversa. E ancora” ... se un vassallo dell'Egitto fuggisse e andasse dal Gran Re di Hatti o una città di quelle dei territori di Ramesse amato da Amon, Gran Re d'Egitto, ed esse vanno dal Gran Re di Hatti, il Gran Re di Hatti non li riceverà. Ma il Gran Re di Hatti li restituirà a Usimaatra Setepenra, il Gran Re d'Egitto, il loro Signore, in vita, salute e forza”.

⁴⁵ Gli ittiti, infatti, disponevano di carri più “potenti”, in quanto avevano tre persone a bordo, uno dei quali era il vero combattente, il che li rendeva molto più aggressivi di quelli egizi, con due sole persone.

⁴⁶ Che, come argomenta brillantemente K. N. Waltz, *Teoria, cit.*, p. 167 “... la costituzione di uno stato descrive ... alcune parti di esso *ma le effettive strutture politiche che si sviluppano non sono identiche alla costituzione formale*. Qual è il principio ordinatore delle parti? La politica interna è ordinata in modo gerarchico ...” (corsivo mio).

l'impossibilità *logica* di concepirlo, stante la qualità *sovrana* dei suoi soggetti e la loro uguaglianza. Cioè deliberata, voluta.

Anarchia, che, però, non implica affatto mancanza di regole⁴⁷, ma solo mancanza di un meccanismo *formale* per la formazione delle regole e, pertanto, assenza di una entità *formale* capace di creare ed amministrare le norme.

Mancano meccanismo e enti, ma non regole!

In altre parole, l'Ordinamento internazionale, definisce diritti ed obblighi dei soggetti, e non solo. Perché, cosa anche più importante, definisce la stessa legittimità dei soggetti, benché non la loro esistenza. Se, infatti è perfettamente vero che un soggetto si costituisce da sé, per forza propria, si "autoproclama" (per usare l'espressione sprovvedutamente sprezzante di qualche giornalista molto *tranchant* per non dire didascalico, ma anche molto ignorante) ciò non basta affatto né a definirne la legittimità né l'effettiva esistenza.

Voglio dire, per esempio, che se un soggetto-stato si "autoproclama" in una situazione giuridica illegittima, esso non è un soggetto legittimo (benché auto-proclamato), il che però non gli impedisce di diventare perfettamente legittimo, nella misura in cui sappia mantenere e affermare concretamente il proprio potere e la propria legittimazione ad agire, perfino se pure imposti con l'uso della forza⁴⁸.

Detto in altre parole: un soggetto è, esiste, in quanto si pone come entità alternativa e uguale alle altre da sé, indipendentemente dagli altri e da ogni regola formale. Per cui il soggetto, pur *postò illegittimamente* è soggetto di diritto internazionale e quindi ne possiede i diritti e le capacità conseguenti, anche se è nato illecitamente. Talché è legittimo contestarne la validità della nascita – e quindi se del caso, combatterla – ma nel rispetto delle sue qualità di soggetto di diritto internazionale, con tutte, proprio tutte le prerogative e i diritti propri del soggetto. "Combatterlo", potrei aggiungere, legittimamente e lecitamente: cioè nel pieno rispetto delle norme in materia di suo della forza, a cominciare dalle Convenzioni di Ginevra⁴⁹.

Quando un gruppo di individui abitanti in Palestina, già sotto Mandato britannico⁵⁰, il 15 Maggio 1948, si "autoproclama" Stato di Israele mediante la *Dichiarazione*

⁴⁷ Anzi, il contrario, v. *ibidem*.

⁴⁸ Uso in fin dei conti qui, la medesima logica usata per definire la piena validità dei trattati di pace, che, per la loro stessa natura, sono per definizione imposti con la forza e contro la volontà del contraente che abbia perso la guerra. Ma, se non fosse così, non esiterebbe lo stesso diritto internazionale!

⁴⁹ Anche nella dottrina statunitense, in genere poco propensa a distinguere tra soggetto e stato, in pratica non si manca di rilevare il tema. Per tutti e solo per un esempio, v. M. Redlich, *Insurgent Legality: State-Building and Failure of the Islamic State in Iraq and Syria*, in *ASIL Proceedings*, 2021, 297 ss., 299: "around a third of temporary rebel groups seek to govern people and territory for both ideological and strategic reason in a phenomenon known as "rebel governance"... "rebel governance," which I argue offers insights into the importance of legal institutions both for the rise and failure of state-building projects. The Islamic State is an example of a de facto state that has no interest in being recognized by other states or the UN, which it regards as fundamentally illegitimate, but the group nonetheless displayed some of the same attributes and patterns seen in the development of early states in medieval Europe...", che poi sia l'Europa medioevale o no, è tutto da dimostrare!

⁵⁰ Ma, sia detto solo incidentalmente, già ivi presenti con strutture organizzative forti, parallele alle istituzioni del Governo britannico, potenza mandataria, e con esse largamente in accordo.

sulla costituzione dello stato di Israele concretizza due effetti molto rilevanti: da un lato, afferma e conferma il principio per il quale un soggetto di diritto internazionale, nella specie uno stato, nasce solo, o per lo più, per forza propria, per autonoma decisione, secondo la formulazione ben nota, ma spesso dimenticata, del Principio VI dell'Annesso alla A/RES/1541, 15.12.1960: certo riferito alla applicazione dell'art. 73 della

Carta, ma di evidente rilevanza generale. Dall'altro lato, quegli individui, attendendo la cessazione della presenza britannica prima di "proclamarsi" stato autonomo, hanno sottolineato l'autonomia piena della scelta: Israele non vuole essere e non è, dunque, "successore" di nessuno. E, pertanto, sorprende non poco che oggi anche sui siti ufficiali di Israele, si parli di dichiarazione di indipendenza: di per sé impossibile, perché non vi è il soggetto dal quale Israele si sarebbe separata, per diventare indipendente. Impostazione, detto solo *per incidens* anche fortemente "autolesionistica", nella misura in cui, definendosi indipendente, deve necessariamente dire "da chi": che è l'esatto opposto, nonché della verità, del suo interesse, perché il "dante causa" potrebbe oggi rivendicare pretese nei suoi confronti!

Nel fare invece come ho detto, Israele non solo evidenzia la completa autonomia della decisione di nascere, cercandone un fondamento nella risoluzione della AG del 1947 (cioè in una sorta di entità *super partes*, "rappresentativa" dell'intera Comunità internazionale) con la quale si "definiscono" il territorio di Israele e della Palestina – risoluzione che perciò, in quanto espressamente richiamata, equivale alla definizione dei propri confini, almeno provvisori, come fa qualunque stato al momento della sua nascita e non per nulla, ripetutamente richiamata sia dall'AG che dal CdS in particolare nella S/RES/242, ma specialmente 2735 (10.6.2024) dove al punto 6 si afferma: "*Reiterates its unwavering commitment to the vision of the two-State solution where two democratic States, Israel and Palestine, live side by side in peace within secure and recognized borders, consistent with international law and relevant UN resolutions ...*" – ma, appunto, esclude *a priori* che il nuovo soggetto, sia nonché "derivato" dalla Gran Bretagna, stato coloniale e mandatario, e tenuto ad applicarne la legislazione, come sempre gli stati derivati da un processo "normale" di autodeterminazione. Cosa che infatti, fa, sia creando una propria legislazione (magari "copiata" parola per parola, ma del tutto nuova e autonoma) *ad hoc*, sia acquisendo territori al di fuori di qualunque forma di cessione, o dazione, ma appunto, secondo il diritto internazionale "classico", prendendoli in quanto tecnicamente *derelitti, nullius!*

D'alto canto, la stessa Israele se "approfitta" del diritto internazionale per costituirsi, si insedia su un territorio in gran parte (almeno a metà, ma forse di più) abitato da palestinesi, che non volevano la costituzione dello stato, sostenuta, invece, dalle NU. NU, che, peraltro hanno in quel caso agito in contrasto con quello che sarà successivamente il criterio guida del processo di decolonizzazione e degli altri processi di autodeterminazione dei popoli "diretti" dalle NU, e cioè la costituzione di soggetti su territori *predeterminati* e decisi da *tutto* il popolo che li abita effettivamente⁵¹.

Per dirlo di nuovo in altre parole: Israele non nasce in virtù di un "regolare" processo di autodeterminazione dei popoli. Anzi, addirittura in aperta violazione di esso! La

⁵¹ Basterebbe, in proposito, ricordare il caso della Rhodesia!

volontà collettiva del popolo che giustifichi (o voglia ottenere) la garanzia della Comunità internazionale per la autodeterminazione, deve essere quella dell'intero popolo, di tutti gli individui, insomma, abitanti su quel territorio e non solo di una parte, oltre tutto minoritaria, di esso. Tanto più, nella misura in cui lo fa su base religiosa o semplicemente razziale, come attestato dalla stessa *Dichiarazione sulla Costituzione dello Stato di Israele*, ma specialmente dalla successiva legge fondamentale sulla "natura" ebraica dello stato⁵², discriminatoria anche nei confronti degli eventuali migranti, *non ebrei*, in Israele.

La sua legittimità piena, ma non la sua dimensione territoriale, deriva, invece, da due fatti: la risoluzione 181-1947 della AG delle NU, che, pur non obbligatoria di per sé, costituisce una giustificazione notevole, non per nulla esplicitamente citata nella Dichiarazione. Anzi è proprio questo esplicito rinvio alla Risoluzione delle NU, che fonda in parte la legittimità di Israele e *ne definisce il territorio* in quel determinato momento.

D'altro canto, è innegabile che Israele, nel bene o nel male abbia potuto e saputo insediarsi su quel territorio e difenderlo e, addirittura, a mio parere illecitamente, ampliarlo. Ciò su cui manterrei ancora qualche riserva, è sul negato diritto al ritorno dei palestinesi espulsi con le guerre successive (e in parte precedenti) alla costituzione dello stato di Israele. Fuggiti o espulsi che siano stati, non si comprende perché quelle persone dovrebbero avere perso il diritto a tornare a casa loro.

Come per Israele, il ragionamento vale anche per altre situazioni dove il consolidamento dello stato di fatto lascia apparire una entità soggettiva, capace, come Israele, di porsi in termini autonomamente alternativi e su un piede di parità e di uguaglianza⁵³ con gli altri soggetti di diritto internazionale, nell'ambito delle funzioni specifiche del soggetto così creato.

Tutto ciò discende da norme non scritte, che garantiscono al soggetto di esistere e di disporre della sovranità, ma che al tempo stesso impediscono che entità diverse, magari "costruite" per assomigliare perfettamente ad un soggetto, siano tali, pur, magari, chiamandosi "stati".

Dunque, anche la legittimità dei regimi giuridici interni è assoggettata al controllo del diritto internazionale, attraverso, tra gli altri, il principio e, meglio, l'istituto dell'autodeterminazione dei popoli, struttura portante e basilare dell'intero Ordinamento internazionale, insieme ai principi-istituti in materia di diritti dell'uomo, che, nel conferire *diritti* agli individui (in quanto tali né soggetti, né capaci di agire nel diritto internazionale) e *garanzie* ai popoli – a loro volta *non* soggetti di diritto internazionale, se non, talvolta,

⁵² V. Israele *Legge Fondamentale* 19.7.2018, in <https://www.jewishvirtuallibrary.org/israel-s-basic-laws-the-israel-nation-state-law> : «1. The State of Israel: a) Israel is the historical homeland of the Jewish people in which the state of Israel was established. b) The state of Israel is the nation-state of the Jewish people, in which it actualizes its natural, religious, and historical right for self-determination. c) The actualization of the right of national self-determination in the state of Israel is unique to the Jewish people». Dove, come si legge, si parla di una autodeterminazione, mai, a mio parere, realizzata.

⁵³ V. sul punto di nuovo K. N. Waltz, *Teoria*, cit., p. 180 ss. Si noti, che quello che dico è in sostanza il testo esatto del n. 2 dell'art. 1 della Carta: «To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of *equal rights and self-determination* of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace» (corsivo mio).

attraverso i loro *Movimenti di Liberazione nazionale*, come nel caso di Israele, l'OLP, *ma non Hamas!* Anche qui, manca lo spazio per precisare, beninteso - impone i comportamenti corrispondenti agli stati e, più in generale, ai soggetti di diritto internazionale.

Gli individui, dunque, come i popoli, sono i destinatari "direttamente" di una *garanzia*, che solo il diritto internazionale può loro assicurare secondo le *proprie* regole. Il che, detto qui solo incidentalmente, permette di escludere definitivamente ogni riferimento alla personalità internazionale degli individui.

Da quanto precede emerge che sottrarsi al rispetto di queste regole è impossibile, non solo illecito, quando gli Ordinamenti interni siano inadeguati rispetto alle norme di diritto internazionale, perché un ordinamento del genere essendo in contrasto con il diritto internazionale può essere privato delle garanzie proprie dei soggetti di diritto internazionale, a cominciare dal limite degli affari interni, magari nella forma della *responsibility to protect* (R2P) o, nei conflitti di autodeterminazione, nella dichiarazione della inesistenza del diritto alla legittima difesa di fronte all'uso legittimo della forza da parte del popolo. Ribadisco: *garanzia* del rispetto di certe pretese, non, assolutamente non riconoscimento di *diritti* degli individui o dei popoli. Il diritto internazionale è l'ordinamento giuridico dei soggetti di diritto internazionale: popoli e individui non lo sono, né possono esserlo.

In sostanza dunque la caratteristica tipica del diritto internazionale, rispetto a quello interno (qualunque ordinamento interno) è che sia i soggetti che le norme generali, "si" pongono per forza propria, sulla base della propria, di norme e soggetti. capacità di essere efficaci, indipendentemente, del tutto indipendentemente dal procedimento grazie al quale sono stati o si sono posti. E in quanto auto-proposti, norme e soggetti non hanno bisogno alcuno di "giustificazione" giuridica più "alta" o più generale: le due norme fondamentali dell'ordinamento (per citare quelle più note e più razionalmente basilari del sistema) *pacta sunt servanda* e *consuetudo est servanda* – posto che, come ho mostrato prima e in passato, di consuetudine non è possibile parlare – non sono, né possono essere, meta-giuridiche, ma semplicemente norme generali (per fondamentali che siano, non diverse dalle altre) che per la loro natura e contenuto *determinano* molte circostanze del funzionamento del sistema giuridico, molte evenienze, eccetera, ma che *come tutte le altre norme del sistema* si adattano e si modificano continuamente alle mutevoli esigenze dell'ordinamento e alla sua evoluzione.

In due parole: tutto il sistema del diritto della Comunità internazionale, è costantemente mutevole, nessuna norma è predicabile *sub specie aeternitatis*.

La logica normativa di entrambe, società (interna) e comunità (internazionale), è, però, identica. Solo che, mentre la "garanzia ultima" (cioè quella che ne assicura la legittimità) di una società giuridica internazionale è affidata necessariamente ad una entità "interna" e cioè alla Comunità internazionale stessa *in quanto sistema universale*, mediante l'autopoiesi delle norme, quella interna è definita per lo più da una Costituzione o ... da un *rex* che si definisca tale nel *suo* regno, e quindi dall'entità "esterna", la Comunità internazionale, che la "regola" attraverso, innanzitutto, il meccanismo della autodeterminazione, oltre che della successione, ecc. Il che, a mio parere, ha una conseguenza

molto importante, benché per lo più trascurata. Un soggetto di diritto internazionale, uno stato ad esempio, che si fonda su una *sua* Costituzione, è ben vero che ha nella Costituzione stessa il fondamento ultimo (di diritto interno) dei diritti e dei doveri degli individui e degli organi che compongono lo stato, ma la Costituzione stessa, a sua volta: *a.*- deve essere conforme ai principi formativi del diritto internazionale (ad esempio, *non può* legittimamente essere razzista) e, *b.*- deve continuamente conformarsi alle norme del diritto internazionale, nella loro quotidiana trasformazione, e quindi, *c.*- in nessun caso può elevare la propria Costituzione a parametro universale, a limite ultimo (a *controlimite* nella errata convinzione della nostra Corte Costituzionale⁵⁴) nella applicazione di norme di provenienza internazionale, ivi comprese, ovviamente, quelle di natura giurisdizionale.

Al contrario, nella Comunità internazionale, come dicevo sopra, la “garanzia ultima” (cioè, di nuovo, quella che ne assicura la legittimità) può solo essere offerta da meccanismi di controllo della comunità stessa dato che manca una comunità o società più ampia dotata se non dell’autorità, della capacità per farlo.

In altre parole, la Comunità internazionale è quella - ed è anche la sola che possa - che impone norme ai soggetti del diritto internazionale, sovrani ma tenuti al rispetto delle norme generali *poste* dal sistema nel modo che ho indicato fin qui.

5. Per concludere

Per concludere queste brevi riflessioni, dunque, e tornando al punto da cui sono partito, credo che si possa ritenere per acquisito che un soggetto di diritto internazionale, e quindi uno stato se e quando soggetto, si pone, nasce da sé, ma è e permane tale solo se ne permanga (e, aggiungo, *finché* ne permanga) la legittimità della sua stessa formazione: anche se, una volta formato, la legittimazione esterna, che finora ha solo garantito la sua nascita, sopravviene, se vogliamo, *ex post*. In altre parole, un soggetto che sia riuscito a *porsi* come tale, *uguale*, perciò, agli altri soggetti di diritto internazionale, una volta costituito ha il *diritto* ad essere trattato come tale, in quanto membro della Comunità internazionale. Può, cioè, estinguersi, cessare di esistere, solo per auto-decisione - con la medesima con la quale *si* è costituito - o nel rispetto delle norme del diritto internazionale vigente, *debellatio* inclusa, come ovvio.

Alla domanda cruciale, dunque, su chi abbia stabilito che il territorio dello stato, o più genericamente l’ambito e il contenuto della *competenza* del soggetto siano quelli che sono oggi la risposta classicamente tradizionale “il popolo sovrano”, non basta. Pur se sia vero che il popolo abbia deciso la propria Costituzione, la Costituzione stessa non può essere il regime supremo dove tutto vi si giustifica: sarebbe un circolo vizioso.

Il punto di equilibrio, tra la auto-affermazione del soggetto e le pretese di altri soggetti della Comunità internazionale, può essere *giuridicamente* trovato solo

⁵⁴ Cfr. G. Guarino, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta online*, 2015, 567 ss.

nell'ordinamento internazionale, che in quanto *sistema* generale, deve *necessariamente* trovare la giusta legittimazione di quello come degli altri soggetti: *nell'equilibrio tra diritti e doveri, pretese e resistenze* di tutti i soggetti di diritto internazionale. La sovranità, in altre parole, è il risultato di un *processo dialettico* tra le pretese, le esigenze e i diritti di tutti i soggetti.

Ne deriva, quindi, che la sovranità, uno dei classici Tabù del diritto internazionale – parola spesso usata e abusata, allo scopo di fare *prevalere* le proprie, magari illecite, pretese su quelle altrui, specie nelle versioni “sovraniste” del termine - non è altro che *l'ambito di autonomia e di possibilità di azione del soggetto così come risultante in ogni momento dal confronto dialettico tra le pretese dei soggetti stessi* così come ricostruito dall'analisi della situazione attuale della Comunità internazionale. Il che determina l'ulteriore conseguenza per la quale la sovranità non solo non ha un contenuto assoluto (e men che mai egemone o indifferente alle regole o libero di usare la forza «all'ombra di una violenza imperante»⁵⁵), ma non può nemmeno, e per definizione, essere “limitata” o “delimitata”, dato che essa è quello che è come risultato-sintesi dialettica tra le sovranità di *tutti* i soggetti: ciascuno (stato, organizzazione internazionale, Tribunale, *Movimento di Liberazione nazionale*, ecc.) nell'ambito e nello spazio che *si riserva* e che riesca a mantenere, *finché ci riesca*, nel confronto continuo con *tutti* gli altri soggetti di diritto internazionale, stati e non e che, pertanto, gli viene riconosciuto dalla Comunità internazionale, come suo ambito legittimo di *competenza*: in questo senso *definito* nella anarchia della Comunità internazionale.

Bibliografia

- Aber, S. L. “Worldmaking at the end of History: The Gulf Crisis of 1990–91 and International Law”, *AJIL*, 2023.
- Dupuy, P. *Histoire du différend d'entre le Pape Boniface VIII et Philippe le Belle*, Paris, 1655.
- Guarino, G. *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, Jovene, 1984.
- Guarino, G. *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 1994.
- Guarino, G. “Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?”, *Consulta online*, 2015.
- Guarino, G. (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.
- Guarino, G. “Per una analisi critica delle basi dell'ordinamento internazionale come sistema”, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.
- Guarino, G. “Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo: alla ricerca di una logica (... normati-va?)”, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

⁵⁵ K. N. Waltz, *op. cit.* 199 ss.

- Guarino, G. “Il trattato di Qadesh: dimostrazioni di forza, Appeasement, Propaganda. Alle origini del diritto internazionale”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019.
- Guarino, G. *Per una definizione della struttura normativa del diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2021.
- Guarino, G. “Diritto internazionale e Decamerone: l’ordine dell’anarchia”, in *Liber amicorum S. Marchisio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- Guarino, G. (a cura di), “Il Trattato del Quirinale nel quadro dei nuovi equilibri globali”, *Speciali Ordine internazionale e diritti umani*, 2023.
- Guarino, G. *Il “Trattato del Quirinale” nel quadro di una possibile “E-Ri-Voluzione” del Sistema del Diritto Europeo*, in <https://www.rivistaidu.net/wp-content/uploads/2024/01/Speciale-Trattato-del-quirinale-.pdf>.
- Hejl, P. M. “Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die Soziologische Systemtheorie”, *Rechtstheorie*, 1982.
- Jackson, V. *Grand strategies of the left: the foreign policy of progressive worldmaking*, Cambridge (Cambridge Un. Press) 2024.
- Lerner, G. *Gaza: Odio e amore per Israele*, Milano, Feltrinelli, 2024.
- Marker, F. n. 1999-0273 – F. Summit at Malta December 1989: Malta Memcons (1).
- Mattarella, S. Messaggio ai Prefetti in occasione del 2.6.2024, <https://www.quirinale.it/elementi/112753>, sulla conseguente polemica v. per tutti in <https://www.rainews.it/video/2024/06/festa-della-repubblica-lega-contro-mattarella-sulla-sovranita-anche-europea-7e17b94e-520c-4a9d-b70b-b679666e9500.html>.
- Maturana, H. R. Varela, J. *Autopoiesi e cognizione: La realizzazione del vivente*, Venezia, 1985, (Reidel Dordrecht, 1980).
- Morris, B. *The birth of the Palestine refugee problem revisited*, Un. Press, Cambridge, 2004.
- O’Brien, R. C. “The Return of Peace Through Strength: Making the Case for Trump’s Foreign Policy”, *Foreign Affairs*, July/August 2024.
- Pietrobon, E. *Il mondo secondo Putin: dalla rivincita sugli Stati Uniti al sogno del multipolarismo*, Roma, Castelvecchi, 2004.
- Plokhy, S. *Il ritorno della storia: il conflitto russo-ucraino*, Milano Mondadori, 2023.
- Putin, V. Presidente, Presidente Putin alla Conferenza di Monaco sulla sicurezza, 11.02.2007, in http://www.president.kremlin.ru/eng/speeches/2007/02/11/0138_type82914type84779_118135.shtml-, . https://is.muni.cz/th/xlghl/DP_Fillinger_Speeches.pdf.
- Quadri, R. *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1968 (ma 1960).
- Redlich, M. “Insurgent Legality: State-Building and Failure of the Islamic State in Iraq and Syria”, in *ASIL Proceedings*, 2021.
- Rhodes, B. A Foreign Policy for the World as it is: Biden and the Search for a new American Strategy, in *Foreign Affairs*, July-August, 2024, p. 2, in <https://www.foreignaffairs.com/united-states/biden-foreign-policy-world-rhodes>.
- Sand, S. *Comment la terre d’Israel fut inventée: de la Terre sainte à la mère patrie*, Paris, Flammarion, 201.

- Sand, S. *L'invenzione del popolo ebraico*, 2008, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2024.
- Sanders, B. "A Revolution in American Foreign Policy: Replacing Greed, Militarism, and Hypocrisy With Solidarity, Diplomacy, and Human Rights", in *Foreign Affairs*, 18.3.2024, <https://www.foreignaffairs.com/united-states/revolution-american-foreign-policy-bernie-sanders>.
- Sarotte, M. L. A broken promise? What the West Really Told Moscow About NATO Expansion, in *Foreign Affairs*, Settembre/Ottobre 2014, https://www.foreignaffairs.com/russia/broken-promise-nato?utm_medium=newsletters&utm_source=fa_backstory&utm_campaign=summer_reads_2024&utm_content=20240707&utm_term=fa-backstory-2019.
- Sinagra, A. *Controversie territoriali tra Stati e decolonizzazione. Il contenzioso anglo argentino sulle isole Falkland/Malvinas*, Milano, Giuffrè, 1983.
- Skyttner, L. *General Systems theory: problems, perspective, practice*, New Jersey, World Scientific, 2005.
- Stichweh, R. *Systems Theory*, https://www.pul.it/cattedra/upload_files/15768/OntSoc4.pdf.
- Stoltenberg, J. "What NATO Means to the World: After 75 Years, the Alliance Remains Indispensable", in *Foreign Affairs*, 3.7.2024, in <https://www.foreignaffairs.com/europe/what-nato-means-world>.
- Teschke, B. *The Myth 1648: Class, Geopolitics and the Making of Modern International Relations*, London, Verso, 2003.
- Tönnies, F. *Comunità e Società*, Laterza, Roma Bari, 2014 (ma 1887, trad. italiana di M. Ricciardi) ed. Kindle.
- Tucidide, *La Guerra del Peloponneso*, traduzione F. Ferrari, Milano, BUR, 2018, Libro VI, 18, 2-3 (1027).
- Waltz, K. N. *Teoria della politica internazionale*, Bologna, il Mulino, 1987 (ma 1979), traduzione italiana Bonante, L.

WHAT WAS/IS THE ALTERNATIVE TO THE BRUSSELS AGREEMENT FROM 2013 BETWEEN SERBIA AND KOSOVO**

Abstract

In this paper the author states that neither in the past nor now in the present, the history of the conflict between the Serbs and the Albanians in Kosovo has not been so black or white as both parties-are trying to demonstrate. Instead of the new division on winners and losers, it is necessary to take into consideration the principle of reciprocity. Diametrically opposed position should be reconciled thorough the principle of double sovereignty and high degree of autonomy for the Serbian territorial entity in Kosovo. The representatives of both Serbia and Kosovo should base their agreement on the SC Resolution 1244 and the advisory opinion of the International Court of Justice, taking into consideration factual reality and the opposite positions of both parties regarding the status of Kosovo. The prime objective is to enable functional and peaceful coexistence of all the nations in Kosovo, especially between the Serbs and Albanians. Kosovo would be formally considered as a part of Serbia, but Kosovo institutions would function fully independent. The jurisdictions of the Serbian Entity (SE) would be regulated in the scope of unresolved and disputed Kosovo autonomy. The same should be made thorough Kosovo legal system, with reference to Kosovo independence and integrity.

Both legal systems should provide high degree of autonomy for Kosovo Serbs. Serbia should declared that a separate legal system has been established in Kosovo, according to SC Resolution 1244, and it would imply the acceptance of factual reality and at the same time it would be according to the principle of fundamental autonomy, which was proclaimed by the Resolution. Kosovo Albanians

* PhD, Research Fellow, Institute of Comparative Law.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6017-1544>

E-mail: s.manojlovic@iup.rs

* This designation is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244/1999.

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

thorough its legal system should establish high degree of territorial autonomy for Serbs, that would include legislative, executive and judicial power.

Different mechanisms from the comparative federal system are used-in the process of construction of this new and original „double sovereignty“ concept. In this paper many factors have been taken in to consideration: the diametrically opposed position of the Serbian and Albanian side; the position and geopolitical interests of the most powerful countries (USA, Great Britain, Germany, France support the Kosovo independence while Russia and China side with Serbia); disagreement of international Community about Kosovo status; Kosovo secession from Serbia as international precedent that will serve as a good argument for all territories with similar pretensions; processes of European integration for Serbia and Kosovo.

Keywords: *Kosovo, sovereignty, autonomy, secession, independence, decentralisation.*

ŠTA JE (BILA) ALTERNATIVA BRISELSKOG SPORAZUMA IZ 2013. GODINE IZMEĐU SRBIJE I TZV. KOSOVA

Apstrakt

U ovom radu autor navodi da ni u prošlosti, a ni sada u sadašnjosti istorija sukoba Srba i Albanaca na Kosovu nije bila tako crna ili bela kako obe strane pokušavaju da pokažu. Umesto nove podele na pobednike i poražene, potrebno je voditi računa o principu reciprociteta. Dijametralno suprotnu poziciju treba pomiriti kroz princip dvostrukog suvereniteta i visokog stepena autonomije srpskog teritorijalnog entiteta na Kosovu. Predstavnici i Srbije i tzv. Kosova trebalo bi da svoj dogovor zasnuju na Rezoluciji SB 1244 i savetodavnom mišljenju Međunarodnog suda pravde, uzimajući u obzir činjeničnu realnost i suprotne stavove obe strane u vezi sa statusom Kosova. Osnovni cilj je da se omogući funkcionalan i miran suživot svih naroda na Kosovu, a posebno između Srba i Albanaca. Srbija treba da legalizuje takav sporazum kroz svoje ustavne mehanizme. Kosovo bi se formalno smatralo delom Srbije, ali bi kosovske institucije funkcionisale potpuno nezavisno. Nadležnost srpskog entiteta (SE) bila bi regulisana u okviru nerešene i sporne autonomije Kosova. Isto bi trebalo učiniti i kroz pravni sistem Kosova, s obzirom na nezavisnost i integritet Kosova.

Oba pravna sistema treba da obezbede visok stepen autonomije za kosovske Srbe. Srbija treba da proglasi da je na Kosovu uspostavljen poseban pravni sistem, prema Rezoluciji SB 1244, koji bi podrazumevao prihvatanje faktičke realnosti, a istovremeno bi bio po principu fundamentalne autonomije koji je proklamovala Rezolucija. Kosovski Albanci bi kroz svoj pravni sistem trebalo da uspostave visok stepen teritorijalne autonomije za Srbe, koja bi uključivala zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast.

Koriste se različiti mehanizmi iz uporednog federalnog sistema – u procesu izgradnje ovog novog i originalnog koncepta „dvostrukog suvereniteta“. U ovom radu uzeti su u obzir mnogi faktori: dijametralno suprotan stav srpske i albanske strane: položaj i geopolitički interesi najmoćnijih država (SAD, Velika Britanija, Nemačka, Francuska podržavaju nezavisnost Kosova, a Rusija i Kina su uz Srbiju); neslaganje međunarodne zajednice oko statusa Kosova; Otcepljenje Kosova od Srbije kao međunarodni presedan koji će poslužiti kao dobar argument za sve teritorije sa sličnim pretenzijama; procesa evropskih integracija Srbije i Kosova.

Ključne reči: *Kosovo, suverenitet, autonomija, secesija, nezavisnost, decentralizacija.*

1. Introduction

The main goal of this paper¹ is to review the Brussels Agreement of 2013 in the triangle of the EU, Serbia and the so-called Kosovo (further: Kosovo).²

The Kosovo problem at the international level is the opening of the issue of sovereignty, which is the broader theme of this conference. The question of Serbia's sovereignty over Kosovo was opened according to the UN charter by the NATO aggression against the then Federal Republic of Yugoslavia. The negotiations that were conducted later and are still being conducted are actually the search for a solution within the theme of this conference "From national sovereignty to negotiation sovereignty."

The Kosovo issue implies many different factors, but the crucial problem is certainly the diametrically opposed position of the Serbian and Albanian side. According to the Serbian Constitution and official positions of the leading political parties, Kosovo is part of Serbia. For Kosovo Albanians, on the other side, Kosovo is an independent and sovereign state.

Other important factors are: the position and geopolitical interests of the most powerful countries (USA, Great Britain, Germany, France support the Kosovo independence while Russia and China side with Serbia); disagreement of international Community about Kosovo status;³ Kosovo secession from Serbia as international precedent that will serve as a good argument for all territories with similar pretensions; processes of European integration for Serbia and Kosovo.

The purpose of this paper is to propose solution that will considers both positions and find functional and implementable framework for peaceful coexistence of Serbian and Albanian.

Other factors mentioned above do not have equal legitimacy as the basic purpose of this paper, but they are also considered in formulation of adequate proposals. Some of them are compatible with basic purposes, while the others (like European integrations) could be useful tool for solution for the Kosovo issue.

¹ The main theses and considerations presented in this paper are discussed in my work titled "Kosovo: a solution to the problem – double sovereignty and high level of autonomy for the Serbian entity" (2013), which was selected among the top five papers at the postgraduate course Federalism, Decentralization, and Conflict Resolution at the Institute of Federalism, University of Fribourg, Switzerland.

² In the paper, the term Kosovo is used for the so-called Kosovo, since it is an entity that is not a member of the United Nations, as well as a territory whose independence and sovereignty is not recognised by the Republic of Serbia, as well as by a large number of other countries. The basis of these considerations are theses from the paper from the postgraduate studies of the author of this paper in Switzerland that have not been published so far. And the work itself was awarded as one of the five best works in the entire generation.

³ J. Vidmar, "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 779/2009, 782.

2. Brief history of Kosovo problem

Kosovo is historically very important for Serbian national spirit. A lot of monasteries and churches were built in this area, and the Kosovo battle from 1389 between Serbian and Ottoman Empire has mythical significance for Serbian people.

Historical monuments and available data from this period testifies that Serbs were the highly dominant nation, but after Kosovo battle led to reduction of influence and final destruction of middle ages Serbian state.⁴ Kosovo in addition to the other parts of Serbian state were felt under the rule of Ottoman Empire. Demographic picture of Kosovo and have been changed with time, and Albanian people, mostly Muslims, started to dominate in this area.

After the First Balkan War, Serbia regained control over Kosovo and people from the other parts of Serbia were purposely relocated to Kosovo. During the II World War Kosovo was annexed to Big Albania, having in mind that Axis Powers occupied Yugoslavia. After the II World War Kosovo was "returned" to Communist Yugoslavia, but the Law that prohibited expelled Serbs to return to this territory was passed. By the Yugoslav Constitution from 1974, Kosovo got high degree of autonomy, similar to this that enjoy the federal states.

In 1991 Serbia annulled this autonomy, what provoked the revolt of Kosovo Albanians that boycotted Serbian institutions. In 1996 started hostilities among so called KLS (Kosovo Liberation Army) and Serbia. In 1999 NATO bombing Serbia without permission of Security Council. After the war, Serbia lost factual jurisdiction over Kosovo by the Resolution 1244. In 2008 Kosovo proclaimed independence.⁵

Kosovo is territory with long lasting history where both Serbian and Albanian domination have been rotating. Each nation, in recent period, used such domination to change demographic of the territory and populate of its own nations. The Serbian domination had been achieved after the Balkans wars and the First World War as well as after the abolition of autonomy of province of Kosovo and Metohija. During these periods of Serbian domination it was common that institutions were inaccessible for Albanian minority, in addition to various acts of discrimination regarding employment etc. However, Albanian domination was held between 1974 and 1990 when the same acts of discrimination were applied towards Serbs. During the wartime, such discrimination was transform into war crimes (such as killings, ethnical cleansing, devastation of property and belongings etc.) Both sides were conduct such acts during the war in 1999 in addition to acts conducted by Albanians during the occupation in the Second World War.⁶

⁴ Ortodox Serbs preserved all of their holy places and objects in Kosovo and Mecca to the Moslems. B. Mikasinovic, 1994, *Yugoslavia: crisis and disintegration*, Novi Sad, Prometej, 63.

⁵ Kosovo Declaration of independent (2008), <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635> (27 August 2024).

⁶ For more information, see: M. Vickers, *Between Serb and Albanian: A History of Kosovo*, Columbia New York, Univ Press, 1998; N. Malcolm, *Kosovo: A short history*, New York, University Press, 1998; D. T. Bataković, *Serbia's Kosovo drama, historical perspective*, Čigoja, Beograd, 2013.

The important facts for writing an alternative proposal to the Brussels Agreement were that the Albanians make up the majority on the territory of Kosovo, while the Serbs make up the majority in the north of Kosovo (four Serbian municipalities). At the time of the conclusion of the Brussels Agreement in 2013, the Republic of Serbia did not have effective control over the territory of Kosovo. Likewise, in the North of Kosovo, the institutions of so-called Kosovo also did not have effective control.

3. Legal Framework for Kosovo Issue

The Military Technical Agreement between the *International Security Force* ("KFOR") and the Governments of the *Federal Republic of Yugoslavia*⁷ concluded the war between NATO and FRY on 9 June 1999. *Resolution 1244*⁸ was adopted by UN Security Council on the 10th of June 1999. International protectorate was established by this resolution and Serbia lost a part of *de facto* control over Kosovo. However, Resolution 1244 guaranteed sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia (Preamble and Annex 2 Article 7). Also, "after withdrawal, an agreed number of Yugoslav and Serbian personnel will be permitted to return to perform the following functions: liaison with the international civil mission and the international security presence; marking/clearing minefields; maintaining a presence at Serb patrimonial sites; maintaining a presence at key border crossings" (Annex 2 Article 6). On the other hand, in the Resolution it is mentioned that "facilitating a political process designed to determine Kosovo's future status, taking into account the Rambouillet accords" (Article 11e), i.e. "a political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords⁹ and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region" (Annex 2 Article 8).

At the first sight, it seems that Resolution enables wider Kosovo autonomy in the scope of Serbian jurisdiction, but explicit reference to Rambouillet agreement (Article 11a and 11b, Annex 1 and Annex 2 Article 8) also gives base for different interpretation. In addition to full legislative, executive and judicial autonomy of Kosovo and withdrawal of Serbian military and police forces, Rambouillet agreement also prescribed that Kosovo status will be finally determined in three years,¹⁰ what was the crucial reason

⁷ <https://www.nato.int/kosovo/docu/a990609a.htm> (27 August 2024).

⁸ <https://unmik.unmissions.org/united-nations-resolution-1244> (27 August 2024).

⁹ The Rambouillet Agreement is the proposed peace agreement between the Federal Republic of Yugoslavia and a delegation representing the Albanian majority population of Kosovo. It was drafted by NATO. The significance of the agreement lies in the fact that Yugoslavia refused to accept it, which NATO used as justification to start the 1999 war. (<https://peacemaker.un.org/kosovo-rambouilletagreement99> - 27 August 2024).

¹⁰ According to Article I, Paragraph 3: "Three years after the entry into force of this Agreement, an international meeting shall be convened to determine a mechanism for a final settlement for Kosovo, on the basis of the will of the people, opinions of relevant authorities, each Party's efforts regarding the

for refusal of Serbian delegation to sign this agreement. Therefore, Resolution 1244 on one side guaranteed sovereignty and integrity of Serbia (FYR) but on the other side it also implies unsigned agreement with secession clause. Having in mind that guaranties of sovereignty and integrity were made with explicit provision, while reference to Rambouillet agreement was general, implementation of legal principle *lex specialis derogate legi generalis*, gives base for interpretation that Serbian sovereignty was guaranteed, while Rambouillet agreement should be implemented regarding formulation of “substantial autonomy”.

But, the question is why Resolution mentioned “*full account* of the Rambouillet accords“!? In my opinion, and taking into consideration future happenings, this collision was purposely put in Resolution in order to “open the door” for different interpretation by the leading political players.

Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (The Ahtisaari Plan)¹¹ recommended a supervision of the independence by the international community. Serbia rejected the Ahtisaari Plan and Russia made it clear that it would put the veto on this proposal within the Security Council. EU and the US had decided to implement the Ahtisaari Plan without SC resolution.¹²

In advisory opinion from 22 July 2010 International Court of Justice, by a vote of 10 to 4, declared that “the declaration of independence of the 17 February 2008 did not violate general international law because international law contains no ‘prohibition on declarations of independence’”. The question was: “Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?” ICJ missed a chance to establish complete doctrine about secession issue. Although ICJ did not fully legalise Kosovo independence, its opinion certainly was contributed to the position of the Albanian side.

On 19 April 2013 Serbia and Kosovo signed the *First agreement on principles about normalization of relations (Brussels agreement)*.¹³ Although Serbian representatives promised that they will request high degree of autonomy for Kosovo Serbs and fighting for Serbian institutions in north Kosovo,¹⁴ after this agreement it was clear that Serbian institutions in north Kosovo, as the last remaining of Serbian sovereignty in Kosovo, were repelled, while Kosovo Serbs were put under Kosovo law.

The Serbian Community does not possess it her legislative nor judicial autonomy, however it does accepted Kosovo law. (“The judicial authorities will be integrated and

implementation of this Agreement, and the Helsinki Final Act, and to undertake a comprehensive assessment of the implementation of this Agreement and to consider proposals by any Party for additional measures.“

¹¹ <https://web.archive.org/web/20070606223647/http://www.unosek.org/unosek/en/statusproposal.html> (27 August 2024).

¹² J. Vidmar, 804.

¹³ <https://www.srbija.gov.rs/specijal/en/120394> (27 August 2024).

¹⁴ S. Lehne, *Kosovo and Serbia: toward a Normal Relationship*, https://policy.nl.go.kr/cmmn/FileDownload;jsessionid=xE1Ruy11WArFOvV287FaHX0NgUPK2RpICfpyTSa7OaDxeXrd0oWEv16aLxibKyZB.sl-extwas_servlet_engine5?atchFileId=115122&fileSn=9981 (27 august 2024), 12.

operate within the Kosovo legal framework.”- Paragraph 10). The same is with executive branch: “The Police of Serbs region shall be a Kosovo Serb nominated by the Ministry of Internal Affairs from a list provided by the fourth Serbian the biggest municipalities (Paragraph 9).

Brussels agreement, guaranteed only local autonomy for Serbs. It constituted „Association/Community of Serbian municipalities in Kosovo“, but it is clear that such Association of local municipalities has only local competences (Sic!). „In accordance with the competences given by the European Charter and Kosovo law participating municipalities shall be entitled to cooperate in exercising their powers through the Community/Association collectively“ (Paragraph 4). Also, the structures of the Association/community will be established on the same basis as the existing statute of the Association of Kosovo municipalities” (Paragraph 3).

4. Double Sovereignty and High Degree of Autonomy – *Pro et Contra*

In this paper we proposed as a solution concept of double sovereignty and high degree of territorial autonomy for Serbian Entity (SE).

Pro-Albanian arguments that stands out are that Serbia lost legitimate jurisdiction over Kosovo, due to the crimes committed by the regime of Slobodan Milošević towards the Albanians, and that was the reason why NATO bombed FRY; that Albanians people have right of self-determination; that it is pragmatic to harmonise factual situation, with *de iure* status, that¹⁵ Albanians are majority and they want independence, that After 1999 Serbia do not have factual competence over Kosovo territory.

Serbian arguments are that International law guarantees sovereignty of Serbia state (Resolution 1244); and that NATO committed aggression over Serbia in 1999, having in mind that bombing was without authorization of Security Council and contrary to Chapter VII.

What is the reason for proposed double sovereignty concept?

The first reason is lack of international consensus about this issue. Legalization of Kosovo self-proclaimed independence will create international precedent that will “serve” to many secessionist movement all over the world. In spite of the attempts that this shows as a “*sui generis*” case,¹⁶ it is clear that every secessionist group can allude Kosovo case.¹⁷ It has already done by secession of Abkhazia and South Osetia from Russia, and automatically in the Balkan region could open the same question Authors

¹⁵ J. Crawford, *The creations of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 3.

¹⁶ „My country’s recognition of Kosovo’s independent is based upon the specific circumstances in which Kosovo now find itself. We have not, do not and will not accept the Kosovo example as a precedent for any other conflict dispute“ (Representatives of the US, Security Council Meeting on 18 February 2008, according, J. Vidmar, 836.

¹⁷ E. P. Joseph, 2013, *Kosovo’s independence and secessionist movements: Dire consequences or benign impact?*, https://minio.la.utexas.edu/webeditor-files/european_studies/pdf/secession20paper20joseph.pdf (27 August 2024).

such as K. Kaikobad and C. Warbrick,¹⁸ as well as Solveig Richter and Uwe Halbach,¹⁹ have clearly indicated that the Kosovo precedent would be used in the post-Soviet space. It also could be expected that Kosovo self-proclaimed independence will open again Pandora's box in the Balkan, especially in the Bosnia and Herzegovina among Bosnian Serbs in Srpska Republic. Or, as P. Joseph points out: "If the Kosovo precedent were ever to animate a secessionist movement, surely it would be in the nearby Republic of Srpska"²⁰

We stated all this argumentation identically like this in our basic paper from 2013. After 11 years, these arguments have more than gained weight with the war in Ukraine, which has completely divided the whole world and caused the world's biggest political crisis since the end of the cold war, and the danger of nuclear war can be considered the greatest since the Cuban Missile Crisis in 1962.

Second, Argumentation that Serbia lost the legitimacy at the Kosovo after the crimes and ethnical cleansing committed during Milošević regime, could be put under question. Serbia was bombed without the resolution of Security Council, and the concept of "humanitarian intervention" remained very dubious in international law.²¹ Humanitarian character of such intervention is also challenged. Noam Chomsky states that activities of Kosovo Liberation Army (that was firstly marked as terroristic organization) and NATO were made with the purpose to provoke Serbian reaction.²² It's also very problematic thesis that Milošević regime lose legitimacy, having in mind that International Community, in Milošević "era" guaranteed Serbian sovereignty over Kosovo (Resolution 1244) and more than seven years after "democracy transformation" in Serbia, they supported independence (*sic!*).

After Dick Marty Report²³ it's clear that in wars a conflicts, situation can't be black or white. On 14 December 2010, Marty passed Report to the Council of Europe alleging

¹⁸ K. H. Kaikobad, C. Warbrick, "Another Frozen Conflict: Kosovo's Unilateral Declaration of Independence and International Law," u *Kosovo: A Precedent?*, ur. James Summers (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 49-76.

¹⁹ S. Richter, U. Halbach, "A Dangerous Precedent? The Political Implications of Kosovo's Independence on Ethnic Conflicts in South-Eastern Europe and the CIS," u *Kosovo: A Precedent?*, ur. James Summers (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 299-317

²⁰ E. P. Joseph, 8.

²¹ F. R. Teson, "The liberal Case for Humanitarian Intervention," *Public Law and legal theory*, Working Paper No. 39, 2011; T. Nardin, "The moral Basis of Humanitarian Intervention", *Ethics & International Affairs* 16/2002, No. 2; A. J. Kuperman, The Moral Hazard of Humanitarian Intercession: Lessons from the Balkans, *International Studies Quarterly* 52, 2002; R. Goodman, R. Goodman, Humanitarian intervention and Pretexts for war, *American Journal of International Law*, Volume 100, 1/2006, 107 - 141.

²² N. Chomsky, *The New Military Humanism: Lessons from Kosovo*, London, Pluto Press, 1999, 25.

²³ The Dick Marty report is a document prepared by Swiss senator Dick Marty as part of an investigation conducted by the Council of Europe into allegations of organ trafficking in Kosovo during and after the conflict in the late 1990s. The report, published in December 2010, brought forth serious accusations against members of the former Kosovo Liberation Army (KLA), including high-ranking political figures among Kosovo Albanians.

https://assembly.coe.int/committeedocs/2010/20101218_ajdoc462010provamended.pdf (27 August 2024).

inhuman treatment of people and killing of prisoners with the purpose of removal and illicit trafficking in human organs in Kosovo, involving Hashim Thaçi, the Kosovo prime minister and former Kosovo Liberation Army political leader.

One more factor that should be taken into consideration is that after 1999 Serbia hosted about 210.000 refugees or internally displaced persons from Kosovo.²⁴ In 17 March 2004 Albanians attacked Serbs in Kosovo, what resulted in 19 dead and nearly 900 injured persons. It is also estimated that around 4,000 Serbs, Roma, and other non-Albanians were forced to leave their homes. Approximately 800 Serbian houses were destroyed or damaged, as well as 35 Orthodox churches and monasteries.²⁵

Having in mind that international supervision was established in order to “secure environment in which refugees and displaced persons can return safety” (Resolution 1244, Paragraph 9a), it could be concluded that violation over one nation (Albanians) was replaced with violation over another nation (Serbs). If Serbia has lost legitimacy to administer over Kosovo due to the breach of Albanian minority’s rights, would not be logical that institutions of the Republic of Kosovo lose their legitimacy to rule over Serbian minority for the same reason.

Three, According to Ahtisaari Plan: “Pretending otherwise and denying or delaying resolution of Kosovo’s status risks challenging not only its own stability but the peace and stability of the region whole.“ It is pointless to award one side if it is obvious that this side is not able to provide rule of law. Independence should not be accepted before Kosovo provide safety conditions for regular life of Serbian community.

It is objective to say that factual situation and constellation of international power clearly implies that clear and significant preference was given to Albanian side. In spite of fact that Serbia principally refuse any idea of acceptance of Kosovo as an independent state, the fact is that Serbian politicians give in to pressure of European integration, and give more and more concessions to Kosovo side. For example, Serbia accepted EULEX role over Kosovo, even if this meant implementation of Ahtisaary plan in practice; they established border between Serbia and North Kosovo, even Kosovo Serbs gave strong resistance to that; they signed Brussels agreement that extinguished Serbian institutions and put Kosovo Serbs under the Kosovo law. The crucial reason for this “compromises” was strong European pressure and Serbian wish to follow European integration. Therefore, it is reasonable to make one more question: Whether is rational to make even stronger pressure on Serbia and finally resolved Kosovo issue?

As a first, unilateral solution of internationally complex question can’t be peaceful nor long standing solution. “Loosing” party will only wait for the changes in international politics in order to open again this issue, what could provoke a new bloody war.

Second, such problems cannot be resolved by pressuring the political elite to sign agreements that do not establish a framework for sustainable coexistence, as it is the ordinary people who must have the institutional conditions for a real and safe life. Majority of leading political parties based their electoral campaign on

²⁴ <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4cd971e59.pdf> (27 August 2024).

²⁵ Human Rights Watch, *Failure to Protect: Anti-Minority Violence in Kosovo, March 2004*, 2004, 17-19.

statements that Kosovo must stay a part of Serbia, what helped them to get a votes from Kosovo Serbs, that are now the biggest opponents of Brussels agreement.

Third, use of different political tools like “European integration” in order to forced only one side to give in its position, do not have longstanding perspective. European Union starts to be uninterested for new enlargement, having in mind that it is also faced with the consequences of economic crises. Serbian Prime Minister Ivica Dačić stated that “Serbia is cheated if EU do not give as the date for the beginning of negotiations”.²⁶ Therefore, the question is whether the Kosovo issue will be re-opened if EU decides against further enlargement and acceptance of new members. Longstanding solution and peace and co-existence of Serbian and Albanian people is not possible without respect of the interests of the both sides.

Some of the reasons were already mentioned above. Pogrom of 17 March, a lot of refugees, unresolved issue of Serbian property in Kosovo are the first legitimate reasons for high degree of autonomy. The same reasons were crucial for achievement of the current Kosovo status, so the same standard should be applied on the other side as well. In the all past proposals as only possible option was high degree of autonomy for Albanians in Kosovo.

On the other side, such solution could be a introduction for further separation of Kosovo, and logical question is why Albanians would allowed that. Every drawing of borders means re-opening of territorial status. Istvan Bibo calls this phenomena “pathological absence of continuity in territorial status”²⁷, George Scelle „obsession du territoires”²⁸. However, position of Simone Florio seems reasonable. He stated that: “Whatever Serbs aim at obtaining by claiming Albanian inhabited areas of Kosovo as an integral part of their state, the same will have to accepted for Serbian inhabited Northern Kosovo municipalities; vice versa, whatever Albanians are ready to offer to Northern Kosovo Serbs, they would have a right to except from Belgrade authority”²⁹.

It is also legitimate position of Albanian side that high degree of autonomy could lead to complicated, non-functional “creation” like Bosnia and Hercegovina.³⁰ Therefore, the crucial question is whether is possible to create Serbian territorial entity that will reconcile this opposite position?

²⁶ <https://www.rts.rs/lat/vesti/politika/1339642/dacic-prevareni-smo-ako-ne-dobijemo-datum.html> (27 August 2027).

²⁷ According: M. A. Jovanović, *Territorial Autonomy in Eastern Europe – Legacies of the Past*, https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/JEMIE/2002/nr4/Focus4-2002_Jovanovic_Kymlicka.pdf, 3 (27 August 2024).

²⁸ G. Scelle, *Obsession du Territoire*, 1958, 347. According: M. A. Jovanović, 3.

²⁹ S. Florio, *Serbia vs. Kosovo (International law and Politics of Secession)*, https://www.academia.edu/698759/Serbia_Vs_Kosovo_International_Law_and_Politics_of_Secession (27 August 2024).

³⁰ S. Woehrel, *Kosovo: Current Issues and US Policy*, <https://sgp.fas.org/crs/row/RS21721.pdf> (27 August 2024).

5. Construction of the new solution

5.1. The question of double sovereignty

Kosovo and Serbia representatives should make political agreement based on Resolution 1244 and Opinion of the International Court of Justice, that takes into consideration factual reality and opposite position regarding Kosovo status, but with the most importunate priority to enable functional and peaceful co-existence of all nations in Kosovo, especially Serbs and Albanians.

Kosovo would be formally considered as a part of Serbia, but Kosovo institutions would function totally independent. Jurisdictions of SE would be regulated in the scope of unresolved and disputable Kosovo autonomy. The same should be made thorough Kosovo legal system, with reference to Kosovo independence and integrity.

Both legal systems should provide high degree of autonomy for Kosovo Serbs. In Serbia should be clearly stated that in Kosovo was established separated legal system, according to Resolution 1244, what would imply acceptance of factual reality and at the same time it would be according to idea of fundamental autonomy, that was proclaimed by Resolution. Kosovo Albanians would thorough its legal system established high degree of territorial autonomy for Serbs, that would include legislative, executive and judicial power. SE would be established according to Constitution that would referred to political agreement between Kosovo and Serbian representatives, and that would be neutral regarding the issue of Kosovo status.

Such solution would means three parallel legal systems- of Kosovo, Serbia and SE. Kosovo would consider SE as its own territory that have a high degree of autonomy, Serbia would consider Kosovo as its own territory which final status is unresolved, while SE would be autonomous part of Kosovo.

5.2. Territory of Serbian entity

This territory should include north Kosovo, to the homogenous population which mainly consist of Serbs. The question which could be posed is whether this territory could included other Serbian entities scattered all over the Kosovo. The Serbian interest is to protect the rights of Serb. Contrary, by enabling such dispersed territorial autonomy to the Serbian communities, Albanians would make separation of north Kosovo beside the purpose, having in mind that majority of Serbs (who live south of Ibar river) would stay under Albanian rule in Kosovo support of Republic of Serbia and without SE that would express political unity of Kosovo Serbs.

5.3. Legislative power

Kosovo would transfer legislative power to SE. Our proposal is that should implement Serbian Law, but this is very sensitive issue for Albanian side. Similar system already exists in China in Special Administrative Regions Hong-Kong. This is the

principle “one country two legal systems”. SE Parliament would pass the laws necessary for implementation of constitutional provisions (organization and structure of the Courts, autonomous organs of SE, etc.).

This is pragmatically sustainable solution, that would respect Serbian wish not to live under the law of the country they do not recognize, and it would be prevent SE that block implementation of European standards by passing certain laws.

5.4. Executive power

Executive power would also be transferred in the biggest part to SE, except the issues that always remains within the competence of sovereign state: diplomacy, defense, monetary politics etc. It is acceptable for the both sides, having in mind that for Albanians this competences are under Kosovo state, while for Serbia, the same competences are under Serbian government. The biggest problem could be the issues that would prevent performance of the duties of certain organs, police above all. In such situation should anticipate over-entities jurisdiction of certain international powers (EULEX or UMNIC).

5.5. Judicial power

SE should also enjoyed full judicial power, like in HongKong or Macao (Special Administrative Regions in China).³¹ Similar autonomy was predicted for Kosovo with Rambouillet agreement. It is seen as the most sensitive issues that will be discussed at the Brussels negotiations.

5.6. Customs system

North Kosovo should be separate custom entity regarding Serbia and Kosovo as well, what would means three separate custom areas. In 2006 Serbia signed CEFTA Agreement and UMNIC done it as well, on behalf of Kosovo. It would means that Kosovo should accept existence of two custom entities at its territory and Serbia three.

5.7. The Placement of SE in Kosovo system

SE would enjoy high degree of autonomy in Kosovo system, like autonomy that enjoys federal states. This autonomy would be established asymmetrically and wouldn't have implication on central Kosovo government. By doing so, the two chamber parliament would have been avoided in addition to possible blockage of the central government by the Serbian Entity. Moreover, objection on establishment of non-functional community would have been annulled. By giving wide authorities, much effective community would have been founded.

³¹ X. Chunying, Y. Ziqiang, Z. Qiang, X. Haiding, *China's Judicial System and its Reform*, Japan, Institute of Developing Economies, 2001, 19.

According to current agreement, Kosovo will keep all employed in Serbian institutions in the north Kosovo. The biggest number all them have been paid by the Serbia³², that wanted to keep the last remains of sovereignty in Kosovo. Why would Albanian tax payers support unnecessary and expensive double administration? But, employments according to "national quotas" in order to settle national hostilities was showed as expensive and inefficient solution that creates inefficient administration. By proposed separation Kosovo Serbs and Kosovo Albanians would be enabled to deal more with economic issues, instead of national issues. It would also prevent north Kosovo to exist as the system out of fundamental legal control of Belgrade and Serbia.

6. Final remarks

It can't be supposed that suggested solutions could be fully accepted. Establishment of piece, efficient system and balanced approach are not always determinant factors. Whether the most powerful countries are truly interested in efficient solution without their supervision? It should not be forgotten that, according to newspaper articles, Wesley Clark and Medlin Albright that were the main promoters of Kosovo independence, were paid for their engagement.³³ Retail of the biggest Serbian oil company and Serbian entry into "South flow" under worse conditions compared to the other countries in the region, are often seen as a "price" for Russian support to Serbia in a "battle" for Kosovo.³⁴ There is no free lunch, not only in economy, but in politics as well!

Having in mind all peculiarities of Kosovo situation, some new suggestions and solutions are offered in this paper. There are numerous advantages to this proposal, of which I will summarise the most important. First, simultaneous respect of Albanian wish for independence and Serbian need of not-recognition of secession. At the same time the other states can freely decide whether to recognise Kosovo as an independent state, what prevent strict division on "winners" and "losers". Secondly, it enables efficient functioning of institutions, without blockades of the system by the Kosovo Serbs. It also enables Kosovo Serbs to fully enjoy their citizens rights, thorough full autonomy. Thirdly, it enables focusing on economic, instead on political issues. Fourthly, it legalises existed factual situation. It is true that Serbia does not have jurisdiction on the Kosovo, but it is also true that Kosovo, without use of power, do not have possibility nor legitimacy to peacefully implement its government in the north Kosovo.

Of course, any proposal that resolves age-old conflicts seems naive and undoubtedly has certain weak points.

First, this proposal undoubtedly has certain elements of lamentable conflict. That is, it does not definitively solve the so-called Kosovo issue, and any frozen conflict can

³² S. Lehne, 6.

³³ http://www.nytimes.com/2012/12/12/world/europe/americans-who-helped-free-kosovo-return-as-entrepreneurs.html?pagewanted=all&_r=0 (27 August 2024).

³⁴ D. Bechev, *Rival Power: Russia in Southeast Europe*, 2017.

escalate into a conflict in sensitive moments. Secondly, it is difficult to enforce proposed solution, having in mind that Albanians already feel as a victor that will not accept further concessions. (Serbians felt the same after annulment of Kosovo autonomy 1991). Thirdly, there is a serious danger that two separate judicial and police systems left a free area for criminals and organised criminal groups that do not know for national differences and distinctions. Certainly a cherished concept that would be an alternative to the proposal from 2013, which has now repented of its weaknesses for a full decade, is certainly not an afterthought, since it is a concept that we wrote in 2023. In addition to internal issues, it is indisputable that the Kosovo precedent should be observed in the context of wider international relations, and especially its use as an excuse in the case of Ukraine.

References

- Alan J. Kuperman, "The Moral Hazard of Humanitarian Intercession: Lessons from the Balkans", *International Studies Quarterly* Vol. 52, Issue 1, 2008, 49-80, <https://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2007.00491.x>
- Bataković, T. D. *Serbia's Kosovo drama, historical perspective*, Beograd, Čigoja, 2013.
- Bechev, D. *Rival Power: Russia in Southeast Europe*, 2017.
- Craford, J. *The creations of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Chomsky, N. *The New Military Humanism: Lessons from Kosovo*, London, Pluto Press, 1999.
- Chunying, X., Ziqiang, Y., Qiang, Z. and Haiding, X. *China's Judicial System and its Reform*, Japan, Institute of Developing Economies, 2001.
- Florio, S. *Serbia vs. Kosovo (International law and Politics of Secession)*, https://www.academia.edu/698759/Serbia_Vs_Kosovo_International_Law_and_Politics_of_Secession (27 August 2024)
- Goodman, R. *Humanitarian intervention and Pretexts forward*, Humanitarian intervention and Pretexts for war, *American Journal of International Law*, Volume 100, 1/2006, 107 - 141.
- Joseph, P. E. *Kosovo's independence and secessionist movements: Dire consequences or benign impact?*, https://minio.la.utexas.edu/webeditor-files/european_studies/pdf/secession20paper20joseph.pdf (27 August 2024).
- Jovanović, A. M. *Territorial Autonomy in Eastern Europe – Legacies of the Past*, https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/JEMIE/2002/nr4/Focus4-2002_Jovanovic_Kymlicka.pdf, (27 August 2024).
- Kaikobad, K. H. & Warbrick, C. "Another Frozen Conflict: Kosovo's Unilateral Declaration of Independence and International Law," u *Kosovo: A Precedent?*, ur. James Summers (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 49-76.
- Lehne, S. *Kosovo and Serbia: toward a Normal Relationship*, <https://policy.nl.go.kr/cmmn/FileDown.do;jsessionid=xE1Ruy11WArFOvV287FaHX0NgUPK2RpICf->

- pyTSa7OaDxeXrd0oWEv16aLxibKyZB.sl-extwas_servlet_engine5?atch-FileId=115122&fileSn=9981 (27 august 2024).
- Malcolm, N. *Kosovo: A short history*, First Edition, New York, Harper Perennial, 1998.
- Mikasinovic, B. *Yugoslavia: crisis and disintegration*, Novi Sad, 1994.
- Nardin, T. "The moral Basis of Humanitarian Intervention", *Ethics & International Affairs*, Vol. 16, Issue 1, 2002, 57-70, <https://doi.org/10.1111/j.1747-7093.2002.tb00375.x>
- Richter, S. & Halbach, U. "A Dangerous Precedent? The Political Implications of Kosovo's Independence on Ethnic Conflicts in South-Eastern Europe and the CIS," u *Kosovo: A Precedent?*, ur. James Summers (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 299-317.
- Teson, F. R. "The liberal Case for Humanitarian Intervention", *Public Law and Legal Theory*, Working Paper No. 39, November 2001, 1-59. file:///C:/Users/38164/Desktop/KASKO%20OSIG/ssrn-291661.pdf.
- Vickers, M. *Between Serb and Albanian: A History of Kosovo*, New York, Columbia University Press, 1998.
- Vidmar, J. "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, Issue 3, 2009, 779-851.
- Woehrel, S. *Kosovo: Current Issues and US Policy*, <https://sgp.fas.org/crs/row/RS21721.pdf> (27 August 2024).

IL SACRIFICIO RECIPROCO DI SOVRANITÀ E L'EFFICACIA DELLE DIRETTIVE: NUOVI LIMITI?

Abstract

La questione dell'efficacia orizzontale delle direttive, comunemente negata, è stata oggetto della recente sentenza della Corte di giustizia nel caso Gabel Industria Tessile e Canavesi. In essa la Corte ha stabilito che i giudici nazionali sono liberi di attribuire alle direttive dotate di efficacia diretta anche effetti tra i privati quando il loro ordinamento lo consenta. Lo scritto esamina le conseguenze di tale orientamento in relazione alla giurisprudenza di merito e di legittimità formatasi in Italia in ambito tributario, per concludere che tali effetti orizzontali sono già presenti nell'ordinamento italiano.

Parole chiave: *direttive; effetto diretto; primato; divieto di efficacia orizzontale; effetti indiretti; interpretazione conforme*

* Professore di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

E-mail: ruggiero.cafari@unimi.it

UZAJAMNO ŽRTVOVANJE SUVERENITETA I DELOTVORNOST DIREKTIVA: NOVA OGRANIČENJA?

Apstrakt

Pitanje horizontalnih efekata direktiva, koje se obično negira, bilo je predmet nedavne presude Suda pravde Evropske Unije u slučaju Gabel Industria Tessile i Canavesi. U njemu je Sud odlučio da su nacionalni sudovi slobodni da direktivama sa direktnim dejstvom pripišu i dejstvo između privatnih stranaka kada njihov zakon to dozvoljava. U radu se ispituju posledice ovakvog pristupa u odnosu na materijalnu i legitimnu jurisprudenciju formiranu u Italiji u oblasti oporezivanja, da bi se zaključilo da su takvi horizontalni efekti već prisutni u italijanskom pravu.

Ključne reči: *directive, direktan efekat, primat, zabrana horizontalne efektivnosti, indirektni efekti, ekstenzivno tumačenje*

1. L'efficacia orizzontale delle direttive e il rapporto tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti statali

Nel commentare, nel 1965, l'art. 192 del Trattato CEE¹ Rolando Quadri si interrogava su quale fosse il fondamento dell'efficacia degli atti delle istituzioni comunitarie nell'ordinamento interno e trovava una risposta nel processo di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi comunitari aventi di per sé carattere internazionale. Nulla quindi lasciava presagire gli sviluppi che stavano rapidamente maturando proprio in quegli anni in relazione al rapporto tra gli ordinamenti e quindi alla efficacia diretta degli atti comunitari rispetto ai quali, nella visione dell'Autore, erano comunque gli Stati a dover immettere nel loro ordinamento interno “un atto il cui contenuto deve essere modellato su quello dell'istituzione comunitaria”². Ben lontana dalla immaginazione del Maestro era dunque la possibilità che, sotto la spinta della nascente giurisprudenza della Corte di giustizia, l'evoluzione del diritto comunitario in tema di efficacia degli atti prendesse altre direzioni, adottando soluzioni che nel caso delle direttive, a distanza di ormai quasi sessanta anni, paiono ancora bisognose di puntualizzazione. La questione dell'efficacia delle direttive e, in specie, di quella orizzontale è, infatti, generalmente considerata una di quelle ancora irrisolte, oggetto di perenne disputa in dottrina. Quello dell'effetto diretto delle direttive, è, ad avviso dell'Avvocato generale Nicholas Emiliou³, un tema che ha “affascinato”, come pochi altri, “generazioni di giuristi”, formando “oggetto di lunghi dibattiti (e, in una certa misura, di intense controversie)”. Ma perché tutta questa incertezza, tanto da farmi concludere, in altra sede⁴, che è probabilmente giunto il momento di troncane il nodo gordiano, in particolare, degli effetti orizzontali? La ragione, a mio avviso, risiede proprio nel modo in cui la questione è stata tradizionalmente posta, in una prospettiva unilaterale, di efficacia appunto della fonte di diritto dell'Unione, come se questa unidirezionalità del processo di attribuzione di posizioni giuridiche soggettive fosse l'unica chiave corretta di lettura, trascurando la prospettiva statale e, soprattutto, senza tenere conto del contesto generale in cui la questione stessa si pone.

Lo stato attuale di incertezza risulterebbe, tuttavia, ancora poco comprensibile se non ricollegassimo il tema a quello, altrettanto scivoloso, dei rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e quelli dei singoli Stati membri e, quindi, in sostanza, dei limiti del principio del primato del diritto unionale, architrave dell'integrazione europea, ma proprio per questo oggetto periodicamente di contestazioni, anche di recente rinnovatesi, e precisazioni. Il che non deve sorprendere perché, se il primato è il precipitato dell'evoluzione

¹ R. Quadri, “Commento all'articolo 192 del Trattato C.E.E.”, in: *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* (diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi), Vol. III, Milano, Giuffré, 1965, 1433 etc.

² *Ibid.*, 1435.

³ Conclusioni presentate il 16 novembre 2023, causa C-316/22, *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, EU:C:2023:885, punto 1. La bibliografia sul tema dell'effetto diretto delle direttive è talmente vasta e conosciuta da esimermi da riferimenti specifici.

⁴ R. Cafari Panico, “L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica”, *Paper di diritto europeo* 2/2023, 41-93, 88.

politica dei rapporti tra gli ordinamenti, l'uso parallelo della direttiva, nell'ampliarsi dei suoi effetti, è l'esempio della erosione progressiva della discrezionalità degli Stati in sede di attuazione, vale a dire della loro sovranità, grazie proprio all'operare di tale supremazia del diritto UE. Strumento di tale progressiva erosione è stato indubbiamente il ricorso in via pregiudiziale che ha consentito ai giudici dell'Unione di estendere i confini delle competenze comunitarie. A rendere politica la questione è peraltro l'ovvia considerazione che la sentenza interpretativa della Corte di giustizia, che accerta l'incompatibilità della normativa interna con quella comunitaria, produce, pur con tutti i distinguo e le precisazioni del caso, un effetto di disapplicazione, pur limitato allo specifico contenzioso, che non è nella sostanza difforme da quello che produce la dichiarazione di illegittimità di una norma da parte della Corte costituzionale, rendendola inapplicabile.

Comune ad entrambe le giurisdizioni è dunque l'esercizio di un potere politico che si traduce nella disapplicazione o, se si preferisce, nella non applicazione della norma in ragione di un contrasto il cui esito è frutto di una valutazione svolta con riferimento a parametri vuoi costituzionali vuoi para costituzionali nel caso dell'Unione, ma comunque espressione di valori propri della comunità di riferimento, nazionale, nell'un caso, interstatale, nell'altro.

La valenza indubbiamente anche politica della questione degli effetti delle direttive è stata riconosciuta in dottrina⁵ mediante una ricostruzione delle diverse fasi (tre) della giurisprudenza della Corte di giustizia, evolutasi in risposta alle reazioni degli Stati. Se, dunque, è agevole leggere nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive la cifra del confronto politico dell'ordinamento unionale con le prerogative statali, non altrettanta attenzione è prestata alla relazione che intercorre fra tale giurisprudenza e la sovranità statale se letta nel prisma del principio del primato. In altri termini, l'attuale giurisprudenza sugli effetti delle direttive si rispecchia nella delimitazione del principio del primato, declinato in termini di rapporto fra l'ordinamento dell'Unione e quello dei singoli Stati membri. Il risultato è l'attuale coesistenza di due ordini di ordinamenti sulla base di un (dis)equilibrio sistematico tutto sommato incerto e alla ricerca ancora di una propria stabilità.

La mia opinione è che così come il dibattito sul primato e, dunque, di riflesso, sulla sovranità non è giunto, al momento, ad una conclusione, alla stessa stregua la soluzione della questione dell'efficacia diretta (vuoi verticale vuoi orizzontale) delle direttive non può che essere parziale e tutto sommato insoddisfacente, se considerata unicamente in una logica di estensione, più o meno elastica, a seconda dei momenti, degli effetti che devono necessariamente discendere dalla fonte di diritto secondario. Questa insoddisfazione, astratta quando ci si pone sul piano dommatico, diventa sostanziale e foriera di significative conseguenze sul piano pratico quando ci si riferisce ai rapporti fra la normativa comunitaria e i singoli destinatari. È con riguardo, infatti, alla posizione giuridica di questi ultimi che si pongono i reali problemi interpretativi per la cui soluzione

⁵ F. Capelli, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2021. Per i più recenti sviluppi, vedi L. Cecchetti, "Verso i cinquant'anni dell'effetto diretto delle direttive: questioni ancora aperte", *I Post di AISDUE* 4/2023, 775-826.

occorre però rispondere al quesito preliminare di quali siano i limiti del primato, ovvero di quale sia il rapporto tra i due ordinamenti, quello dell'Unione e quello statale interessato, in merito alla prevalenza dell'uno sull'altro in relazione alla direttiva in generale. La questione risulta in tutta la sua complessità se si considerano i possibili effetti orizzontali, di fatto esistenti ma di norma negati in virtù del cd. principio del divieto di effetti orizzontali⁶, assioma dell'efficacia delle direttive.

Per meglio comprendere il presente, quando questo si configuri particolarmente complesso e di difficile lettura, è tuttavia spesso utile volgersi indietro e ricominciare l'analisi dal suo inizio. Anche nel caso del diritto dell'Unione europea, per comprendere gli attuali rapporti fra gli ordinamenti statali e quello unionale, attraverso le lenti del primato di quest'ultimo sui primi, e, soprattutto, per descrivere come si atteggi di conseguenza la ripartizione di sovranità fra gli Stati membri e la stessa Unione in relazione all'efficacia degli atti di quest'ultima, occorre riavvolgere il filo della storia e ripartire da dove il cammino dell'integrazione ha preso in effetti avvio nelle forme che oggi conosciamo. Tutto, quindi, inizia con le due sentenze *Van Gend and Loos*⁷ e *Costa/Enel*⁸ da cui discende l'affermazione, prima, dell'efficacia diretta delle norme del Trattato di Roma (in specie art. 12 TCEE), a determinate e ben note condizioni, riassumibili nella formula "chiara, precisa e incondizionata", e, poi, in una curiosa inversione logica che testimonia l'approccio pragmatico, o meglio politico, alla questione, del principio di prevalenza della normativa comunitaria su quella nazionale, anche posteriore, a ratificare il nuovo quadro dei rapporti tra gli ordinamenti, l'efficacia diretta sarebbe rimasta, infatti, senza effetto "utile", senza alcun senso, se non si fosse accompagnata al primato della prima sulla seconda in caso di conflitto. E così sul risultato che si vuole ottenere, l'efficacia diretta, si costruisce lo strumento, il primato, che interviene nel 1964 a garantire quanto sancito un anno prima, nel 1963, mediante l'affermazione della supremazia sulle norme interne confliggenti, niente affatto all'epoca scontata. Il rapporto fra l'ordinamento comunitario e il singolo ordinamento nazionale si reggeva su un sacrificio reciproco di sovranità⁹, in cui il primato serviva ad assicurare l'unitarietà dell'ordinamento unionale, ma nel rispetto delle reciproche competenze, statali e comunitarie, secondo un meccanismo che forse l'effetto di ritrazione è quello che meglio lo illustra, alieno così da ogni contaminazione gerarchica. L'uguaglianza non è solo orizzontale riguardo al rapporto tra gli Stati, ma anche verticale, nei confronti dell'Unione, laddove il primato è uno strumento di coesione, atto cioè ad assicurare la coabitazione all'interno dell'edificio comunitario sia degli Stati

⁶ Nel senso che questo divieto, frutto della giurisprudenza della Corte di giustizia, sia "datato e, in quanto tale, non condivisibile" e per una ricostruzione di tale giurisprudenza, vedi D. Gallo, "La vexata quaestio dell'efficacia interna delle direttive: l'insostenibile leggerezza del divieto di effetti orizzontali", in: *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, (a cura di E. Moavero Milanesi, G. Piccirelli), Cacucci, Bari 2018, 19-36, 18.

⁷ Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/32, EU:C:1963:1.

⁸ Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, EU:C:1964:66.

⁹ L.S. Rossi, "Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea", *Quaderni AISDUE*, 1/2024, 1-24, 3.

sia della struttura istituzionale sovraordinata, su un piano di pari dignità degli ordinamenti (statali ed europei) (cd. “equivalenza verticale”, secondo un’espressione cara alla dottrina amministrativistica¹⁰).

La genesi pretoria del primato ne rappresenta ovviamente la forza, ma anche il limite, non essendo enunciato espressamente nei Trattati, sempre che ovviamente si condivida la visione politica di un ordinamento sovranazionale (ma integrato) che impone agli Stati il rispetto immediato, al loro interno, delle sue regole e quindi il riconoscimento, senza che vengano frapposti ostacoli di sorta, dei diritti che ne conseguono per i singoli, qualunque sia il quadro normativo nazionale, in relazione agli obiettivi da perseguire. Questa è la peculiarità del percorso compiuto, grazie ad una giurisprudenza comunitaria creativa e come tale politicamente ispirata a tale visione, la cui debolezza è emersa nel corso degli anni a fronte delle contestazioni da parte degli Stati, a difesa della loro sovranità. Non a caso il rapporto fra gli ordinamenti oggi è di nuovo al centro dell’attenzione per l’opposizione di taluni Stati a che, per il tramite del primato, si impongano valori propri dell’Unione in quanto tale, ma difformi dai loro orientamenti costituzionali, vale a dire identitari.

In questa prospettiva si inquadra l’evoluzione della giurisprudenza in materia di direttive volta a far accogliere il principio secondo cui anche per esse può valere quanto sancito dalla Corte di giustizia in merito principalmente alle norme dei Trattati e destinato ad applicarsi ai regolamenti. È a questo punto, per tornare a quanto inizialmente osservato, che la questione diviene inevitabilmente “politica” e finisce per intrecciarsi con quella del primato, fino a giungere all’attuale momento in cui, al termine di oscillamenti e ripensamenti, la situazione pareva essersi stabilizzata proprio in ragione di una distinzione fra effetti verticali e orizzontali che ripercorre il confine, segnato per l’appunto dall’operare del primato, tra l’ordinamento unionale e quello nazionale, limitando grandemente, nel caso di mancata od errata trasposizione, le ipotesi di disapplicazione, di fatto riservate alle disposizioni delle direttive dotate di efficacia diretta nell’ambito di un rapporto verticale, che non esclude peraltro il verificarsi, in via eccezionale, di non sempre ben precisati effetti pregiudizievoli per i terzi. Il tutto comunque nella considerazione di quale sia il modo di atteggiarsi della fonte unionale, come del resto traspare dall’uso della locuzione “divieto di effetti orizzontali”, quasi che detti effetti all’interno degli ordinamenti statali dipendessero unicamente dall’operare o meno, in senso sia positivo sia negativo, del primato e, di conseguenza, dell’effetto vuoi di sostituzione vuoi di mera esclusione. Il contesto così descritto è però mutato a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell’11 aprile 2024 nel caso *Gabel Industria Tessile e Canavesi*¹¹, in cui i giudici comunitari, come avrò modo di approfondire, hanno adottato una diversa impostazione, rintracciando nei singoli ordinamenti nazionali la giustificazione dei possibili effetti orizzontali delle direttive.

¹⁰ D.U. Galetta, “Il criterio di “equivalenza verticale” in caso di applicazione e interpretazione del diritto nazionale da parte delle istituzioni UE nel contesto dell’unione bancaria”, *Eurojus* 2/2024, 396-405.

¹¹ Causa C-316/22, EU:C:2024:301.

2. Il divieto di effetti orizzontali e gli effetti indiretti delle direttive

Numerosi sono gli sforzi della giurisprudenza per trovare rimedi al differente (non equo) trattamento dei soggetti privati che consegue dal divieto di effetti orizzontali, con una declinazione di possibili mitigazioni del divieto stesso che vanno dal prepotente affermarsi del principio dell'interpretazione conforme, sempre più seguito dalle nostre corti, all'attribuzione di effetti (orizzontali) indiretti o incidentali (o riflessi, come preferisco, o comunque declinati in forme particolari secondo le diverse ipotesi) alle disposizioni della direttiva con efficacia diretta, al di fuori del rapporto verticale tra destinatario e Stato inadempiente¹², specie nelle situazioni cd. triangolari. Si ammette così la possibilità di quelle che sono contrassegnate nella sentenza *Wells* come “mere ripercussioni negative”¹³, che, in realtà, altro non sono che una estensione in senso orizzontali degli effetti di una efficacia verticale, oppure, come nel caso delle regole tecniche, una ricaduta della disapplicazione della norma interna in ragione dell'effetto oppositivo del primato, per giungere al diritto residuale al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento statale. Il tutto con evidenti criticità e aporie legate alla diversa declinazione degli effetti nei riguardi dell'eventuale applicazione della direttiva vuoi in pregiudizio dei singoli, in violazione del divieto di effetti verticali rovesciati, vuoi, come osservato, in violazione del divieto stesso di effetti orizzontali.

Tale divieto – ed è questa la tesi che intendo dimostrare –, in realtà, non sussiste, in virtù della circostanza che la questione degli effetti orizzontali della direttiva è di per sé estranea al diritto dell'Unione, ma appartiene alla autonomia ordinamentale degli Stati membri. Non è dunque un problema di declinazione degli effetti del primato, come tradizionalmente riguardato, ma di scelte “politiche” nazionali, cui il diritto dell'Unione, come si desume dalla più recente giurisprudenza comunitaria, rimane estraneo. In base al diritto dell'Unione non possono riconoscersi, come vincolo per gli ordinamenti statali, effetti orizzontali, ma al contempo in base a tale diritto nulla impedisce agli Stati di introdurli. Le aporie e le criticità, insuperabili se esaminate con le lenti del diritto unionale, trovano, invece, soluzione nel contesto dell'ordinamento statale di volta in volta considerato, senza che il differente esito tra Stato e Stato sia in sé di ostacolo perché la diversità sul piano normativo è già insita nella natura della direttiva.

Tornando alla giurisprudenza in tema efficacia diretta e di prevalenza del diritto comunitario¹⁴, sta di fatto che se le citate sentenze incidevano sulla sovranità degli Stati, soprattutto attribuendo all'ordinamento comunitario quella impronta di originalità rispetto alle organizzazioni internazionali “tradizionali” che ne avrebbe consentito negli anni il progresso verso forme sempre più accentuate di integrazione, ciò non

¹² R. Cafari Panico, 78 etc. Vedi anche L. Cecchetti, 794 etc. e C. Gambino, “Direttiva Bolkestein, concessioni balneari ed effetti diretti in “situazioni triangolari”: qualche spunto di riflessione”, *Quaderni AISDUE*, 2/2024, 12 etc.

¹³ Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, EU:C:2004:12, punto 57.

¹⁴ Per tutti, I. Anrò, J. Alberti, “Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale”, in: *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. I, *Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale* (a cura di G. Lattanzi et al.), Milano, Giuffrè, 2023, 51-85, 56 etc.

suscitò inizialmente le reazioni negative che ci si poteva aspettare specie dalla Francia gollista. Probabilmente non erano state ben comprese le conseguenze dell'affermazione del primato del diritto dell'Unione e quindi quali avrebbero potuto essere i suoi successivi sviluppi. Questi divennero ben chiari di lì a qualche anno quando non si trattò più dei soli regolamenti e decisioni a venire in considerazione, ma cominciò a porsi il problema dell'efficacia delle direttive comunitarie, della cui efficacia diretta analoga a quella dei regolamenti si inizia di fatto a parlare con la sentenza *SACE*¹⁵, sul finire del 1970¹⁶. Secondo questa giurisprudenza, si trattava in sostanza di una equiparazione che si estendeva alle direttive non trasposte da cui discendesse un obbligo "incondizionato e sufficientemente preciso"¹⁷; per effetto di tale equiparazione, qualunque norma comunitaria chiara e precisa, non sottoposta a condizioni e non assoggettata al potere discrezionale degli Stati membri o delle Istituzioni europee¹⁸, avrebbe potuto dispiegare effetti anche in senso orizzontale, cioè anche nei confronti di soggetti diversi dagli Stati cui sono indirizzate, in specie facendo sorgere diritti soggettivi in capo ai singoli.

Sulla base di queste premesse, la direttiva sarebbe non solo direttamente applicabile, ma anche direttamente efficace¹⁹, in virtù del primato del diritto dell'Unione unito alle connotazioni specifiche dell'atto in questione, quali sopra descritte.

Le reazioni sono state questa volta immediate e soprattutto non infondate perché equiparare regolamenti e direttive significava in effetti stravolgere il senso dei Trattati.

La giurisprudenza della Corte compie in quel momento una decisa inversione di rotta, ripiegando su un effetto diretto della direttiva (non o mal trasposta) unicamente in senso verticale, e cioè, come attualmente accettato, nei confronti dello Stato responsabile del mancato o scorretto recepimento della stessa direttiva²⁰. All'effetto orizzontale si preferisce, nei rapporti fra privati, il ricorso, ove possibile, al rimedio ermeneutico dell'interpretazione conforme, di utilizzo sempre più diffuso a partire dalla sentenza *Marleasing*²¹ fino all'estremo limite del *contra legem*, oppure all'effetto combinato di direttive e principi generali e, come *ultima ratio*, al risarcimento per il terzo danneggiato da tale inadempimento, tutti *escamotage* con evidenti limiti.

Da lì in avanti, è evidente l'impossibilità per la Corte di dare una risposta definitiva alla questione degli effetti (diretti) orizzontali che, in una sorta di fenomeno carsico, riemergono periodicamente anche nella giurisprudenza della stessa Corte, facendo sorgere nuovi dubbi.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, causa 33/70, EU:C:1970:118.

¹⁶ F. Capelli, 39.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 1979, causa 158/78, *Ratti*, EU:C:1979:110, punto 23.

¹⁸ F. Capelli, 63.

¹⁹ Corte di giustizia sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, EU:C:1974:133.

²⁰ "A partire dalle sentenze nelle cause Marshall e Faccini Dori la Corte di giustizia ha costantemente dichiarato che una direttiva non può, di per sé, creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso": Avvocato generale N. Emiliou, conclusioni presentate il 16 novembre 2023, causa C-316/22, cit., punto 2.

²¹ Corte di giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, causa 106/89, EU:C:1990:395.

Una spiegazione²² è la natura non omogenea delle direttive, nel senso che esse possono dispiegare effetti diversi a seconda della categoria cui appartengono. Per quanto apprezzabile sia lo sforzo di questa ricostruzione sistematica, esso si colloca comunque in una prospettiva di primato del diritto dell'Unione su quello nazionale, volta a determinare i confini di applicazione del primo nei riguardi del secondo, in termini dunque di *vis* espansiva della sovranità dell'ordinamento sovranazionale nei riguardi di quelli nazionali, senza tralasciare l'intervento dell'interpretazione conforme, a volte vero e proprio ponte tra le due posizioni atto ad evitare gli scontri diretti. In definitiva, ancora una volta si tratta di rapporti di forza per loro natura politici nel senso di sostituzione delle valutazioni compiute dal legislatore unionale a quelle nazionali, in un'ottica di ispirazione monista cui l'ordinamento italiano oppone il filtro costituzionale. A complicare il quadro dei rapporti tra gli ordinamenti è la possibilità che proprio con riguardo agli effetti orizzontali il binomio primato ed effetto diretto sia destinato a scomporsi, potendo il primo operare per evitare l'applicazione della norma nazionale (effetto oppositivo), senza che si realizzi anche la sostituzione della norma nazionale con quella comunitaria (effetto sostitutivo). Nel caso delle direttive non trasposte, come già ricordato, la Corte di giustizia non ha perciò esitato a far valere tra privati l'effetto di disapplicazione della norma interna per contrasto con la disciplina unionale, con riguardo alle regole tecniche oppure nelle situazioni triangolari.

3. La giurisprudenza italiana e comunitaria: la sentenza *Gabel Industria Tessile e Canavesi* della Corte di giustizia

Il contesto è tutt'altro che chiaro e le soluzioni giurisprudenziali dei singoli casi paiono difficilmente riconducibili ad un comun denominatore.

Per questa ragione, mi pare preferibile muovere da una prospettiva diversa, che ha come stazione di partenza la giurisprudenza, anche di recente ribadita, della efficacia solo verticale delle direttive e come traguardo la constatazione di come la nostra Corte di Cassazione, seppure in ambito tributario, sia di fatto pervenuta ad attribuire, in materia di rimborso dell'addizionale provinciale alle accise in materia di energia elettrica, indebitamente rimosse dal fornitore per conto della Amministrazione finanziaria²³, una efficacia orizzontale alle stesse direttive per il tramite di un'applicazione della normativa

²² F. Capelli, 75.

²³ Nel sistema tributario italiano l'imposta addizionale grava sul fornitore di energia elettrica che, a sua volta, quale sostituto di imposta, può traslare, in via di rivalsa, il relativo importo al consumatore finale. Ne consegue che quest'ultimo, in caso di illegittimità dell'imposta, in quanto contrastante con la fonte normativa europea (direttiva), può agire nei confronti del fornitore con l'ordinaria azione di ripetizione di indebito e, solo ove tale azione si riveli impossibile o eccessivamente difficile, può eccezionalmente chiedere il rimborso nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. Nei contenziosi che ne sono derivati, il fornitore di energia eccipe usualmente il divieto di effetti orizzontali della direttiva in questione e quindi l'impossibilità di disapplicare nei rapporti tra privati la norma tributaria in contrasto con la direttiva stessa non adeguatamente trasposta: R. Cafari Panico, 46 etc., anche per i riferimenti giurisprudenziali.

interna conforme alle sentenze interpretative rese dalla Corte di giustizia, anche quando la lettera della norma parrebbe opporsi²⁴.

La giurisprudenza citata della Suprema Corte pare tanto consolidata quanto non pienamente comprensibile secondo il tradizionale procedimento logico, sì da creare una apparente contraddizione. In realtà, entrambe le posizioni sono corrette, sia quella comunitaria che nega gli effetti orizzontali delle direttive, sia quella nazionale che li ammette. Ad impedirci di scorgere la soluzione è un effetto di presbiopia, che non ci permette di cogliere quanto è sotto gli occhi. Quello degli effetti orizzontali delle direttive non è un problema di antagonismo tra gli ordinamenti, di prevalenza dell'uno sull'altro, bensì di reciproca delimitazione dell'esercizio dei poteri sovrani, intesi quali competenze, da parte dell'Unione e degli Stati. Dal che consegue, come confermato dalla più recente giurisprudenza comunitaria, che compete al singolo Stato membro decidere riguardo alla estensione (orizzontale) degli effetti delle direttive.

Il tradizionale modo di intendere parrebbe, infatti, ora superato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2024, nel caso *Gabel Industria Tessile e Canavesi*²⁵, che conferma e chiarisce il ragionamento che stava alla base della precedente sentenza *Thelen Technopark Berlin*, del 18 gennaio 2022²⁶. Secondo la Corte, da un lato, l'Unione non può pretendere di imporre, all'interno degli ordinamenti nazionali, effetti dei propri atti (in specie direttive) per i quali i Trattati non le attribuiscono la competenza e, dall'altro, gli Stati sono, in via di principio, liberi di riconoscere agli atti dell'Unione anche effetti che non sono loro propri.

Per una migliore comprensione del nuovo quadro così delineatosi, giova a questo punto premettere quanto osservato dall'avvocato generale Emiliou chiamato a rispondere nella causa *Gabel Industria Tessile e Canavesi*²⁷ a due quesiti coi quali, rispettivamente, veniva chiesto se il diritto dell'Unione osti alla disapplicazione da parte del giudice nazionale, in una controversia tra due privati, di una disposizione di diritto interno contrastante con una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva non recepita, quando ciò sia necessario affinché l'attore possa far valere i diritti attribuitigli dalla direttiva; e, poi, se il principio di effettività osti ad una normativa come quella italiana che non consente al consumatore finale di chiedere direttamente allo Stato il rimborso di una imposta indebita, bensì gli riconosce soltanto la possibilità di esperire un'azione civilistica di ripetizione nei confronti del fornitore.

A fronte, anzitutto, del suggerimento di “vari dotti avvocati generali” di riconoscere anche l'effetto diretto orizzontale, oltre che verticale, delle direttive²⁸, l'Avvocato

²⁴ R. Cafari Panico, 65 etc.

²⁵ Sentenza dell'11 aprile 2024, causa C-316/22, cit. In data 26 ottobre 2023 è stata depositata l'ordinanza con la quale la Corte d'appello di Bologna ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali di interpretazione anch'esse relative alla addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica. Di fatto la questione è quella del riconoscimento di effetti tra privati alla direttiva 2008/118, che però ha già trovato una risposta nella sentenza della Corte di giustizia nel caso *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, tanto da rendere non necessaria una sua nuova pronuncia sui quesiti formulati dalla Corte d'appello di Bologna.

²⁶ Causa C-261/20, EU:C:2022:33.

²⁷ Conclusioni presentate il 16 ottobre 2023, causa C-316/22, cit.

²⁸ *Ibid.*, punto 2.

generale ritiene di non doversi discostare dal costante orientamento giurisprudenziale che esclude tale effetto orizzontale, pur rilevando l'opportunità di fornire alcuni chiarimenti. Dato, poi, atto di come la Corte di giustizia abbia tentato in vari modi di "mitigare le conseguenze negative che la mancanza di effetto diretto orizzontale può produrre sui singoli"²⁹, l'Avvocato generale si pone la domanda se a un giudice nazionale sia "consentito applicare le disposizioni di una direttiva non recepita in una controversia tra privati"³⁰. In merito Egli rileva come la stessa Corte, nella sentenza *Thelen Technopark Berlin*³¹, dopo aver affermato che un giudice nazionale non è tenuto, "sulla sola base del diritto dell'Unione", a disapplicare "una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di effetto diretto", abbia poi precisato che tale principio opera "ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice [...], di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia"³².

Ciò significa, secondo l'Avvocato generale, "che il diritto dell'Unione non impone ai giudici nazionali di disapplicare disposizioni nazionali in contrasto con disposizioni del diritto dell'Unione prive di effetto in controversie tra privati, ma parimenti non osta a che i giudici nazionali procedano in tal senso qualora il diritto nazionale lo preveda"³³. Sono dunque i giudici nazionali gli unici che possono stabilire, in base al loro diritto, se è possibile attribuire effetti orizzontali alla direttiva³⁴. Dal punto di vista del diritto comunitario, nulla si opporrebbe a tale estensione di efficacia. Se, infatti, uno dei motivi addotti per negare l'effetto diretto orizzontale delle direttive è preservare il margine di manovra degli Stati nell'attuare il diritto dell'Unione, "sarebbe logico che gli Stati membri siano liberi di rinunciare a tale prerogativa"³⁵. Non varrebbe neppure osservare che in tal modo si introdurrebbe un elemento di disparità nel trattamento dei singoli, in quanto è vero il contrario, essendo proprio il mancato recepimento delle direttive a creare situazioni di disparità a livello sia dell'Unione sia nazionale.

Quanto al secondo quesito, l'Avvocato generale, dopo aver ammesso che, nonostante i chiarimenti forniti dal giudice del rinvio, non gli erano ancora chiare le caratteristiche del regime italiano di restituzione delle imposte indebitamente riscosse, ripercorre la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'applicazione del principio di effettività ad un caso come quello di specie, per concludere che spetta al giudice

²⁹ *Ibid.*, punto 3.

³⁰ *Ibid.*, punto 19 ss.

³¹ Sentenza del 18 gennaio 2022, causa C-261/20, cit.

³² *Ibid.*, punto 33.

³³ Conclusioni presentate il 16 ottobre 2023, causa C-316/22, cit., punto 21.

³⁴ In tal senso vedi anche Avvocato generale J. Kokott, conclusioni presentate il 14 dicembre 2023, causa C-626/22, *Ilva e a.*, EU:C:2023:990, punto 63: "[s]olo i giudici italiani possono decidere quanto sia ampio il margine di discrezionalità per una siffatta interpretazione del diritto italiano conforme al diritto dell'Unione".

³⁵ Conclusioni presentate il 16 ottobre 2023, causa C-316/22, cit., nota 22.

nazionale valutare se le modalità procedurali rendano “impossibile o eccessivamente difficile, per il consumatore, ottenere il rimborso dell’imposta indebitamente versata”³⁶.

La Corte di giustizia segue il medesimo iter logico e dalla motivazione si comprende come – ed ecco l’effetto di presbiopia – la soluzione sia sempre esistita e sia stata a portata di mano. Per coglierla è bastato considerare che, da un lato, l’Unione non può pretendere di imporre effetti dei propri atti (in specie direttive) all’interno degli ordinamenti nazionali per i quali i Trattati non le attribuiscono la competenza e che, dall’altro, gli Stati sono in via di principio liberi di riconoscere agli atti dell’Unione anche effetti ulteriori. Come precisa, infatti la Corte, la possibilità che le disposizioni chiare, precise e incondizionate di una direttiva non trasposta o non correttamente trasposta “possano essere fatte valere da un singolo nei confronti di un altro singolo” non deriva “dal diritto dell’Unione, bensì dal diritto nazionale, e non costituisce, pertanto, un obbligo aggiuntivo rispetto a quelli previsti da tale diritto”³⁷. Di conseguenza, come già affermato nella sentenza *Thelen Technopark Berlin*, “se, sulla base del diritto dell’Unione, una direttiva non può, di per sé, creare obblighi a carico di un singolo e dunque essere invocata, in quanto tale, nei confronti di quest’ultimo dinanzi ad un giudice nazionale, uno Stato membro può tuttavia conferire ai giudici nazionali il potere di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell’Unione priva di effetto diretto”³⁸.

4. La risposta sul piano del diritto interno alla questione dell’efficacia orizzontale

In definitiva, la questione della possibilità di attribuire un effetto orizzontale, in una controversia tra privati, deve trovare una risposta esclusivamente sul piano del diritto interno. L’Unione si arresta dove è giunta la giurisprudenza della Corte col riconoscimento dell’efficacia verticale; al di là di tale linea di demarcazione la parola ritorna agli Stati. Nulla impedisce, infatti, a questi ultimi di riconoscere effetti diretti orizzontali ad una direttiva di per sé dotata di efficacia diretta. A tal fine il giudice si avvarrà, ove le regole ermeneutiche nazionali lo consentano, di una interpretazione conforme della normativa interna estremamente lata, se non addirittura creatrice, che può spingersi anche, di fatto, ove occorra per assicurare la tutela giurisdizionale effettiva, a superare l’ostacolo letterale, utilizzando come *passé partout* le sentenze di interpretazione rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia. Soprattutto accade che le motivazioni ermeneutiche siano abbinata, come è solita fare la giurisprudenza italiana in materia tributaria³⁹, all’invocazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Principio divenuto, in questa particolare accezione, anche al di là e al di fuori della sua matrice comunita-

³⁶ *Ibid.*, punto 62.

³⁷ Sentenza dell’11 aprile 2024, causa C-316/22, cit., punto 23.

³⁸ *Ibid.*, punto 24.

³⁹ R. Cafari Panico, 43 etc.

ria d'origine, flessibile strumento di ricerca sul piano interno di rimedi a squilibri tra le posizioni giuridiche delle parti private, tutte riguardate dall'inadempimento dello Stato, ma differenziate nella loro posizione dalla efficacia in tal caso solo verticale delle direttive, laddove invece le circostanze del caso richiedano, a fini di una giustizia appunto "effettiva", di superare, in via interpretativa, la barriera posta dall'assenza di efficacia orizzontale della direttiva secondo l'ordinamento comunitario.

Entrambi gli ordinamenti concorrono secondo le rispettive competenze, e in modo reciprocamente sovrano, a regolare la questione dell'efficacia orizzontale delle direttive, fermandosi quello comunitario, in base alla teoria dell'*estoppel*, all'efficacia diretta verticale, spingendosi quello nazionale, a sua esclusiva discrezione, a riconoscere effetti anche orizzontali ricorrendo agli strumenti di risoluzione ermeneutica che l'ordinamento stesso conosce. In tal modo, gli effetti orizzontali perdono ogni connotazione politica nel senso di interazione fra le fonti regolata dalla prevalenza di un ordinamento (sovrano) sull'altro (parimenti sovrano), in ragione del primato e dell'effetto diretto, e divengono, in via di principio, fatte salve specifiche eccezioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, questione puramente di diritto domestico, legata alla convenienza della disciplina del caso di specie. Evidentemente tale conclusione non può risultare accettabile per chi, leggendo il rapporto in una visione unilaterale di primazia, non ha esitato a bollare l'affermazione incidentale della Corte di giustizia nel caso *Thelen Technopark Berlin*, come frutto di una svista, con una portata "sovversiva", cui porre presto rimedio⁴⁰. Così evidentemente non è: quella della Corte di giustizia è una rilettura, attenta al rispetto delle rispettive sovranità, di quello che la stessa dottrina definisce "mistero orfico"⁴¹ affidato alla custodia dei giudici del Kirchberg. Secondo questa impostazione unilaterale, l'ammissione degli effetti diretti, al di fuori delle ipotesi eccezionali descritte, significherebbe attribuire indebitamente al giudice nazionale il potere di ampliare gli effetti degli atti comunitari, oltre i limiti indicati dai Trattati. L'equivoco appare così evidente, non essendo la norma di diritto derivato a produrre effetti orizzontali per sua forza, ma essendo il diritto interno a riconoscere a detta norma effetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli ben delimitati dall'ordinamento unionale. In questo risiede, giova sottolineare ancora una volta, la novità del *revirement* giurisprudenziale, se tale può dirsi.

È vero invece che, in base alle considerazioni ora svolte, la giurisprudenza di merito, espressasi, nel caso dell'addizionale all'accisa, a favore della disapplicazione della normativa interna contrastante con la direttiva 2008/118 nel rapporto tra consumatore e fornitore, appare ora fornita di una propria giustificazione sul piano dei rapporti tra le fonti e pienamente conforme al diritto comunitario. Si tratterà semmai di valutare quale sia la base giuridica più corretta, secondo il diritto interno, per giustificare l'applicazione orizzontale della direttiva in questione, ma di sicuro tale effetto diretto nelle controversie tra privati non può essere sindacato sul piano del diritto comunitario.

⁴⁰ E. Cannizzaro, "Convulsive Direct Effect?", *European Papers*, 1/2022, 409-411, 411. In senso critico, vedi anche L. Cecchetti, 817.

⁴¹ *Ibid.*

La distinzione di competenze, di sovranità, ora descritta, non è tuttavia così netta. Nel corso degli anni le incursioni del diritto UE nel terreno delle competenze statali hanno generato una sorta di terra di nessuno e i confini tra i diversi ordinamenti si sono rivelati porosi, tanto che vi sono situazioni in cui la fonte delle posizioni giuridiche dei privati anche nei loro rapporti collegati a direttive non trasposte discende dall'ordinamento comunitario, come nel caso emblematico delle "ripercussioni negative" che conseguono alla disapplicazione della direttiva in un rapporto verticale. Ciò non toglie che anche in tal caso, per l'evidente difficoltà di rintracciare una linea chiara di demarcazione, è il giudice nazionale che, avvalendosi degli strumenti che gli sono riconosciuti sul piano interno, può dilatare o meno l'estensione di tali effetti *inter privatos*. Ancora una volta la giurisprudenza formatasi in tema di addizionale alle accise è un esempio di tale modo di procedere, spesso inconsapevole e a volte contraddittorio. Ne sono dimostrazione le prime sentenze di merito (inedite) pronunciate successivamente alla sentenza *Gabel Industria Tessile e Canavesi*. Le corti, infatti, limitandosi ad una mera presa d'atto della (nuova) giurisprudenza della Corte di giustizia, ritenuta non rilevante ai fini della decisione del caso di specie, richiamano la precedente giurisprudenza e le relative motivazioni⁴² senza una piena consapevolezza del principio enunciato dai giudici di Lussemburgo, a dimostrazione del fatto che occorrerà del tempo perché la nuova prospettiva venga compiutamente recepita e le diverse soluzioni giurisprudenziali siano ricondotte ad unità; sempre che il problema non sia risolto *in nuce* con il riconoscimento, in forza del principio di effettività, dell'ammissibilità dell'azione diretta del consumatore nei confronti della Amministrazione finanziaria.

Da parte mia, ho già avuto modo di reputare del tutto corretto l'esercizio dell'azione di ripetizione nei confronti del fornitore di energia⁴³ sia in una prospettiva di diritto Ue sia dal punto di vista del solo ordinamento domestico. A tale conclusione il giudice adito può pervenire, in estrema sintesi, sia considerando quello in oggetto un effetto indiretto della contrarietà della norma interna a quella comunitaria, quale accertata in via incidentale, nel corso del giudizio di ripetizione, in quella che appare come una situazione tipicamente triangolare⁴⁴; sia come conseguenza dell'interpretazione dell'ordinamento nazionale nel suo complesso, comprensivo anche dei principi di derivazione comunitaria che ne sono divenuti parte integrante, tale da consentire, al di là anche dei confini dell'obbligo di interpretazione conforme imposto dal diritto unionale, la

⁴² Corte d'Appello di Milano, sentenze del 16 aprile 2024, n. r.g. 1073/2023; del 16 maggio 2024, n. r.g. 2314/2023; del 28 maggio 2024, n. r.g. 1546/2024; e del 5 giugno 2024, n. r.g. 1628/2024; Corte d'Appello di Roma, sentenza del 3 maggio 2024, n. r.g. 3101/2024; nonché, Tribunale di Bologna, sentenza del 26 aprile 2024, n. r.g. 15427/2023; Tribunale di Verona, ordinanza del 30 aprile 2024, n. r.g. 2006/2024; e Tribunale di Roma, ordinanza del 10 giugno 2024, n. r.g. 7024/2024. In senso contrario alla disapplicazione, vedi invece Tribunale di Verona, ordinanza del 16 aprile 2024, n. r.g. 7876/2020 (nel senso che quello che si instaura tra consumatore e fornitore di energia è un rapporto "para-verticale" in ragione della riconducibilità del secondo alla nozione comunitaria di "emanazione dello Stato"); e Tribunale di Milano, sentenza del 31 maggio 2024, n. r.g. 5603/2024 (per il quale non vi è "fonte comunitaria idonea a fondare" la disapplicazione).

⁴³ R. Cafari Panico, 86 etc.

⁴⁴ *Ibid.*, 68 etc.

“disapplicazione” dell’ art. 6, comma 2, del decreto legge n. 511/1988⁴⁵ in quanto contrastante con la direttiva n. 2008/112/CE⁴⁶ così come interpretata dalla Corte di giustizia con effetti *erga omnes*⁴⁷.

5. Il principio di effettività dei rimedi giurisdizionali

Vi sarebbe, in realtà, un’osservazione ulteriore da compiere, specifica della fattispecie del rimborso della addizionale alle accise. La Corte di giustizia, infatti, non solo ha legittimato la giurisprudenza consolidata in merito alla estensione al rapporto tra privati degli effetti della direttiva così come interpretata dalla stessa Corte, consentendo all’utente di agire per il rimborso nei confronti del fornitore, ma ha anche giudicato contraria al principio di effettività dei rimedi giurisdizionale la regolamentazione italiana che impedisce di agire direttamente nei confronti dell’Amministrazione finanziaria per il rimborso in questione. Le decisioni di merito dei nostri giudici successive alla pronuncia dei giudici di Lussemburgo hanno sì dato atto della posizione assunta dalla Corte di giustizia, ma hanno ritenuto di non doverne trarre conseguenze nel caso in decisione. Il richiamo al principio di effettività viene dunque inteso ancora una volta come rafforzativo dell’obbligo di ricercare un’interpretazione della normativa interna conforme al dettato unionale, senza preoccuparsi della lettera della norma incriminata. La possibilità di agire direttamente nei confronti dell’Amministrazione finanziaria non viene in considerazione.

Ciò è comprensibile per un giudizio in corso, in quanto *l’overruling*, ovvero quello che appare come un abbandono da parte della Corte di giustizia dell’indirizzo precedentemente seguito in merito alla compatibilità con il diritto dell’Unione della esclusione della azione di rimborso direttamente nei confronti dell’Amministrazione finanziaria⁴⁸, non può operare, in virtù del principio del giusto processo, nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione e che, laddove si applicasse il nuovo orientamento alla sua situazione processuale, si vedrebbe preclusa la possibilità di proseguire il giudizio.

Per i nuovi giudizi si pone invece il problema se il fornitore di energia non possa opporre al richiedente l’illegittimità, da dichiarare secondo i principi enunciati dalla Corte

⁴⁵ Testo del decreto-legge 28 novembre 1988, n. 511, coordinato con la legge di conversione 27 gennaio 1989, n. 20, recante: “Disposizioni urgenti in materia di finanza regionale e locale”, GU Serie Generale n.58 del 10-03-1989.

⁴⁶ Direttiva 2008/112/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, che modifica le direttive del Consiglio 76/768/CEE, 88/378/CEE, 1999/13/CE e le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/53/CE, 2002/96/CE e 2004/42/CE allo scopo di adeguarle al regolamento (CE) n. 1272/2008 relativo alla classificazione, all’etichettatura e all’imballaggio delle sostanze e delle miscele, GU L 345 del 23.12.2008, pagg. 68-74.

⁴⁷ *Ibid.*, 64 etc.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 20 novembre 2011, causa C-94/10, *Danfoss*, EU:C:2011:674, punto 28. Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza italiana di legittimità: in merito, vedi R. Cafari Panico, 57 etc.

di giustizia, della normativa che esclude la via diretta del rimborso richiesto all'Amministrazione finanziaria, con evidente vantaggio per il fornitore stesso e senza nocumen- to per l'utente. A mio avviso, il consumatore non potrebbe evidentemente far più valere il carattere incolpevole dell'affidamento nel precedente orientamento di giurisprudenza, es- sendo esso cessato con la sentenza dichiarativa della Corte di giustizia. È però altrettanto vero che non sono ravvisabili ragioni per escludere che possa configurarsi l'ipotesi di con- correnza dei rimedi processuali (tributario o civile, a seconda che l'utente finale agisca nei confronti dell'Amministrazione finanziaria o nei riguardi del fornitore), lasciando al con- sumatore la possibilità di scelta, giovandosi dei diversi termini di prescrizione, sempre che un mutamento legislativo o giurisprudenziale⁴⁹ o una pronuncia della Corte costituzionale già adita al riguardo⁵⁰, non impongano che la via da percorrere sia unicamente quella del giudizio tra consumatore e Amministrazione finanziaria. Si affermasse questa soluzione, è evidente che anche la questione degli effetti orizzontali della direttiva non avrebbe più modo di porsi, risolvendosi il tutto in un "normale" rapporto verticale tra utente e Stato. Così fosse, rimarrebbe comunque il precedente, frutto di una giurisprudenza consolidata, del riconoscimento dell'effetto orizzontale delle direttive, pur in presenza di circostanze particolari quali quelle del rapporto tra Amministrazione finanziaria, fornitore di energia e utente, proprio della disciplina delle accise. Col che non si esclude che detto precedente possa trovare applicazione in fattispecie analoghe in altri ambiti dell'ordinamento. Ciò che importa osservare è che, per quanto riguarda l'ordinamento italiana, il "tabù" del divieto di effetti orizzontali è definitivamente caduto.

E così torniamo all'inizio della nostra dissertazione, dove parlavamo della oppor- tunità di risolvere il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive superando il tradi- zionale approccio politico, tradottosi in termini di antinomia tra l'ordinamento unionale e quello nazionale, tra sovranità distinte e contrapposte, in cui quella dell'Unione, in ragione del primato, mira ad imporre un'efficacia delle direttive ben più ampia di quella che gli Stati sono disposti ad ammettere. L'Unione si arresta dove è giunta la giurispru- denza della Corte col riconoscimento dell'efficacia verticale; al di là di tale linea di de- marcazione la parola ritorna agli Stati. Nulla impedisce infatti ai giudici nazionali, ove le regole ermeneutiche lo consentano, di procedere ad una interpretazione dell'ordina- mento interno talmente estesa da consentire l'applicazione tra privati delle disposizioni della direttiva, così come in precedenza chiarito.

Ciò è quanto finora avvenuto, in maniera non del tutto consapevole, nel nostro or- dinamento, nel caso in particolare dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica inde- bitamente riscossa, dove, con un utilizzo dei criteri ermeneutici dell'ordinamento inter- no e in particolare dell'interpretazione conforme, combinati con gli effetti riflessi della cognizione in via incidentale del rapporto tributario, si è giunti a disapplicare in un giu- dizio tra privati una norma già giudicata dalla Corte di giustizia in contrasto con una

⁴⁹ Nel senso che dopo la pronuncia della Corte di giustizia dell'11 aprile 2024 non sia più ammissibile, "per il principio di economia processuale", "la via del giudizio civile tra consumatore finale e fornitore", ri- manendo aperta solo quella "nei confronti dell'Ente pubblico percettore dell'imposta non dovuta", Tribu- nale di Milano, sentenza del 31 maggio 2024, n. 5603/2024, cit.

⁵⁰ In merito, vedi R. Cafari Panico, 84 etc.

direttiva dell'Unione, attribuendo così alla direttiva stessa una efficacia orizzontale. Di certo, come osservato, la fattispecie dell'addizionale sulle accise, tipicamente triangolare, presenta delle specificità che hanno facilitato il formarsi di una giurisprudenza di merito e di legittimità favorevole al contribuente, anche a scapito del soggetto privato (fornitore) con cui si è creato il rapporto su cui incideva il tributo ritenuto illegittimo; ciò nondimeno il principio che se ne può trarre è che il diritto dell'Unione non si oppone, anche perché a ben vedere non ne avrebbe titolo, non venendo a rischio alcun principio di quell'ordinamento, a che il diritto nazionale riconosca effetti diretti orizzontali alle disposizioni di una direttiva di per sé dotate di efficacia diretta.

Rimarrebbe, è vero, da confrontare quanto osservato con le diverse categorie di direttive individuate dalla dottrina per comprendere se non vi siano eccezioni da fare o ulteriori precisazioni da compiere, ma per ora mi pare sufficiente concludere che gli effetti orizzontali di certo esistono e sono già presenti nell'ordinamento italiano.

6. Considerazioni conclusive

Sarebbe però illusorio ritenere che così siano risolti tutti i possibili problemi e che quindi, con il superamento del divieto di effetti orizzontali, nel modo in precedenza illustrato, l'ordinamento dell'Unione possa dirsi guarito dalla sua "malattia infantile"⁵¹. Come accennato, esistono eccezioni alla assenza, dal punto di vista di quel diritto, di effetti orizzontali delle direttive, o meglio, più che di vere e proprie deviazioni dalla regola, si tratta di conseguenze della incertezza che comunque sussiste in merito alla nozione stessa di effetti orizzontali se raffrontata con quelle che la Corte di giustizia ritiene essere mere conseguenze indirette (ripercussioni negative).

Una cosa, tuttavia, mi pare inconfutabile: pur con tutte le incertezze, il principio affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Thelen Technopark Berlin* e *Gabel Industria Tessile e Canavesi* non può essere ignorato nella misura in cui rappresenta una sorta di ritorno alle origini, a quel sacrificio reciproco di sovranità, che all'inizio della nostra storia vedeva nel primato uno strumento di equilibrio fra le varie competenze, comunitaria e nazionale, come se si trattasse di un arbitraggio tra i due poteri antagonisti, entrambi sovrani ciascuno nella sua dimensione. Nel tempo, il primato è divenuto mezzo unilaterale di espressione di una prevalenza, tendenzialmente gerarchica, del primo ordine di norme sulle seconde, anche invadendo uno spazio che, come ora la Corte di giustizia riconosce, spetta agli Stati riempire proprio in ragione di quella differenza di soluzioni da Stato a Stato che non solo è coerente con la natura delle direttive, ma è anche connaturata al sistema dell'Unione basato appunto sulle diversità come tali da salvaguardare. In altre parole, non dovremo meravigliarci se in alcuni Stati membri verrà riconosciuto un effetto orizzontale alle direttive, e in altri no; questa è una conseguenza che esprime sul piano della interazione fra ordinamenti il principio di leale

⁵¹ P. Pescatore, "The doctrine of "direct effect": An infant disease of community law", *European Law Review*, 1983, ripubblicato nel 2015, 135-153, 135.

collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, in virtù del quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento degli obblighi derivanti dai Trattati. Ed è il "reciprocamente" a divenire rilevante perché, da un lato, lo si intende nel senso che la collaborazione deve essere bidirezionale, nel rispetto delle reciproche competenze, e, dall'altro, esso si traduce in quel sacrificio reciproco di sovranità più volte evocato e che culmina, con riguardo all'efficacia delle direttive, nella pluralità delle possibili soluzioni a livello nazionale, insita nel concorso fra le differenti sovranità su cui si regge l'Unione.

Bibliografia

- Alberti, A. J. "Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale", in: *Il diritto europeo e il giudice nazionale, vol. I, Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale* (a cura di G. Lattanzi et al.), Milano, Giuffrè, 2023, 51-85.
- Cafari Panico, R. "L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica", *Paper di diritto europeo* 2/2023, 41-93.
- Cannizzaro, E. "Convulsive Direct Effect?", *European Papers*, 1/2022, 409-411.
- Capelli, F. *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie, Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi il caso delle concessioni balneari*, Editoriale Scientifica, 2021.
- Causa 106/89, EU:C:1990:395.
- Causa C-201/02, EU:C:2004:12.
- Causa C-261/20, EU:C:2022:3.
- Causa C-316/22, EU:C:2024:301.
- Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, causa 33/70, EU:C:1970:118.
- Corte di giustizia sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, van Duyn, EU:C:1974:133.
- Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 1979, causa 158/78, Ratti, EU:C:1979:110.
- Corte di giustizia, sentenza del 13 novembre 1990.
- Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, EU:C:2004:12.
- Corte d'Appello di Milano, sentenze del 16 aprile 2024, n. r.g. 1073/2023; del 16 maggio 2024, n. r.g. 2314/2023; del 28 maggio 2024, n. r.g. 1546/2024; e del 5 giugno 2024, n. r.g. 1628/2024.
- Corte d'Appello di Roma, sentenza del 3 maggio 2024, n. r.g. 3101/2024.
- Direttiva 2008/112/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, che modifica le direttive del Consiglio 76/768/CEE, 88/378/CEE, 1999/13/CE e le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/53/CE, 2002/96/CE e 2004/42/CE allo scopo di adeguarle al regolamento (CE) n. 1272/2008 relativo alla classificazione, all'etichettatura e all'imballaggio delle sostanze e delle miscele, GU L 345 del 23.12.2008.

- Galetta, D.U. “Il criterio di “equivalenza verticale” in caso di applicazione e interpretazione del diritto nazionale da parte delle istituzioni UE nel contesto dell’unione bancaria”, *Eurojus.it rivista*, 2/2024, 396-405.
- Gallo, D. “La vexata quaestio dell’efficacia interna delle direttive: l’insostenibile leggerezza del divieto di effetti orizzontali”, in: *Attuare il diritto dell’Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall’entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, (a cura di E. Moavero Milanesi, G. Piccirelli), Bari, Cacucci, 2018, 19-36.
- Gambino, C. “Direttiva Bolkestein, concessioni balneari ed effetti diretti in “situazioni triangolari”: qualche spunto di riflessione”, *Quaderni AISDUE*, 2/2024.
- Pescatore, P. “The doctrine of “direct effect”: An infant disease of community law”, *European Law Review* 1983, ripubblicato nel 2015, 135-153.
- Quadri, R. “Commento all’articolo 192 del Trattato C. E. E.”, in: *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* (diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi), Vol. III, Milano, Giuffrè, 1965.
- Rossi, L. S. “Il principio del primato come “regola di coesione” dell’ordinamento dell’Unione europea”, *Quaderni AISDUE*, 1/2024, 1-24.
- Testo del decreto-legge 28 novembre 1988, n. 511, GU Serie Generale n.58 del 10-03-1989.
- Tribunale di Bologna, sentenza del 26 aprile 2024, n. r.g. 15427/2023.
- Tribunale di Milano, sentenza del 31 maggio 2024, n. r.g. 5603/2024.
- Tribunale di Roma, ordinanza del 10 giugno 2024, n. r.g. 7024/2024.
- Tribunale di Verona, ordinanza del 16 aprile 2024, n. r.g. 7876/2020.
- Tribunale di Verona, ordinanza del 30 aprile 2024, n. r.g. 2006/2024.

EU LAW AND THE SOVEREIGNTY OF MEMBER STATES: BETWEEN MONISM, DUALISM, AND THE REALITY OF EU LAW

Abstract

This contribution aims to clarify how neither the dualist theory — as reconstructed by Rolando Quadri — nor the monist theory — as reconstructed through the “constitutional-statal” paradigm — allows defining the relationship between EU law and the legal orders of the member states in a way that adheres to the reality of the Union. To properly define this relationship, it is necessary, following Hans Kelsen’s “advice,” to identify what the “positive law” contained in the Union Treaties, as desired by the member states and interpreted by the Court of Justice, provides.

Keyword: *EU law; relationship between EU law and member state legal orders; dualism; monism*

* PhD, Associate professor of European Union law, University of Molise.

E-mail: lorenzo.pace@unimol.it

** The author thanks Prof. Armin Von Bogdandy, Director of the Max Planck Institut for Comparative Public Law and International Law, for his hospitality at the Institute during the writing of this paper.

PRAVO EU I SUVERENITET DRŽAVA ČLANICA: IZMEĐU MONIZMA, DUALIZMA I STVARNOSTI PRAVA EU

Apstrakt

Cilj ovoga rada jeste ukazivanje na to da ni dualistička teorija – kako je rekonstruiše Ronaldo Kvadri, ali ni monistička teorija – kako je rekonstruisana kroz „ustavno-državnu” paradigmu – ne dozvoljavaju definisanje odnosa između prava EU i pravnog poretka država članica na način koji je u skladu sa stvarnošću Evropske unije. Kako bismo pravilno definisali ovaj odnos, neophodno je prateći „savet” Hansa Kelzena, identifikovati šta „pozitivno pravo” sadržano u ugovorima Unije, kako to žele zemlje članice i tumači sud pravde, zaista pruža.

Ključne reči: *pravo EU, odnos prava EU i pravnog poretka država članica, dualizam, monizam*

1. Introduction

The issue of the relationship between the European Union law and the legal orders of the member states continues to be one of the most debated topics in the doctrine. This is an issue on which Rolando Quadri—to whom this conference is dedicated—had taken a clear position in the 1950s according to the dualist approach.

In this contribution, we aim to clarify how neither the dualist theory—as reconstructed by Rolando Quadri—nor the monist theory—as reconstructed by the “legal-political” school—allows defining the relationship between the Union law and the legal orders of the member states in a way that adheres to the reality of the Union, the law of the Treaties, and the jurisprudence of the Court of Justice.

We argue that to properly define this relationship, it is not necessary to refer to generic theories but, following Hans Kelsen’s “advice,” it is necessary to identify what the “positive law” contained in the Union Treaties and interpreted by the Court of Justice provides.

2. Relationship between European Union law and the member states’ legal order: The dualist theory of Rolando Quadri

With reference to the relationship between the European Union law and national legal orders, an old part of the doctrine reconstructed this relationship on the basis of the so-called dualist theory. The dualist theory was based on the assumption that it was impossible for norms of international law to bind—according to the old terminology of the 1950s—“subjects” of the state without an adaptive state measure¹. This would have ultimately violated the sovereignty of state entities².

Rolando Quadri particularly argued that the Treaties establishing the Communities bound the states exclusively, thereby excluding the possibility of any form of direct applicability, even of rules whose addressees are private subjects. Between the Communities and the individuals, therefore, always stood the “diaphragm” of the state. For this reason, too, Quadri argued that the ECSC treaty did not establish an autonomous legal order.

According to this approach, in the case of measures that were directly binding on individuals—as in the case of decisions—they were to be differentially interpreted as being directed toward states which, in turn, would “automatically” transpose the individual provisions of Community law into domestic law³. In this respect, Quadri sought

¹ On this point, see M. Condinanzi, *L’adattamento al diritto delle Comunità e dell’Unione europea*, Torino, 2003.

² On this point, see D. Anzilotti, *Opere di Dionisio Anzilotti, Corso di diritto internazionale*, Padova, 1955, 56. See also G. Arangion-Ruiz, *Rapporti contrattuali tra Stati e organizzazione internazionale*, Aquila, 1950, 4. On these aspects, see also F. Salerno, *L’affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, 29.

³ Thus R. Quadri, *Art. 192 TCEE. Commentario al Trattato CEE*, Milano, 1965, 1434; see also G. Ballardore Pallieri, *Le Comunità europee e gli Ordinamenti interni degli Stati membri*, in *Diritto internazionale*, 1961, 4.

to overcome the clear text of the treaty by arguing that the treaty had defined obligations *vis-à-vis* private individuals, but had not regulated—according to the author—the coercive means of implementing these obligations.

It is well known how this exception “showed the side” of a stinging criticism by the private law professor Trabucchi, a judge of the Court of Justice in the *Van Gend en Loos* ruling and a close friend of Quadri. Trabucchi replied “remotely” to that exception by arguing, “It has been repeated that individual states also retain the function of “teeth of the Community.” This is true; but if the Community also had a force of its own, which could act and interfere within the national territories, we would not be here discussing the autonomy of the Community order, and the interest would rather turn to the question about the limits of survival of the sovereignty of the member states!”⁴

Returning to Quadri’s approach, he clarified the reasons for it during the 1957 conference on the ECSC held in Stresa. He explained that “We [Italian internationalists] had a narrow dualistic formation. [...] This dualistic formation was consciously or unconsciously related to the doctrine of the exclusive statehood of law or primacy of domestic law [...]. There was thus a tendency to downplay any phenomenon of international character or international origin and generally the higher values of the Community.”⁵

Upon closer inspection, the theoretical reconstructions of the Communities developed by Quadri and others, including Ballardore Pallieri, which were aimed at respecting the dualist approach were so complex that the authors themselves acknowledged the remoteness of these theories from the text of the Treaties. They acknowledged, among other things that other doctrinal currents were “more alive and more adherent to reality”⁶ or acknowledged that their deductions no longer found “support from the positive texts.”⁷

The Court of Justice in the subsequent *Van Gend en Loos* judgment demonstrated the lack of adherence of this approach to the legal nature of the EEC. In fact, the Court recognized how the EEC Treaties establish an autonomous legal order, and that the treaty rules directed toward private individuals do not require national measures—automatic or express—of transposition.

With the benefit of hindsight, the dualistic approach demonstrated not only contradiction with the text of the Treaties, in particular with the rules contained in the Treaties directly binding on natural or legal persons (i.e., today’s Articles 101 and 102 TFEU). It likewise failed to grasp the essentiality of such direct prohibitions against undertakings for the creation of the “internal market.”

⁴ A. Trabucchi, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, 262.

⁵ Speech by Ronaldo Quadri, *Actes officiels du congrès d’études sur la CECA*, vol. II, Milan, 1957, 383; see also G. Ballardore Pallieri, *Le Comunità europee*, cit., 3.

⁶ Speech by R. Quadri, *Actes officiels du congrès d’études sur la CECA*, cit., 383.

⁷ G. Ballardore Pallieri, *Le Comunità europee*, cit., 1961, 3.

3. Monist theory as “reconstructed” through the “constitutional-statal” paradigm

The relationship between Union law and the legal orders of member states has been also reconstructed according to the monist principle by the “legal-political” school.⁸ As seen, the concept of monism organized through the “constitutional-statal” paradigm does not coincide with the concept developed by Hans Kelsen.

In particular, this school argued that the Court of Justice through the *Van Gend en Loos* judgment and the provision of the principle of direct effect had “constitutionalized” the legal order of the Union.

Eric Stein claimed—following what has been called the “*American approach*”⁹—that the direct effect would be a consequence of a “pro-integrationist” legal-political choice of the Court of Justice.¹⁰ Thus, the Treaties were to be read as if they were an actual constitution. It must be remembered that this thesis was immediately rejected by the then president of the Court of Justice, André Donner, in a famous correspondence with Eric Stein himself.¹¹

In turn, Joseph Weiler reconstructed the relationship between Union law and the legal orders of member states as a system organized through “monism and hierarchy.”¹² According to this principle, for example, the rules for resolving conflicts between Union law and state law would essentially coincide with those of the federal states. In 1991, Weiler wrote that the principle of direct effect and primacy made the relationship between EU law and state law “indistinguishable from analogous relationships in Constitutions of Federal States.”¹³

Otherwise, the content of the Treaties and the case law of the Court of Justice have clarified that the principles of direct effect and primacy are based on rules different than those governing the relationship between laws within federal states. In fact, from a technical legal point of view, the principle that resolves conflicts between Union law and the law of member states is the principle of primacy. The principle that resolves conflicts between constitutional law and the law of a member state in a federation is the principle of supremacy, the *Supremacy Clause* (Art. VI, Clause 2 US Const.).¹⁴

⁸ By “constitutional-statal” paradigm, we mean the approach that seeks to apply to the European Union the categories of the state entity as if the Treaties were modeled on acts similar to state constitutions. V. L.F. Pace, *Introduzione al diritto dell’Unione europea–natura e ordinamento giuridico*, Milano, 2023, 9 ff.

⁹ A. Boerger, M. Rasmussen, *Transforming European Law: The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 219.

¹⁰ E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, 1. On this point see A. Von Bogdandy, *The Emergence of European Society through Public Law*, Oxford, 2024, 252.

¹¹ Quoted in A. Boerger, M. Rasmussen, *Transforming European Law*, cit., 219.

¹² M. Avbelj, *The Pitfalls of (comparative) Constitutionalism for European Integration*, 2008, available at <https://papers.ssrn.com>, 23. See similarly R. Schütze, *An introduction to European law*. Oxford University Press, 4th ed, 2023, 113. See also M. Bobek, *The effect of EU law in the national legal systems*, in C. Barnard, S. Peers (editors), *European Union Law*, Oxford, 4th, 2023, 151.

¹³ J.H.Weiler, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 2413.

¹⁴ On this point, see L.F.Pace, *Introduzione*, cit., 92 ff.

Upon closer inspection, it is necessary to point out that the concept of monism used by Weiler—precisely because it is not conceived according to a “technical–legal” approach—does not coincide with the concept of monism developed by Kelsen.¹⁵ For Weiler, the concept of “monism” would refer, as indicated above, to the rule under which the relationship between EU law and national law would “behave” in a manner essentially coincident with that of federal state entities.

Differently, the concept of the monist approach developed by Kelsen concerns the different aspect of the primacy of international law over state law, an approach developed in opposition to Von Triepel and Anzilotti’s theory of dualism. Kelsen’s principle of monism does not presuppose *sic et simpliciter*, as Weiler argues, either that treaty norms do not require state transposition measures in order for the content of international law to become binding within the state, or that international law in the event of conflict prevails over national law, rendering state law inapplicable. On the contrary, it is Kelsen himself who made it clear that the relationship between international law and state legal order is governed exclusively by positive treaty law and not by legal theories, whether dualist or monist.

4. Relationship between European Union law and member states’ legal orders as governed by the “positive law” of the Treaties as interpreted by the Court of Justice

Neither the dualist theory nor the monist theory makes it possible to reconstruct the relationship between Union law and the legal orders of the member states in adherence to the reality of the Treaties; hence, what is the rule that governs this relationship?

To this end, following Kelsen’s invitation, it is necessary to delve into the positive law of the EU Treaties as interpreted by the Court of Justice. In his 1949 volume, Kelsen argued that “The question whether a transformation of international law into national law is necessary can be answered only by positive law, not by a doctrine of the nature of international or national law or their mutual relation.”¹⁶

In Articles 101 and 102 TFEU (formerly Articles 85 and 86 TEEC), the Union Treaties provide for *antitrust* prohibitions directed toward individuals, prohibitions that exclude for their effectiveness the need for national transposition measures¹⁷. In other words, it was the member states themselves who wanted to include within the Treaties *antitrust* rules that were directly binding on private entities in the member states to create the internal market.

That Article 101 TFEU was directly applicable was recognized by the Court of Justice in the 1962 *Bosch* judgment¹⁸ (this was also recognized by Advocate Roemer in the

¹⁵ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley - University of California Press, 1967, 333. See on this point also A. Von Bodandy, *The Emergence*, *cit.*, 30.

¹⁶ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Oxford, 1949, 379.

¹⁷ On this point, see L. F. Pace, *European Antitrust Law*, Cheltenham, 2007, 65.

¹⁸ Judgment of the Court of April 6, 1962, *Robert Bosch GmbH*, [1962] ECR 89, ECLI:EU:C:1962.

conclusions of the *Van Gend en Loos* judgment¹⁹). The Court later recognized in the 1973 *Continental Can* judgment the direct applicability of Article 102 TFEU.²⁰

The 1963 *Van Gend en Loos* judgment recognizes that the current Articles 101 and 102 TFEU are the founding rules of the inter-subjective character of the European Union, that is, individuals are legal subjects of the Union's legal order as well as the member states.²¹ In fact, the Court of Justice writes: "The purpose of the EEC Treaty, namely *the establishment of a common market* whose functioning directly affects the subjects of the Community, implies that it *goes beyond an agreement that would merely create mutual obligations for the Contracting States*. [...] Thus, *Community law*, irrespective of the rules enacted by the member states, in the same way that it *imposes obligations on individuals*, gives them subjective rights." The Court of Justice, to justify the intersubjective nature of the Union, refers to the fact that the treaty "imposes *obligations on individuals*," obligations provided for "the establishment of a common market."

Thus, it can be concluded that it is directly the text of the treaty, that is the will of the signatory states, that "establishes" the direct applicability of EU law *vis-à-vis* private individuals without the need for national transposition acts. This confirms what Kelsen argued in 1949.

Beware, however. The "Copernican revolution" carried out by the Court of Justice in the *Van Gend en Loos* ruling is not that of having recognized what the Treaties themselves provide — that is that private individuals are direct addressees of treaty prohibitions that therefore do not require national transposition measures for their enforceability. The "revolution" is to have recognized that if private individuals are the recipients of obligations by the treaty (i.e., Articles 101 and 102 TFEU), they can also be the holders of rights as a "counterpart" to the obligations in charge of the member states defined by the treaty itself. Thus, the Court developed the "new" principle of the direct effect of Union law.²²

It was the provisions of Articles 101 and 102 TFEU and the intersubjective character of the European Union that allowed the Court of Justice the subsequent development of the protection of fundamental rights within the Union. That is, the fact that a supranational organization, such as the Union, which was created in the first place for the creation of an internal market, later developed into an entity whose main objective, *inter alia*, is to protect the fundamental rights of European citizens beginning with their dignity (Article 1 EU Charter).²³

¹⁹ On the problem of the direct effectiveness *vis-à-vis* individuals of Articles 85 and 86 TCEE the rules of the EEC Treaty, see A. Spengler, *Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Gutachten zu d. Artikeln 85 ff. d. Vertrages zur Gründung d. Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Köln, 1957, 1. See also G. Balladore Pallieri, *Il mercato comune europeo e la legislazione italiana antimonopolistica*, In *Diritto Internazionale*, 1959, 407 and of contrary opinion N. Catalano, *Relazione tra le regole di concorrenza stabilite dal Trattato istitutivo della CEE e le legislazioni degli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, 1962, 335.

²⁰ Judgment of the Court of February 21, 1973, *Continental Can*, 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22.

²¹ The consistent jurisprudence of the Court of Justice recognizes that "The founding treaties of the EU, unlike ordinary international treaties, established a new legal order, possessing its own institutions, for the benefit of which the Member States thereof have limited their sovereign rights, in ever wider fields, and the subjects of which comprise not only those States but also their nationals" (Court of Justice, Opinion 2/2013 of December 18, 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 157).

²² See A. L.Valvo, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2021, 232 ff.

²³ On this point, see L.F.Pace, *Introduzione*, *cit.*, 172.

5. Conclusions

This paper sought to clarify how the relationship between European Union law and the legal orders of member states is not governed by generic theories, neither the dualist one—as reconstructed by Rolando Quadri—nor the monist one—as reconstructed through the “constitutional-statal” paradigm.

This relationship is differently governed by the “positive law” contained in the Treaties. In particular, this is a consequence of the rules necessary for the creation of a European “internal market.” For this purpose, Articles 101 and 102 TFEU have been set forth, functioning as *antitrust* prohibitions directed toward private parties and which do not require national transposition measures for their applicability.

The Court of Justice in *Van Gend en Loos* directly refers to these prohibitions to develop the (distinct) principle of direct effect. Indeed, in that judgment, the Court recognizes, first that private individuals constitute the legal subjects of the Union legal order and the member states and, second that if they are the recipients of obligations, they may also be recipients of rights.

In different regards, the latter aspect also allows to appreciate one of the peculiarities of the European integration process. That is, the fact that the legal order of the Union by identifying individuals as subjects of the legal order—through Articles 101 and 102 TFEU—as well as holders of the Union’s subjective rights has provided the Court of Justice with the possibility for the subsequent development of the protection of fundamental rights within a supranational organization, such as the Union, beginning with the protection of the dignity of European citizens (Article 1 EU Charter).

References

- Anzilotti, D. “Opere di Dionisio Anzilotti”, Vol. 1, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1955-1963.
- Arangion-Ruiz, G. *Rapporti contrattuali tra Stati e organizzazione internazionale*, Aquila, 1950.
- Avbelj, M. The Pitfalls of (comparative) Constitutionalism for European Integration, *Eric Stein Working Paper* No. 1/2008, available at <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1334216>.
- Balladore Pallieri, G. “Il mercato comune europeo e la legislazione italiana antimonopolistica”, *Diritto Internazionale*, 1959.
- Balladore Pallieri, G. “Le Comunità europee e gli Ordinamenti interni degli Stati membri”, in *Diritto internazionale*, 1961.
- Bobek, M. “The effect of EU law in the national legal systems”, in Barnard, C., Peers S. (editors), *European Union Law*, Oxford, 4th, 2023, 151-191.
- Boerger, A. Rasmussen, M. “Transforming European Law: The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993”, in *European Constitutional Law Review*, No. 10(02)/2014, 199-225.

- Catalano, N. “Relazione tra le regole di concorrenza stabilite dal Trattato istitutivo della CEE e le legislazioni degli Stati membri”, in *Rivista di diritto europeo*, 1962, 335.
- Condinanzi, M. *L'adattamento al diritto delle Comunità e dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003.
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of April 6, 1962, Robert Bosch GmbH, [1962] ECR 89, ECLI:EU:C:1962.
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of February 21, 1973, Continental Can, 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22.
- Kelsen, H. *General Theory of Law and State*, Oxford, 1949.
- Kelsen, H. *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- Opinion of the Court of Justice of the European Union, no. 2/2013 of December 18, 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 157.
- Pace, L. F. *European Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Prohibitions, Merger Control and Procedures, Cheltenham, 2007.
- Pace, L. F. *Introduzione al diritto dell'Unione europea – natura e ordinamento giuridico*, Milano, 2023.
- Quadri, R. *Actes officiels du congrès d'études sur la CECA*, vol. II, Milan, Giuffrè, 1957.
- Quadri, R. *Art. 192 TCEE. Commentario al Trattato CEE*, Milano, Giuffrè, 1965.
- Salerno, F. “L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi”, in *Rivista di diritto internazionale*, V. 95(2012), n. 1, 29-65.
- Schütze, R. *An introduction to European law*, Oxford, Oxford University Press, 4th ed, 2023.
- Spengler, A. *Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Gutachten zu d. Artikeln 85 ff. d. Vertrages zur Gründung d. Köln, Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1957.
- Stein, E. “Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, Vol. 75, Issue 1, 1981, 1-27, doi:10.2307/2201413.
- Trabucchi, A. “Un nuovo diritto”, *Rivista di diritto civile*, 1963.
- Valvo, A. L. *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Seconda Edizione, Milano, Giappichelli, 2021.
- Von Bogdandy, A. *The Emergence of European Society through Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- Weiler, J. H. “The Transformation of Europe”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8/1991, 2403-2483.

PUBLIC SERVICE AND HUMAN RESOURCES MANAGEMENT STANDARDS IN 2023 PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION – SOMETHING OLD AND SOMETHING NEW?*

Abstract

The objective of the paper is to examine what are the key novelties in the SIGMA/OECD Human Resources Management (HRM) standards set out in the 2023 edition of the Principles of Public Administration. The public administration reform values contained in the revised version of the Principles have become new benchmarks against which the progress in public administration reform will be measured in the EU acceding countries. The author concludes that a new edition of the Principles of Public Administration from 2023 imposes fewer rules while requiring better practices and results in the analysed areas of public service and HRM, taking into account emerging social context changes (i.e. digitalisation, need for more flexibility in working arrangements etc.) which is a welcome development. The Principles also demonstrate a gradual change of the requirements of the EU for accession to potential member states in the field of public administration, from "check-box" approach towards assessing the effects of the reform in practice. The question, however, remains to which extent the new version of the Principles will be able to exert pressure on public administration reform efforts in the acceding countries, especially in politically sensitive areas such as civil service politicisation. The author concludes that this will largely depend on the EU's decision on "what matters most" in the accession process and the ability of the acceding countries to apply and internalize key Principles' values, such as professionalism, integrity and neutrality.

Keywords: *public service, human resources management (HRM), Principles, Public Administration, SIGMA/OECD, European Union*

* PhD, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1159-9421>

E-mail: a.rabrenovic@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realization and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under No. 451-03-66/2024-03/200049.

STANDARDI UPRAVLJANJA LJUDSKIM RESURSIMA U PRINCIPIMA JAVNE UPRAVE (2023) – NEŠTO STARO I NEŠTO NOVO?

Apstrakt

Cilj rada je da se ispita koje su ključne novine u standardima upravljanja ljudskim resursima u Principima javne uprave koje je pripremila Sigma/OECD 2023. godine. Vrednosti reforme javne uprave sadržane u revidiranoj verziji Principa postale su nova merila prema kojima će se ocenjivati napredak u reformi javne uprave u zemljama koje pristupaju EU. Autor zaključuje da novo izdanje Načela javne uprave iz 2023. nameće manje pravila, ali u isto vreme zahteva bolju praksu sprovođenja i rezultate u analiziranim oblastima javne uprave i upravljanja ljudskim resursima, uzimajući u obzir promene društvenog konteksta (npr. digitalizacija, potreba za većom fleksibilnošću u radnom angažmanu itd.). Principi takođe pokazuju postepenu promenu zahteva EU za pristupanje potencijalnim državama članicama u oblasti javne uprave, od pristupa „čekiranja” ka proceni efekata reforme u praksi. Ostaje, međutim, pitanje u kojoj meri će nova verzija Principa moći da izvrši pritisak na napore u reformi javne uprave u zemljama koje pristupaju EU, posebno u politički osetljivim oblastima kao što je politizacija državne uprave. Autor zaključuje da će to u velikoj meri zavisiti od odluke EU o tome „šta je najvažnije” u procesu pristupanja i sposobnosti zemalja pristupnica da primene i internalizuju ključne vrednosti Principa javne uprave, kao što su profesionalizam, integritet i neutralnost.

Ključne reči: *javna uprava, upravljanje ljudskim resursima (HRM), Principi javne uprave, Sigma/OECD, Evropska unija*

1. Introduction

The European Union has recognized the importance of the existence of professional national public services' systems with adequate capacity ever since the establishment of the EU single market in 1993. Until then, the regulation of administrative systems was fully under the competence of the EU member states. After the establishment of the Single internal market and the monetary union, however, the quality of the administrations of the member states became the subject of discussion first among the member states themselves. In addition, the perspective of the accession of a large number of Central and Eastern European countries to the EU gave an additional incentive to politicians in the EU countries to develop a dialogue about what kind of administrative systems the potential member states need to have in order to function effectively and within the supranational, European level.¹

In the process of accession to the EU, candidate countries became obliged to adhere to the general European principles of public administration, which were developed by the SIGMA programme² in the end of 1990s.³ These common principles of public administration included elements such as reliability, predictability, accountability and transparency, as well as managerial competence, organizational capacity, financial sustainability and citizen participation in the decision-making process.⁴ At the same time, it has been acknowledged both in the academic literature and professional circles that in spite of existing differences in institutional configurations, there is a degree of administrative convergence among member states at least at the level of general principles, which was reflected in the emerging concept of the "European Administrative Space".⁵

In 2014, SIGMA/OECD programme prepared a document called "Principles of Public Administration", which for the first time outlined in more detail general principles/standards in key horizontal areas of public administration.⁶ In order to be able to monitor progress in achieving the principles set out in the Principles more effectively, SIGMA further developed a document called "Methodological Framework", which

¹ T. Verheijen, A. Rabrenović, "Civil Service Development in Central and Eastern Europe and the CIS: A Perfect Storm?", in: *Comparative Civil Service Systems in the 21st Century* (F.M. van der Meer, J.C.N. Raadschelders, Th.A.J. Toonen eds), Palgrave Macmillan, London, 2015, 15.

² SIGMA/OECD is a joint programme of OECD and European Union, funded principally by the EU.

³ SIGMA/OECD, "European Principles of Public Administration", *SIGMA papers*, No. 27/1999, OECD publishing, 1999.

⁴ *Ibidem*.

⁵ J. Trondal, G. B. Peters, H. C. H. Hofmann, "Mapping the European Administrative Space", *West European Politics*, 31:4, 2008, 662; I. Koprivic, "European Administrative Space – Myth, Reality and Hopes", in: *European Administrative Space: Spreading Standards, Building Capacities* (I. Koprivic, P. Kovač eds), 32-35; "Z. Vukašinić Radojičić, *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013.

⁶ The horizontal areas included: (1) strategic framework for public administration reform, (2) policy development and coordination, (3) public service and human resource management, (4) accountability, (5) service delivery, and (6) public financial management (PFM). SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2014.

contains a comprehensive set of indicators for monitoring and evaluating the state of public administration in relation to the standards outlined in the Principles of Public Administration,⁷ which was revised in 2019.⁸ SIGMA also updated its Principles of Public Administration in 2017,⁹ but the extent of changes for not remarkable.

It can be argued that the Sigma Principles of Public Administration represent the so-called "soft aquis communautaire", which constitute the common standards of EU member states, and which indirectly influence the development of the EU acceding countries national law (Keune, 2009, p. 52).¹⁰ Although not legally binding, these standards can have a significant practical impact on countries aspiring to EU membership, as the European Commission uses them as benchmarks to assess progress towards membership in its annual and periodic reports (Vranješ, 2021, 42).¹¹

Almost a decade later, in November 2023, SIGMA/OECD issued a new version of Principles of Public Administration, which contains somewhat refined public administration values, which shows that evolving nature of the European public administration reform standards. The new edition of the Principles comes shortly after the EU's revised its enlargement methodology adopted in 2020, which puts the public administration reform within the "fundamentals cluster" at the core of the accession negotiations (European Commission, 2020, p. 3).¹² This means that public administration reform will be the subject of negotiations on the fundamentals, which will be opened first and closed last, placing an additional emphasis on the need for acceding countries to observe standards of good public administration. The new version of the Principles also takes into account the recent social developments, such as the importance of fully embracing the potential of digitalisation and lessons learned during the COVID-19 pandemic, which implied the need for strengthening agility and robustness of public administration systems while at the same time increasing the flexibility of working arrangements.¹³

The new version of the Principles inherits the previous SIGMA "core assessment" system, which reviewed the quality of public service and public management systems

⁷ SIGMA/OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2017.

⁸ SIGMA/OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2019.

⁹ SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017.

¹⁰ M. Keune, "EU Enlargement and Social Standards – Exporting the European Social Model?", in: *The European Union and the Social Dimension of Globalisation, How the EU Influences the World?* (J. Orbie, L. Tortell eds), Routledge, 2009, 52.

¹¹ N. Vranješ, "Analiza usklađenosti razvoja javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana sa standardima Evropske unije", *Strani pravni život*, God 65, br. 1/2021.

¹² European Commission, *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Enhancing the Accession Process - A credible EU perspective for the Western Balkans*, Brussels, 5.2.2020 COM(2020) 57 final, access: 5 July 2024.

¹³ SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2023, 8, <https://www.sig-maweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2023.pdf>, access: 15 June 2024.

based on a set of principles and sub-principles, related to the six core horizontal functions of public administration. The names of these thematic areas are slightly revised and read as follows: 1) Strategy; 2) Policy Development and Coordination; 3) Public Service and Human Resources Management; 4) Organisation, Accountability and Oversight; 5) Service Delivery and Digitalisation; 6) Public Financial Management. The Principles are based on existing EU acquis, OECD legal instruments and other international standards and good EU and OECD practices.¹⁴ Altogether, the document contains 32 Principles values, behaviours and outcomes and 270 sub-principles, which provide more detailed information on how to achieve its values and results. Another novelty is that the 2023 Principles also extend their scope beyond central government and include regional and local government levels of administration.¹⁵

The objective of the paper is to assess what are the key changes in the SIGMA/OECD and EU approach with respect to a selected number of Public Service and HRM standards set out in the 2023 edition of the Principles of Public Administration in comparison to the previous versions of the Principles, to identify what is “old” and what is “new”. The author shall use normative legal method to identify the changes in the new version of the Principles and sociological method to attempt to identify why these changes in the HRM values were made and whether they are justifiable, given the emerging social context over the past decade.

In order to achieve these objectives, the paper shall be structured within two key parts. The first part shall analyse the new edition of the Principles of Public Administration, especially the section on Public Service and Human Resources Management and point out to the key changes in the SIGMA/OECD approach when assessing the readiness of acceding countries with respect to public administration reform. In the second, concluding part of the paper, the author shall attempt to draw conclusions on the substance of the Principles’ changes and try to estimate the effectiveness of the revised document, i.e. to which extent it can be expected to make tangible practical effect on the further PAR process in the accession countries.

2. What is “old” and what is “new” in SIGMA 2023 Principles of Public Administration regarding Public Service and Human Resources Management?

The new Principles’ edition first defines the key values of the Public Service and Human Resources Management area, which are professionalism, integrity and neutrality. The Principles require public servants to “act with professionalism, integrity and neutrality”. Furthermore, they require that public servants be “recruited and promoted based on merit and equal opportunities and have the right competencies to deliver their

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

tasks effectively”.¹⁶ Unlike the previous version of the Principles which contained seven principles in the area of Public Service and HRM, in the new Principles edition, the number of principles in this area has been reduced to five and encompasses principles 8, 9, 10, 11 and 12. Due to a limited scope of this paper, special attention shall be placed on the first three principles in the area of Public Service and HRM, which cover: principle 8 (the employment framework, accountability of public servants and their protection against undue influence and wrongful dismissal), principle 9 (public servants’ recruitment and selection) and principle 10 (effective leadership of top management).

2.1. Principle 8:

The employment framework balances stability and flexibility, ensures accountability of public servants and protects them against undue influence and wrongful dismissal

The new version of the Principles emphasizes the need of finding a balance between stability of public servants’ employment framework and ensuring their accountability.¹⁷ Although the previous versions of the Principles did contain similar elements, the importance of this balance was not so clearly emphasised. In order to ensure public service stability and professionalism, the Principles require that public service legislation contain objective legal criteria for public servants dismissal and/or demotion, which could be done only in a due legal process that includes a judicial review proceedings.¹⁸ On the other hand, in order to ensure accountability for their work, public servants should be subject to ethical and disciplinary procedures and should be held liable only in cases when misconduct is proven in a due process.¹⁹

Another novelty of the Principles is a requirement that public servants have the right to reject unlawful instructions. Introduction of this new standard should not be surprising given that a growing body of research regarding the right to reject unlawful instructions was conducted over the past few years.²⁰ This research was initiated and supported by the Norwegian Center for Integrity in the Defence Sector (CIDS), which recognised the problems which public servants face upon receiving unlawful instructions in their everyday work. Although most civil service laws in the countries in the Balkan region do contain provisions related to the unlawful superiors’ instructions, this principle is not often observed in practice.²¹ For this reason it is indeed very important to require that this right is observed and encourage acceding countries Governments to

¹⁶ *Ibid.* 10.

¹⁷ *Ibid.* 22.

¹⁸ *Ibid.* 22.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ V. Ćorić, *Improper Superior Orders, An Analysis of the Regulatory Frameworks in Selected Western Balkan Countries*, Institute of Comparative Law, 2022, Belgrade.

²¹ A. Rabrenović, J. Kostić, M. Matić Bošković, “Open Dilemma: How to React to Illegal Orders From a Superior?”, in *Integrity and Good Governance in the Western Balkans*, (Rabrenovic, Knezevic Bojovic eds), RESPA, Danilovgrad, 2018, 304-305.

establish proper mechanisms for public servants which they could use against undue political and other interference in their professional judgement.²²

The new Principles edition pays special attention to an issue of temporary employment, which has become one of the most perennial problems in public services of some Western Balkan countries. Namely, civil service legislation of some countries (i.e. Serbia) provide a possibility of temporary employment, where a person can enter the civil service usually for a limited period of time, in which case there is no hiring procedure which guarantees respect of a merit principle.²³ It is also not rare that a person stays at this temporary position for a longer period of time than initially envisaged.²⁴ The usual practice is that after a person in a temporary position is hired and gains certain skills, he/she undergoes competition procedure and has an advantage in the competition procedure. In order to avoid these types of situations which circumvent the use of the merit principles, the Principles emphasise that temporary employment should be used only in justified situations and within reasonable time limits.²⁵

Some of the standards that has been featuring in the previous and the current version of the Principles is an adequate material, horizontal and vertical scope of the public service and existence of the clear public service policy.²⁶ As the horizontal scope of the public service has proved to be one of the key issues in the Western Balkan countries, we shall devote more attention to this particular issue.

Adequate horizontal scope of the public service assumes that key public service institutions and their personnel are covered by the public service legislation in order to ensure that merit-based recruitment and promotion exists throughout the civil service. The scope of the public service law varies, naturally, from country to country.²⁷ In some Western Balkan countries where groups of public service institutions are not covered by the general civil service legislation (e.g. tax and customs administrations and/or regulatory agencies in Serbia, Montenegro, North Macedonia), there is a risk that merit based recruitment and professional development procedures will not be observed.²⁸ This may especially be the problem with institutions which have a high number of employees, such as tax or customs administrations, or ministries of foreign affairs, which often have separate legislation that covers, *inter alia*, human resources management issues. If this is the case,

²² V. Ćorić, *ibid.*

²³ A. Rabrenović, M. Matijević, "Izazovi procesa zapošljavanja državnih službenika u zemljama Zapadnog Balkana" [Challenges of the Recruitment and Selection of Public Servants in the Western Balkan Countries], in: *Sećanje na dr Jovana Ćirića – putevi prava*, Institut za uporedno pravo, 2023, 338.

²⁴ J. H. Meyer-Sahling *at al*, *Making Merit Recruitment Work: Lessons from and for the Western Balkans*, RESPA and University of Nottingham, 2020, 10.

²⁵ SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2023, 22.

²⁶ SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2014; SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017.

²⁷ For example, in some countries such as Germany and Austria, public service includes teachers and judges and prosecutors while in most Western Balkan countries teachers and doctors/nurses are not part of the civil service.

²⁸ J. H. Meyer-Sahling *at al*, 8.

it is important to ensure that separate legislation which regulates HRM in these institutions (e.g. Law on Tax Administration, Law on Customs, Law on Foreign Affairs, etc) observes the principles of merit-based recruitment and selection, professional development and ensure that these institutions have a fair and transparent remuneration system, which is properly aligned with other institutions of the public service. Given these practical problems with the horizontal scope of the public service in a number of EU acceding countries, it is positive that the Principles have kept this standard, which achievement should be continuously assessed through SIGMA and EU monitoring/progress reports.

Finally, there is a requirement for the accession countries to have a proper HRM management structure, which was also highlighted within the previous Principles versions.²⁹ This should be ensured through existence of a competent central body in charge of co-ordinating the human resource management (HRM) system for the public service, which should provide support to public administration bodies and monitor implementation. In addition to the central management structure (usually an agency for Human Resources Management, place either at the center of Government or accountable to the public administration ministry) public administration bodies should have sufficient capacities for professional HRM. In order to ensure sufficient capacities in HRM units, there is also a requirement for existence of an effective information system that supports HRM processes and provides data allowing for evidence-based public service policy.³⁰

2.2. Principle 9:

Public administration attracts and recruits competent people based on merit and equal opportunities

The new Principle edition emphasises for the first time a need for an adequate HRM planning, which is a positive development. There is a requirement that “the public administration analyses human resources (HR) and prepares and implements HR plans aligned with the budget to ensure the appropriate workforce size, mix of competencies, skills and expertise to fulfil its mission, considering both current and future needs”.³¹ The HRM planning could be defined as a process which should ensures that an institution is staffed not only with the right number of people, but more importantly with the people with adequate competences so that an institution is able to achieve its strategic and operational goals.³² In the countries of the Balkan region staffing plans are usually developed through human resources plans developed by individual civil service institutions, which are co-ordinated by a central HRM body. When the central staffing plan is produced, it should provide a basis

²⁹ SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2014; SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017.

³⁰ SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 2023, 22.

³¹ *Ibid.*

³² CIDS, *Human Resource Management Toolkit for the Public Sector*, Centre for Integrity in the Defence Sector (CIDS) and NATO Building Integrity (BI), 2022, 7, available at: <https://img5.custompublish.com/getfile.php/5129568.3005.jusaunstlstlmq/2022okt221024-BI-HRM-Toolkit-Public-Sector-enPublished.pdf?return=www.cids.no>. access: 5 July 2024.

for recruitment process, as no vacancy should be announced if it has not been envisaged by an HR plan. HR planning is therefore both the instrument of fiscal monitoring and an important HR tool. In spite of this, in some countries (e.g. Serbia), especially during the fiscal crises' context, the HR planning was replaced by other fiscal monitoring mechanisms (e.g. Government Commissions authorisation of employment) and have not been implemented.³³ For these reasons, we support the introduction of this standard in the Principles, as a boost for better implementation in the HR planning in the region.

Another novelty is promotion of the employment branding and other recruitment instruments. The Principles envisage that the public administration should attract “a good pool of eligible candidates using employer branding and other recruitment tools”.³⁴ Employer branding assumes activities and efforts that create perceptions of potential employees that a state is an attractive employer, which includes understanding what potential public servants associate with an employment in the public service and knowledge of how to create an attractive and competitive state employer brand.³⁵ A 2016 study carried out by Gallup³⁶ showed that when applying to a job generations of so-called “millennials” and “baby boomers” were usually attracted to similar types of work, with the emphasis placed on the quality of management and interest in the type of work.³⁷ In spite of this, many European OECD countries face a challenge in attracting professional personnel in the public service, which appears to be not only a matter of a salary level, but even more so of the reputation and communication issues.³⁸ For these reasons, a creation of strategies of employment branding appears to be very relevant for both advanced economies and the Western Balkan countries, which have also been facing large and steady emigration to more developed economies,³⁹ that can have additional adverse effect on supply of professional personnel at their internal labour markets.

Importance of accurate job description for the recruitment process is another new element of the Principles. The Principles state that “recruitment is based on accurate job

³³ SIGMA/OECD, *Monitoring Report, the Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2021, 71, available at: <https://www.sigmaweb.org/publications/Monitoring-Report-2021-Serbia.pdf>, access: 5 July 2024.

³⁴ SIGMA/OECD, *Principles of Public Administration*, 2023, 22.

³⁵ R. Wilden *at al*, “Employer branding: strategic implications for staff recruitment”, *Journal of Marketing Management*, 26(1–2), 2010, 56. <https://doi.org/10.1080/02672570903577091>, access: 1 July 2024.

³⁶ Gallup, *How Millennials Want to Work and Live*, 2016, available at: <https://www.gallup.com/workplace/238073/millennials-work-live.aspx>, access: 20 June 2024.

³⁷ OECD, *Public Employment and Management: The Future of the Public Service*, OECD publishing, 2021, 14, available at: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2021/12/public-employment-and-management-2021_6a1fc237/938f0d65-en.pdf, access: 1 July 2024.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ According to the United Nations Department of Economic and Social Affairs' (UNDESA) International Migrant Stock, the number of persons from the Western Balkan countries living abroad in 2020 was about 4.77 million on a population of 17.6 million. This constitutes a total emigration rate of about 21% in 2020. See: Foundation for European Progressive Studies (FEPS) (2024), *Labour Migration in the Western Balkans*, Policy Brief, available at: <https://fepe-europe.eu/wp-content/uploads/2024/04/The-Western-Balkans-labour-migration-1.pdf>, access: 1 July 2024.

descriptions providing the required candidate profile (experience, knowledge, skills, competencies) for effective performance, reflected in vacancy announcements, along with work and salary conditions”. The quality of the information presented in job descriptions has been identified as one of the key weaknesses of the public services in the Western Balkan countries. If a job description is not well formulated, then the job announcement will not be well described, and the incumbents will not be aware of what is expected from them at the job, which can also play the role in determining the type of candidates who apply.⁴⁰ Another issue is that not well formulated job description will not provide sufficient ground for listing competences that need to be tested during the selection process.⁴¹

As in the previous version of the Principles, one of the key standards in the recruitment and selection process is an existence of transparent and open competitions based on merit. The Principles further require that selection methods “provide fair and valid assessment of the experience, knowledge, skills and competencies necessary to perform the job and enable the selection of the most suitable candidates”.⁴² The important novelty is that a term “competences” is included in the terminology of the text, as an additional term to “knowledge and skills”. This is important due to the fact that many Western Balkan countries have started introducing behavioural and functional competences in their public service systems over the past decade.⁴³ As the term “competencies” usually includes both knowledge and skills, it would have been perhaps more appropriate that a single term “competencies” was used in the text of the Principles.

Finally, the Principles emphasise the need for efficient and timely recruitment and selection process with the support of the digital tools.⁴⁴ This has been the first time that the role of the digital tools was mentioned in the Principles. This, however, should not be surprising given the rise of digitalisation in the public services throughout the region, following the developments in the business sector, where different software's or online programmes have been used during various aspects of the hiring process.⁴⁵ The research on recruitment and selection carried out in the Western Balkan countries in 2019 showed that usage of on-line and social media channels by public service managers in some Western Balkan countries (e.g. Bosnia and Herzegovina and Albania) improved the effectiveness of merit recruitment as it reached a broad pool of young applicants.⁴⁶ The use of digital tools, such as for example, on line applications, also increased the efficiency and user-friendliness of the application process and reduced the costs associated with submission of certified documents.⁴⁷

⁴⁰ J. H. Meyer Sahling *at al*, 17.

⁴¹ A. Rabrenovic, “Human Resource Management in the Civil Service”, in *Integrity and Good Governance in the Western Balkans*, (Rabrenovic, Knezevic Bojovic eds), RESPA, Danilovgrad, 2018, 36.

⁴² SIGMA/OECD, 2023, 23.

⁴³ A. Rabrenovic, 37.

⁴⁴ SIGMA/OECD, 2023, 23.

⁴⁵ E. Baykal, “Digital Era and New Methods for Employee Recruitment”, *Handbook of Research on Strategic Fit and Design in Business Ecosystems Advances in E-Business Research*, 2020, 412.

⁴⁶ J. H. Meyer Sahling *at al*. 17.

⁴⁷ *Ibid.* 18.

Digitalisation also assumes the use of specialized online selection tests, such as knowledge tests and personality tests, which also started to be introduced in many Western Balkan countries in order to speed up and reduce the costs of the selection process. For all these reasons the requirement for using digital tools in the recruitment and selection process in the Principles appears to be natural and welcome development.

2.3. Principle 10:

Effective leadership is fostered through competence, stability, professional autonomy and responsiveness of accountable top managers

Top management positions have been a subject of special interest in all the Principles editions, but with slightly different focus. In the new Principal's version, the emphasis is placed on the need for making top management positions attractive, effective and stable, granting them professional autonomy, but at the same time making them responsive and accountable. The text of the first sub-principle of the Principle 10 reads: "Top management positions are made attractive through fair recruitment, competitive remuneration, professional challenges, autonomy and mitigation of career risks."⁴⁸ These requirements are further developed through subsequent sub-principles, as will be explained in the course of the ensuing analysis.

Recruitment and selection of top managers should be professionally led, impartial, transparent and based on merit.⁴⁹ Similarly to the recruitment and selection of lower and mid-level civil servants, this assumes that a professional competition commission should be in charge of the competition procedure, as was emphasised in the previous edition of the Principles.⁵⁰ Research conducted on recruitment and selection in the Western Balkan countries in 2019 showed that participation of external experts from civil society and academia in the competition commissions can increase the impartiality and effectiveness of the recruitment and selection process.⁵¹ The Principles, however, do not go into such level of detail and do not prescribe the composition of the competition commissions, leaving it to the potential member states to autonomously decide how to ensure professional and impartial competition process. The Principles do, however, reiterate the importance of a merit based selection process, by a requirement that a competition commissions take into account previous experience of candidates and thoroughly test their competences, as selected candidates should have „sufficient high-level experience, knowledge, skills and competencies to perform their job well against predefined standards“.⁵² Recruitment policies and practices should also be based on „equal opportunities, gender balance and non-discrimination“.⁵³

⁴⁸ SIGMA/OECD, 2023, 23.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ SIGMA/OECD, 2017.

⁵¹ J. H. Meyer Sahling *at al.* 22.

⁵² SIGMA/OECD, 2023, 23.

⁵³ *Ibidem.*

The novelty envisaged by the new edition of the Principles is a requirement that a top manager should have clearly defined objectives, aligned with the mission of the organisation and objectives of the government.⁵⁴ This is also a welcome requirement, as the research on individual performance appraisal in the Western Balkan countries conducted in 2018 showed that top managers are often not obliged to undertake performance appraisal exercise.⁵⁵ Furthermore, there is an insufficient managerial framework within which performance appraisal is situated, such as organisational performance management framework and sufficient management autonomy, which would provide a basis for individual performance appraisal.⁵⁶ Performance appraisal is also currently rarely linked to objectives of the civil service institution and the Government of the day.

In order to overcome existing managerial difficulties in the public services, there is a new requirement to strengthen top managers professional and managerial autonomy. This should enable managers to assume both responsibility and accountability for the management of staff, resources and work results. This principle is especially relevant for Western Balkan countries, as their public services appear to possess numerous barriers to managerial accountability.⁵⁷ Recent research on this topic has relieved that in many Western Balkans public services there is a greater focus on compliance with rules and procedures, rather than genuine autonomy of managers to manage a policy area and financial resources they are responsible for.⁵⁸ Equally lacking is the accountability for the results of the organisation or unit that they supervise.⁵⁹ For these reasons, it is indeed important to emphasise the need to strengthen managerial accountability of top managers in the public service in the EU acceding countries.

Stability of top management is also a new and welcome requirement of the Principles. The Principles envisage that the continuity should guarantee „institutional performance and memory“. The problem of stability of top managers has also been a perennial issue in the Western Balkan, especially in certain countries, such as for example Serbia, where the practice of acting senior civil servants, who do not have to undergo competition procedure, is very common.⁶⁰ Even though the legislation allows an appointment of acting officials only for the period of six and additional three months, these acting appointments are often renewed in practice and may last for several years. And in spite

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ K. Staronova *at al*, *Individual Performance Appraisal of Employees in Central Public Administration in the Western Balkans*, Danilovgrad: ReSPA Publications, 2018, 16.

⁵⁶ *Ibid.* 15.

⁵⁷ K. L. Klaas, L. Marcinkowski, M. Lazarević, "Managerial accountability in the Western Balkans: A comparative analysis of the barriers and opportunities faced by senior managers in delivering policy objectives", *SIGMA Papers*, No. 58, OECD Publishing, 2018, 3.

⁵⁸ N. Vranješ, V. Đurić. "Izazovi uspostavljanja menadžerske odgovornosti u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini" *Pravna riječ* (67), 2023, 107.

⁵⁹ K. Klass *at al.* 4.

⁶⁰ V. Mihajlovic, "The Senior Civil Service System in Serbia, 12 Years of Simulated Depoliticisation", Policy Brief, European Policy Center, June 2019, <https://www.par-monitor.org/wp-content/uploads/pdfresizer.com-pdf-resize-1.pdf>, access: 10 June 2024.

of insistence of SIGMA/OECD and the European Commission in its regular annual reports that this practice should be stopped, there unfortunately appears to be no progress with respect of continuity of top management positions in the Serbian administration.⁶¹

3. Conclusion

The revised version of the SIGMA/OECD Principles of Public Administration, which was adopted in 2023, has become a new benchmark against which the progress in public administration reform will be measured in the EU acceding countries. Most EU acceding countries will undergo an evaluation according to the 2023 Principles for the first time in 2024. The evaluation results will be presented in a SIGMA/OECD monitoring reports, which will include an evaluation of public administration reform in six key thematic areas, along with recommendations for further improvement of the public administration system. The monitoring reports should serve the acceding countries to identify their strengths and weaknesses and determine priority areas for improvement. At the time of preparation of this paper (June 2024), SIGMA monitoring reports for 2024 were not yet publicly available.

In the area of HRM, a new edition of the Principles of Public Administration from 2023 imposes fewer rules while requiring better practice and results, taking into account emerging social context changes (i.e. digitalisation, need for more flexibility in working arrangements etc.) which is a welcome development. At the same time, the new edition is still very much based on the previous versions of the Principles (from 2014 and 2017), which are still recognisable as a starting point. The new version of the Principles reflects the growing knowledge of the SIGMA, OECD and EU Delegations staff gained through work with acceding countries Governments, which is usually presented in SIGMA annual monitoring reports, EU Commission reports on progress, SIGMA occasional papers, RESPA research efforts and other independent research on the HRM in the public service.

Furthermore, the analysis of the new version and previous versions of the Principles of Public Administration shows a gradual change of the requirements of the EU for accession to potential member states in the field of public administration. Unlike the previous waves of enlargement, when the Commission insisted mainly only on the adoption of certain regulations and the establishment of institutions (the so-called

⁶¹ According to the SIGMA/OECD Monitoring Report for Serbia for 2021, the percentage of senior civil service vacancies (Secretary of the Ministry, Assistant Minister and Director of non-ministerial bodies) filled through acting appointments remained above 60% in 2019-2020, which constituted a persistent failure to comply with the legislation. Cf. SIGMA/OECD, "Monitoring Report Serbia, the Principles of Public Administration, OECD publishing, 2021, available at: <https://www.sigmaxweb.org/publications/Monitoring-Report-2021-Serbia.pdf>, access: 12 June 2024; In 2023, more than half of senior managerial positions in the Serbian civil service were filled on the acting basis. Cf. European Commission, Serbia 2023 Report, Brussels, 8.11.2023, SWD(2023) 695 final, 16, available at https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/9198cd1a-c8c9-4973-90ac-b6ba6bd72b53_en?filename=SWD_2023_695_Serbia.pdf, access: 12 June 2024.

"check-box" approach), in the Principles there is still a strong orientation towards assessing the effects of the reform in practice. It seems that this change stems from a change in the understanding of the European Commission that the reform of public administration and its wider social context cannot be implemented only on the basis of changes in regulations and the establishment of new institutions, but that above all it should be evaluated on the basis of actually achieved results and effects in practice.⁶²

One of the reasons for the change in the Commission's approach to public administration reform may be the experience with Central and East European countries that have become EU members, and which have not previously systematically reformed their public administration systems, which has led to problems in functioning within the EU.⁶³ Research conducted after the enlargement to Central and Eastern Europe showed that after the accession the new member states lost motivation to implement sustainable civil service reforms and that the EU did not have any instruments to exert influence in this regard. At the same time, civil servants in most of the countries that joined the EU in 2004 and 2007 showed a lack of knowledge and expertise in EU-related affairs, especially in terms of policy-making processes at the European level and knowledge of languages.⁶⁴

The question, however, remains to which extent the new version of the Principles will be able to exert pressure on public administration reform efforts in the acceding countries, especially in sensitive areas such as for example politicisation of top management. Up to now, there has been no systematic "assessment of the assessment" of SIGMA/OECD monitoring reports, i.e. to which extent they have helped acceding countries in staying on the public administration reform course. Given that the EU accession process is primarily a political process based on different political trade-offs, it seems that the EU institutions will be the key ones to decide on the importance of both "old" and "new" values of public administration, presented in 2023 version of the Principles.

Finally, it goes almost without saying that public administration reform process does not only require changes in the legislation and practices, but also internalisation of public administration values within public services. Such deep changes also require an adaptation of the wider social context in which the values of professionalism, impartiality and integrity of public sector employees will dominate. One of the biggest challenges for acceding countries on their way to the EU appears to be not only to fully harmonize their legislation and practices with Principles of Public Administration, but even more so to create an environment in which well known "old" European public administration values, such as professionalism, political impartiality, hard work, accountability and integrity will be recognized and cherished.

⁶² K. Nicolaidis, R. Kleinfield, "Rethinking Europe's 'rule of law' and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma", *SIGMA paper*, OECD, 49/2012, 47.

⁶³ M. Lazarevic, S. Maric, „Between Discretion and Professionalism: Merit Based Recruitment Policy in the Context of Serbia's Accession Negotiations with the EU“, European Policy Centre, 2014, 4.

⁶⁴ J. H. Meyer-Sahling, „De-Politicisation Through Back-door? EU Integration, Administrative Reform and Party Patronage in East Central Europe“, paper prepared for the ECPR Joint Sessions, Workshop 6: Political Parties and Patronage, Nicosia/Cyprus, 2006, 26.

References

- Baykal, E. “Digital Era and New Methods for Employee Recruitment”, *Handbook of Research on Strategic Fit and Design in Business Ecosystems Advances in E-Business Research*, 2020, 412-430.
- CIDS, *Human Resource Management Toolkit for the Public Sector*, Centre for Integrity in the Defence Sector (CIDS) and NATO Building Integrity (BI), 2022, available at: <https://img5.custompublish.com/getfile.php/5129568.3005.jusaunstlstlmq/2022okt221024-BI-HRM-Toolkit-Public-Sector-enPublished.pdf?return=www.cids.no>, access: 5 July 2024.
- Ćorić, V. *Improper Superior Orders, An Analysis of the Regulatory Frameworks in Selected Western Balkan Countries*, Institute of Comparative Law, 2022, Belgrade.
- Digital Era and New Methods for Employee Recruitment. Available at: https://www.researchgate.net/publication/338302241_Digital_Era_and_New_Methods_for_Employee_Recruitment, access: 21 July 2024.
- European Commission, Serbia 2023 Report, Brussels, 8.11.2023, SWD(2023) 695 final, 16, available at https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/9198cd1a-c8c9-4973-90ac-b6ba6bd72b53_en?filename=SWD_2023_695_Serbia.pdf, access: 12 June 2024.
- European Commission, *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Enhancing the Accession Process - A credible EU perspective for the Western Balkans*, Brussels, 5.2.2020 COM(2020) 57 final, https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/ef0547a9-c063-4225-b1b4-93ff9027d0c0_en?filename=enlargement-methodology_en.pdf, access: 12 June 2024.
- Foundation for European Progressive Studies (FEBS), Labour Migration in the Western Balkans, Policy Brief, 2024, available at: <https://feps-europe.eu/wp-content/uploads/2024/04/The-Western-Balkans-labour-migration-1.pdf>, access: 1 July 2024.
- Gallup, *How Millennials Want to Work and Live*, 2016, <https://www.gallup.com/workplace/238073/millennials-work-live.aspx>, access: 20 June 2024.
- Hofmann, H. C. H. “Mapping the European Administrative Space”, *West European Politics*, 31:4, 2008, 662-676.
- Meyer-Sahling, J. H. *at al.*, *Making Merit Recruitment Work: Lessons from and for the Western Balkans*, RESPA and University of Nottingham, 2020.
- Meyer-Sahling, J. H. „De-Politicisation Through Back-door? EU Integration, Administrative Reform and Party Patronage in East Central Europe“, paper prepared for the ECPR Joint Sessions, Workshop 6: Political Parties and Patronage, Nicosia/Cyprus, 2006.
- Mihajlovic V., “The Senior Civil Service System in Serbia, 12 Years of Simulated Depoliticisation”, Policy Brief, European Policy Center, June 2019, <https://www.par-monitor.org/wp-content/uploads/pdfresizer.com-pdf-resize-1.pdf>, access: 10 June 2024.

- Keune, M. "EU Enlargement and Social Standards – Exporting the European Social Model?", in: *The European Union and the Social Dimension of Globalisation, How the EU Influences the World?* (J. Orbie, L. Tortell eds), Routledge, 2009, 52.
- Klaas, K., Marcinkowski L., Lazarević M. "Managerial accountability in the Western Balkans: A comparative analysis of the barriers and opportunities faced by senior managers in delivering policy objectives", *SIGMA Papers*, No. 58, OECD Publishing, Paris 2018, <https://doi.org/10.1787/88be2112-en> access: 12 June 2024.
- Kopric, I. "European Administrative Space – Myth, Reality and Hopes", in *European Administrative Space: Spreading Standards, Building Capacities* (I. Kopric, P. Kovač eds), 31-54.
- Lazarevic, M., Maric S., „Between Discretion and Professionalism: Merit Based Recruitment Policy in the Context of Serbia s Accession Negotiations with the EU“, European Policy Centre, 2014.
- Nicolaidis, K., Kleinfield, R. "Rethinking Europe's 'rule of law' and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma", *SIGMA paper*, OECD, 49/2012.
- Rabrenovic, A., "Human Resource Management in the Civil Service", in *Integrity and Good Governance in the Western Balkans*, (Rabrenovic, Knezevic Bojovic eds), RESPA, Danilovgrad, 2018, 11-70.
- Rabrenovic, A., Kostic J., Matic Boskovic M. "Open Dilemma: How to React to Illegal Orders From a Superior?", in *Integrity and Good Governance in the Western Balkans*, (Rabrenovic, Knezevic Bojovic eds), RESPA, Danilovgrad, 2018, 303-314.
- Rabrenovic, A., Matijevic, M. "Izazovi procesa zapošljavanja državnih službenika u zemljama Zapadnog Balkana" [Challenges of the Recruitment and Selection of Public Servants in the Western Balkan Countries], in: *Sećanje na dr Jovana Čirića – putevi prava*, Institut za uporedno pravo, 2023.
- SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, SIGMA, OECD publishing, 2023, <https://www.sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2023.pdf>, access: 15 June 2024.
- SIGMA/OECD, *Monitoring Report Serbia, the Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2021, available at: <https://www.sigmaweb.org/publications/Monitoring-Report-2021-Serbia.pdf>, access: 12 June 2024.
- SIGMA/OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2019, available at: <https://www.sigmaweb.org/publications/Methodological-Framework-for-the-Principles-of-Public-Administration-May-2019.pdf>, access: 10 July 2024.
- SIGMA/OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2017.
- SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2017.
- SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, OECD publishing, 2014.
- SIGMA/OECD, "European Principles of Public Administration", *SIGMA papers*, No. 27/1999, OECD publishing, 1999.

- Staroňová K., Ahmetovic, D., Ivanova, M., Qeriqi, H., Radevic, R., Shundi, A., Vlajkovic, V., *Individual Performance Appraisal of Employees in Central Public Administration in the Western Balkans*, Danilovgrad: ReSPA Publications, 2018.
- OECD, *Public Employment and Management: The Future of the Public Service*, OECD publishing, 2021, available at: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2021/12/public-employment-and-management-2021_6a1fc237/938f0d65-en.pdf, access: 1 July 2024.
- Verheijen T., Rabrenović A. "Civil Service Development in Central and Eastern Europe and the CIS: A Perfect Storm?", in: *Comparative Civil Service Systems in the 21st Century*. (eds. F.M. van der Meer, J.C.N. Raadschelders, Th.A.J. Toonen), Palgrave Macmillan, London 2015, 15-37.
- Vranješ, N., and Đurić, V. "Izazovi uspostavljanja menadžerske odgovornosti u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini" *Pravna riječ* (67), 2023, 101-120.
- Vranješ, N. "Analiza usklađenosti razvoja javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana sa standardima Evropske unije", *Strani pravni život* God 65, br. 1/2021, DOI: <https://doi.org/10.5937/spz65-30812>.
- Vukašinović Radojičić, Z. *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013.
- Wilden, R., Gudergan, S., Lings, I. "Employer branding: strategic implications for staff recruitment", *Journal of Marketing Management*, 26(1-2), 2010, 56-73. <https://doi.org/10.1080/02672570903577091>.

UNO SGUARDO (D)ALLA SOVRANITA', TRA POLITICA, DIRITTO E ORGANIZZAZIONI (STATALI)

Abstract

Lo Stato contemporaneo, che vede organizzazioni, azioni e culture strettamente connesse al suo interno, si trova al giorno d'oggi parte attiva e passiva di inevitabili cambiamenti causati da fenomeni importanti quanto travolgenti, quali la globalizzazione e le continue ondate migratorie. V'è da chiedersi dunque se l'elemento-strumento della sovranità sia (ancora) utile ai fini della identificazione e della stessa sopravvivenza dello Stato tra gli Stati e ai fini del mantenimento della democrazia al suo interno, o invece debba ricorrersi ad altri concetti come il concetto di governance, intesa qui nel senso di strumento inclusivo e partecipativo dei diversi attori (politici, giuridici, sociali ed economici).

Parole chiave: *sovranità, partecipazione, governance, democrazia, organizzazioni*

* Ph.D., Associate Professor of Comparative Public Law, Department of Politics, Law and Social Sciences, "Niccolò Cusano" University of Rome.

E-mail: cristina.gazzetta@unicusano.it

POGLED NA SUVERENITET, IZMEĐU POLITIKE, PRAVA I (DRŽAVNIH) ORGANIZACIJA

Apstrakt

Savremena država, koja u sebi objedinjuje tesno povezane organizacije, akcije i kulture, danas predstavlja ujedno i aktivan i pasivan deo neizbežnih promena izazvanih važnim i nadmoćnim fenomenima, kao što su globalizacija i neprekidni talasi migracija. Stoga se moramo zapitati da li je element suvereniteta (još) koristan u svrhu identifikacije i opstanka države među državama i u svrhu održavanja demokratije u njoj ili umesto toga moramo da pribegnemo drugim konceptima, kao što je koncept upravljanja, ovde shvaćen u smislu inkluzivnog i participativnog alata za različite aktere (političke, pravne, društvene i ekonomske).

Ključne reči: *suverenitet, učešće, upravljanje, demokratija, organizacije*

1. Sovranità e organizzazioni (statali)

Una riflessione che intenda porre l'attenzione sulla sovranità dello Stato nazionale nel mondo contemporaneo deve tenere in dovuta considerazione lo stretto legame, non sempre semplice e lineare, tra società, organizzazioni, azioni e culture all'interno (ma non solo) dello Stato.

Sicché, pare abbastanza agevole che sia gli obiettivi di ciascun individuo che la qualità complessiva della sua vita e della comunità statale in cui esso vive dipendono da quello che viene definito buono o cattivo funzionamento delle organizzazioni, sia quella statale che le organizzazioni altre, intese in questa sede in quanto insieme di azioni e comportamenti (individuali, organizzativi e istituzionali) strategicamente orientati, con cui continuamente l'essere umano entra in contatto, sia a livello globale che locale e che influiscono sulla capacità di tutti noi (e, aggiungerei, sulle nostre opportunità) di ottenere i risultati prefissati.

Ecco dunque che appare “il ruolo delle organizzazioni (...) nel mondo d'oggi in quanto molto più importante di quanto sia mai stato in precedenza”¹.

È dato incontestabile che il mondo attuale si presenta fortemente influenzato da fenomeni importanti e travolgenti, quali la globalizzazione e le nuove ondate migratorie; se diamo allora per certa l'importanza delle relazioni tra le organizzazioni all'interno di ogni Stato, inteso quale organizzazione sovrana, grande rilievo assumono le relazioni tra gli Stati (sovrani) di tutto il mondo, che dimostrano tra di essi una interdipendenza sempre più stretta e, di conseguenza, tra le loro organizzazioni pubbliche e private, con la conseguenza di una loro obbligata consapevolezza della necessità di assumere caratteri organizzativi, al loro interno, sempre più globali (ovvero travalicanti i confini nazionali) e certamente rispondenti al rispetto del principio democratico e partecipativo, tanto nei confronti di chi vi partecipa che nei rapporti esterni.

Strettamente legato al fenomeno del mutamento del mondo contemporaneo, appaiono i rapporti tra gli Stati sovrani (che qui intendiamo nel senso di organizzazioni statali), tra le diverse culture e tra le varie organizzazioni, nazionali, sovranazionali ed internazionali, con la conseguenza che ci si è chiesti se tali rapporti (potremmo dire obbligati) approderanno ad una convergenza e ad una armonizzazione tra di esse o invece ad una loro esasperazione attraverso un atteggiamento di chiusura nei confronti dell'alterità². Sia nel caso si arrivi ad una composizione delle diversità che nel caso contrario, sarà di fondamentale importanza tanto per gli studiosi delle organizzazioni, che per i manager e gli operatori, anche del diritto, comprendere le ragioni, le dinamiche e le correnti culturali trasversali che ne sono conseguenza e che sono alla base di questo inarrestabile processo di mutamento culturale e comportamentale in atto, sia nei rapporti tra gli Stati sovrani che tra gli individui e pure tra le organizzazioni di diverso tipo³.

¹ Cfr. A. Giddens, *Identità e società moderne*, Napoli, 2001, 180.

² Cfr. R.S. Bhagat, R.M. Steers, *Cambridge Handbook of Culture, Organizations and Work*, Cambridge University Press, 2011.

³ Cfr. A. Cocozza, *Organizzazioni. Culture, modelli e governance*, Milano, 2014.

La trasformazione di cui siamo spettatori (e attori, sia direttamente che indirettamente) ha come certa conseguenza il fatto che le dimensioni politica, giuridica, ed economica non rappresentano più la centralità delle varie organizzazioni, ma hanno lasciato il posto alle culture, le quali potrebbero provocare un innalzamento di «barriere culturali», che possono essere identificate come una delle principali sfide per la sopravvivenza e il successo del processo organizzativo e delle organizzazioni⁴.

Pertanto, le organizzazioni dovranno avere come obiettivo la ricerca del superamento delle «barriere culturali» presenti e future intra organizzative ed inter organizzative.

La definizione prima che del termine organizzazione dà il Dizionario Treccani⁵ (*online*), è identificabile con “quell’attività intesa a costituire in forma sistematica un complesso di organi o di elementi coordinandoli fra loro in rapporto di mutua dipendenza in vista di un fine determinato”, per cui sono individuati in quanto organizzazioni soggetti con finalità istituzionali, quali lo Stato, le forze armate, una amministrazione, un ufficio di servizio pubblico, cui facilmente potrebbero aggiungersi la polis, la comunità, la scuola, la Chiesa, l’azienda, il partito, l’associazione di volontariato; invero dello stesso termine si legge un secondo significato, “il modo in cui un organismo, un istituto, un ente è organizzato, cioè il suo ordinamento strutturale e funzionale: l’amministrazione di uno Stato, di una provincia, di un comune; l’aspirazione di una nuova organizzazione della società; la gestione di una fabbrica, di un’industria, di un’impresa; l’organizzazione del lavoro; l’organizzazione di un servizio qualità”; e lo stesso Dizionario considera una terza accezione del termine, che attribuisce alla organizzazione rilievo nella biologia, ovvero “l’insieme di processi attraverso cui organi, apparati e strutture si formano, si sviluppano, si differenziano e si coordinano così da costituire un organismo vivente”, oppure “il modo in cui un essere vivente (animale o pianta) è organizzato, la sua particolare struttura anatomica e funzionale”, mettendo in evidenza una particolare varietà di modelli e di forme che, con particolare riferimento agli anfibi, esseri capaci di adattarsi a vivere in due ambienti differenti, permette di comprendere la necessità di disporre di una pluralità di modelli organizzativi, differenziati ed adattabili, tanto nel mondo delle scienze naturali che in quello delle scienze sociali e delle organizzazioni tutte, anche di quelle statali.

Ciò che in questa sede preme evidenziare è che lo stesso concetto di organizzazione è parso ad autorevole dottrina⁶ fortemente interconnesso con l’evoluzione del contesto storico-sociale e pertanto esso si è trasformato enormemente nel corso dei millenni, attirando l’interesse di molteplici rami della conoscenza, non esclusivamente sociologica⁷, per le differenti modalità di gestione delle stesse organizzazioni, le quali, di volta in volta, hanno influito sul grado di libertà e di partecipazione dei membri dell’organizzazione alle procedure gestionali strategiche ed operative o alle procedure di

⁴ Cfr. P.M. Senge, *Schools That Learn (Updated and Revised): A Fifth Discipline Fieldbook for Educators, Parents, and Everyone Who Cares About Education*, Crown Business, 2012.

⁵ A. A. V.V., *Dizionario Treccani*, www.treccani.it.

⁶ Cfr. L. Gallino, *Dizionario di Sociologia*, Torino, 1993.

⁷ Cfr. M. Hatch, *Teoria dell’organizzazione. Tre prospettive: moderna, simbolica, postmoderna*, Bologna, 2013.

redistribuzione delle risorse prodotte, in presenza di elementi di equità o di differenziazione sociale, all'interno dello Stato democratico contemporaneo e, oltre i suoi confini, nel processo di globalizzazione economica, sociale e culturale.

Lo studio, certamente multidisciplinare, dell'evoluzione del concetto di organizzazione ha come fine la comprensione della realtà (l'organizzazione, appunto) in cui interagiscono gli attori e le strutture che danno vita alle politiche organizzative. Sotto questo aspetto riveste un certo interesse l'affermazione secondo cui «le diverse tipologie di organizzazioni (...) sono costituite da un insieme di risorse umane che interagiscono tra di loro secondo obiettivi prescritti sulla base di una divisione di ruoli e di compiti per il raggiungimento di risultati predefiniti»⁸.

E da questo punto di vista pare più facilmente comprensibile il recente abbandono, da parte di dottrina delle scienze sociali, del concetto statico e monologico di organizzazione in quanto *organom*, mezzo, macchina, sino ad una generale accettazione del *carattere polisemico* dello stesso concetto⁹.

Si deve infatti ricordare che il termine organizzazione nel corso della storia del pensiero organizzativo ha acquisito almeno tre diverse accezioni¹⁰ l'una per designare l'attività che mediante norme esplicite sia indirizzata coscientemente a stabilire relazioni durature tra un insieme di persone e di cose ai fini del raggiungimento di uno scopo, l'altra per designare l'entità reale (concreta), l'insieme del sistema sociale che risulta da una tale attività (ad esempio, un ospedale, una scuola, un ministero, un partito politico, un esercito, una chiesa), e infine un'altra, che designa la struttura delle principali relazioni formalmente previste e codificate all'interno di un'azienda, di un partito, ecc., che rappresentano però solo una parte delle relazioni che li costituiscono. Nel corso del tempo i tre diversi tipi di organizzazioni hanno raggiunto livelli di elaborazione molto elevata, secondo una razionalità di governo che sempre dovrà essere riferita a tre ambiti, le credenze, le azioni e il sapere scientifico¹¹.

2. Il concetto di *governance*

Tralasciando la specificazione delle differenti tipologie di organizzazioni, appare interessante notare che contemporaneamente alla evoluzione del concetto di organizzazione ci si trova di fronte alla evoluzione della stessa razionalità di governo, ovvero della *governance*, in quanto inserita in uno scenario politico, sociale e culturale fortemente interessato da una continua trasformazione. Sembra pertanto, in maniera piuttosto agevole, poter rinvenire le tre accezioni suindicate nello Stato (in quanto entità titolare di sovranità) quanto organizzazione, all'interno del quale la *governance* riveste ruolo fondamentale, configurandosi in quanto specifica modalità di esercizio del potere

⁸ Cfr. A. Cocozza, *Organizzazioni. Culture, modelli e governance*, cit.

⁹ Cfr. L. Gallino, *Dizionario di Sociologia*, cit.

¹⁰ *Idem*, in particolare 469-470.

¹¹ *Idem*, in particolare 470.

e di produzione di regole; modalità che comporta un ripensamento obbligato della sfera dell'azione politica e della sfera delle regole del diritto, poiché essa corrisponde ad “un nuovo stile di governo, distinto dal modello del controllo gerarchico e caratterizzato da un maggior grado di cooperazione e dall'interazione tra lo stato e attori non-statuale all'interno di reti decisionali miste pubblico/private”¹².

Nel mondo attuale la globalizzazione ha portato ad un nuovo diritto, che travalica i confini statali tradizionali attraverso una sua inevitabile espansione sia in senso territoriale che di legami (si pensi al diritto sovranazionale e al diritto transnazionale), con la conseguenza che la sfera del diritto è forzatamente messa in relazione con il dinamismo del mondo contemporaneo: se prima il diritto, con le sue regole, i suoi limiti e le sue misure era stato infatti l'antidoto all'incertezza, oggi la *governance* è un antidoto, o forse una reazione forzata, proprio a quella certezza che con il suo immobilismo impedisce appunto proprio al diritto stesso di seguire l'evoluzione dei tempi.

Il diritto contemporaneo, nel suo collegamento con la sfera della politica, è obbligato continuamente a riformulare le sue regole in maniera attenta e in riferimento ad esigenze che lo Stato non riesce più accontentare. Con la conseguenza che il comando rischia di perdere la sua legittimità e il diritto, dal canto suo, si spoglia dell'aspetto, tipicamente positivisticco, del rapporto comando-obbedienza.

Dalla vocazione globale del diritto sopranazionale e transnazionale ne consegue una obbligata interazione tra diverse tradizioni giuridiche, politiche e culturali, che rimette in discussione non solo la rigida differenza tra *common law* e *civil law*, ma anche la rigida contrapposizione tra sfera privata e sfera pubblica, sino a mettere in discussione l'idea di sovranità statale.

Diritto e politica trovano vitalità anche e soprattutto oltre i confini nazionali dello Stato, tolgono alle istituzioni il monopolio politico e giuridico che lo Stato moderno si era attribuito, con un conseguente necessario ripensamento della logica statocentrica, ancorata all'idea di uno Stato sovrano, in quanto titolare di sovranità, che nella cultura occidentale stenta però a farsi da parte¹³.

Al riguardo, si parla di crisi della legge come prodotto dell'attività legislativa, ma la stessa legge, proprio in quanto prodotto dell'attività legislativa, tende a penetrare nelle maglie più strette della società; a tale penetrazione capillare fa da contraltare la *governance*, quale nuova razionalità di governo, che non fa ricorso alla legge, quale regola giuridica suprema, ma a due modalità giuridiche diverse: la modalità contrattuale e quella giudiziaria.

Dunque pare opportuno, in questo nuovo scenario, sorretto appunto dalle strutture edificate dalla *governance*, domandarsi tra l'altro, quale sia la vera *ratio* e la vera fonte del diritto, a chi spetta dettare le regole e, soprattutto, se nella regola prevalga il contenuto o la forma o non invece debbano essere entrambi correlati.

I processi di *governance* intervengono nella realtà attuale in quanto definiti succursale della democrazia, operando “per supplire alle esigenze, carenze e rigidità più

¹² Cfr. R. Mayntz, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in “Rivista italiana di scienza politica”, 1, 1999, 3.

¹³ In argomento, si veda M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

significative che affliggono il quadro democratico tradizionale, di stampo essenzialmente rappresentativo”¹⁴.

Lo Stato stesso, pur senza esserne cosciente, e seppur agendo con gli strumenti di diritto interno, de-territorializza determinate misure giuridiche, accettando il principio di sussidiarietà, come tra l'altro, nel caso del costituzionalismo transnazionale e la difesa dei diritti umani¹⁵.

Con la conseguenza che costituzionalismo senza Stato e dinamicità del costituzionalismo sono elementi che spingono lo Stato contemporaneo alla ricerca di nuove forme di organizzazione politica ai fini di una obbligata instaurazione di un rapporto con il territorio e di un concetto di sovranità di tipo nuovo, riconosciuto e riconoscibile tanto all'interno quanto all'esterno dei propri confini nazionali, senza tuttavia correre il rischio di trovarsi di fronte ad una costituzione senza Stato, uno Stato senza territorio, un popolo senza Stato¹⁶.

Il diritto ha intrapreso una strada che porta alla perdita del suo carattere verticale, affiancato da una alternativa *soft law*, che si presta ad illustrare una giuridicità multifunzionale non più soltanto intesa ad ottenere comportamenti uniformi alle prescrizioni legislative, come nel caso del diritto, da intendersi qui in senso stretto, ma volta a realizzare varie funzioni tra cui quella dell'informazione e della comunicazione e quella della socializzazione ai valori che le regole *soft* vogliono promuovere, di orientamento dei processi di interpretazione delle sue stesse regole.

La *soft law* supera dunque il riduttivismo del normativismo tradizionale.

Occorre però fare attenzione, poiché se la *governance* è una sfida contro lo Stato e contro le sue pretese monopolistiche, è al tempo stesso pure una esasperazione antiformalistica che potrebbe far perdere al diritto alcune delle valide ragioni della sua esistenza, ovvero, come è stato notato, non si può prescindere dal fatto che il diritto deve essere comunque considerato come una “nuova risorsa dogmatica per il diritto globale”¹⁷.

In tal senso parrebbe utile un ripensamento delle coordinate del fenomeno *diritto* e del fenomeno *Stato*, considerando le trasformazioni socio-economiche e culturali sottostanti, che definiscono una serie di poteri non ufficialmente riconosciuti e legittimati e con riferimento alle molteplici forme di organizzazione, non solo politico-territoriale, che si presentano oggi sullo scenario dei rapporti sovranazionali ed internazionali e che pure modificano il panorama, modificando i rapporti di potere (sovrano), verticali e orizzontali¹⁸.

Proprio l'elasticità e il dinamismo del modello permettono di riaffermare la vitalità del fenomeno *diritto* e del fenomeno *Stato* e l'attuale forma di Stato scarsamente elastica, tende a chiudere la realtà, talvolta giustificandola ideologicamente, mentre la realtà, a ben guardare, potrebbe dare ulteriori e diverse indicazioni sul come realizzare una

¹⁴ Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit.

¹⁵ Cfr. G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 4, 2013, 905 ss.

¹⁶ Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit.

¹⁷ Cfr. A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla formazione antropologica del diritto*, Milano, 2006, 218.

¹⁸ Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit.

organizzazione politica, potendo arrivare a chiedere ulteriori teorizzazioni per giustificare ideologicamente eventuali nuovi poteri reali emergenti, poiché la teoria giuridica, nella sua tipica staticità, appare sempre anacronistica rispetto alla realtà statuale, che a sua volta, è sempre in ritardo rispetto alla realtà sociale, la quale dal canto suo è sempre pronta a chiedere nuove forme di legittimazione dei suoi poteri.

L'interesse di discussioni sul tema della *governance* sta dunque ad indicare i messaggi che provengono da una società modificata e che richiedono un ripensamento delle strutture istituzionali, ma certamente non un loro esautoramento, corrispondendo essa ad una specifica modalità di esercizio di potere e di produzione di regole e non invece all'anarchia¹⁹.

Da questo punto di vista la *governance* si presenta con evidenti tratti caratteristici che possono ritrovarsi nella volontà di condivisione delle decisioni piuttosto che nella loro imposizione, di ottenere l'obbedienza senza emettere al tempo stesso comandi, di prevenire i conflitti piuttosto che risolverli²⁰.

È stato altresì notato che nell'ampio dibattito su democrazia partecipativa, democrazia deliberativa e democrazia associativa²¹, la *governance* appare nella veste di autrice dello sviluppo della democrazia partecipativa²² rispetto alle strategie riformiste di government, ove invece il ricorso a strumenti di partecipazione è finalizzato a logiche di costruzione del consenso attraverso una totale rimozione delle capacità di auto-organizzazione sociale, in base ad uno schema di separazione duale tra «decisori» e «destinatari delle decisioni»²³.

La *governance* risponde dunque all'esigenza dell'ordine giuridico globale di inclusione, tanto degli Stati, certamente sovrani, ma che non perseguono esclusivamente l'obiettivo del riconoscimento e della affermazione della propria sovranità, dei soggetti privati in quanto attori diversificati della società civile, delle imprese economiche, di associazioni ambientaliste e movimenti sociali²⁴ poiché essa non avverte il bisogno di doversi proteggere dalle interferenze dei soggetti privati, ma addirittura le invoca seppur ben cosciente di doverle elaborare e in certi casi domare.

3. Democrazia, partecipazione e organizzazioni (statali)

Alla luce delle brevi considerazioni svolte, pare di un certo rilievo mettere in evidenza la funzione delle organizzazioni ai fini della realizzazione dei diritti fondamentali della persona attraverso lo strumento della partecipazione, per il ruolo che esse rivestono

¹⁹ Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit.

²⁰ *Idem*.

²¹ In argomento, *ex multis*, U. Allegretti, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; L. Pellizzoni, *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005, P. Hirst, *Dallo statalismo al pluralismo. Saggi sulla democrazia associativa*, Torino, 1999.

²² Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit.

²³ Cfr. F. Gelli, L. Morlino, *Democrazia locale e qualità democratica. Quali teorie*, in www.sisp.it, in particolare 51-52.

²⁴ Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit., in particolare 57.

tanto all'interno dello Stato democratico contemporaneo che oltre i suoi confini nazionali, in quanto Soggetto che partecipa, assieme agli individui che compongono la sua comunità, al processo di globalizzazione economica, sociale e culturale.

In tal senso può venire in aiuto il riferimento alle formazioni sociali presente nella formulazione dell'art. 2 della Costituzione italiana, che permette di superare l'approccio individualistico degli stessi diritti e invece considerarli nella loro dimensione comunitaria, la quale abbandona il concetto di individuo astratto per richiamarsi invece alla sua dimensione concreta, in considerazione delle relazioni che egli pone in essere ai fini dello sviluppo della sua personalità e nel suo agire sociale; con la conseguenza che lo Stato, inteso dunque nel senso di organizzazione, deve assolvere il compito di mantenere il difficile equilibrio tra i principi di libertà e di uguaglianza sostanziale al fine del pieno sviluppo della persona umana, rimuovendo eventuali ostacoli di ordine economico e sociale che possano impedire o anche solo interferire, appunto, con lo sviluppo della persona umana e consentire al tempo stesso una piena partecipazione all'organizzazione economica e sociale del Paese (art. 3 della nostra Costituzione).

La partecipazione sarà in tal senso da considerarsi in quanto diritto fondamentale della persona²⁵, la quale, attraverso le organizzazioni tutte, a cominciare da quella statale, permetterà tanto il raggiungimento del benessere collettivo degli individui quanto la sopravvivenza dello Stato stesso, titolare del potere di imperio ed esso stesso organizzazione, che, opererà non più solo per mezzo del diritto in quanto ente titolare di sovranità, ma anche e soprattutto attraverso la *governance*, intesa come categoria politica generale nuova dell'attività di governo che utilizza gli strumenti della cooperazione e del dialogo e che si trova, seppur nella sua difficile ambiguità definitoria, in una fase di grande interesse e di crescente affermazione.

Afferma infatti Messina²⁶ che “la polisemia del concetto (...) non impedisce (...) di poter circoscrivere ed evidenziare (...) il significato, la funzione, il compito teorico e pratico di una parola in un contesto linguistico e comunicativo specifico (...). Insomma, al di là del fatto che questo concetto sia stato utilizzato prima nel contesto dell'organizzazione aziendale o della scienza dell'amministrazione pubblica e trovi oggi ampia attenzione in spazi di riflessione teorica vasti (dalla teoria della democrazia alla teoria delle relazioni internazionali) non ci pare condivisibile l'affermazione che ci troviamo di fronte ad un fenomeno “insensato”²⁷. Sicché, “in tale ambiguità concettuale, per cui il concetto di *governance* appare come il più adatto a descrivere ciò che accade ovvero adatto a prospettare una riforma che si desidera, sta il significato politico e (poi) teorico della veloce affermazione della *governance* come nuova categoria politica generale”²⁸.

²⁵ Cfr. S. Bonfiglio, *Diritti fondamentali, territorio e partecipazione politica nella società in rete*, in F. Antonelli, E. Rossi (a cura di), *Cittadinanza, democrazia e diritti in un mondo in trasformazione*, Bologna, 2014.

²⁶ Cfr. G. Messina, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012.

²⁷ *Idem*, in particolare 17.

²⁸ *Idem*, in particolare 219.

Proprio la partecipazione, seppur nelle sue diversità di forme e gradi, permetterà la sopravvivenza della democrazia all'interno di uno Stato sovrano, la cui essenza è strettamente legata proprio alla stessa partecipazione: si pensi infatti alla partecipazione ai partiti, i quali non escludono però altre forme di partecipazione dei cittadini alla gestione della *res publica*, alcune già note, quali ad esempio l'iniziativa legislativa popolare o il referendum abrogativo²⁹, o ad altre forme invece nuove, che prevedono l'utilizzo di un concetto universale di partecipazione attraverso la rete, come l'esperienza del Movimento Cinque Stelle³⁰; in tutti i casi certamente sarà necessario il ricorso a regole di *governance* che possano razionalmente garantire il diritto alla partecipazione democratica.

Il ricorso alla *governance* potrebbe essere dunque la risposta alla necessità di garantire la partecipazione e il riconoscimento dei diritti della persona (assieme alla loro tutela) nel rispetto dei valori democratici generalmente condivisi, permettendo allo Stato, in quanto nella sua veste di organizzazione, di mantenere viva la sua dimensione nazionale, sovranazionale ed internazionale e, al tempo stesso, permettendo al diritto di non restare ancorato alla sua dimensione di staticità per adattarsi invece in maniera elastica alle trasformazioni economiche, sociali e culturali cui è sottoposto inevitabilmente il mondo contemporaneo.

Bibliografia

- Allegretti, U. *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.
- A.A. V.V., *Dizionario Treccani*, www.treccani.it.
- Bhagat, R. S., Steers, R. M. *Cambridge Handbook of Culture, Organizations, and Work*, Cambridge University Press 2011.
- Bonazzi, G. *Come si studiano le organizzazioni*, Bologna, 2002.
- Bonfiglio, S. *Diritti fondamentali, territorio e partecipazione politica nella società in rete*, in F. Antonelli, E. Rossi (a cura di), *Cittadinanza, democrazia e diritti in un mondo in trasformazione*, Bologna, 2014.
- Bova, *L'iniziativa legislativa popolare in Italia e in Svizzera*, Padova, 2012.
- Cocozza, *Organizzazioni. Culture, modelli e governance*, Milano, 2014.
- Ferrarese, M. R. *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.
- Gallino, L. *Dizionario di Sociologia*, Torino, 1993.
- Gelli, F., Morlino, L. *Democrazia locale e qualità democratica. Quali teorie*, in www.sisp.it
- Giddens, *Identità e società moderne*, Napoli, 2001.
- Hatch, M. *Teoria dell'organizzazione. Tre prospettive: moderna, simbolica, postmoderna*, Bologna, 2013.
- Hirst, P. *Dallo statalismo al pluralismo. Saggi sulla democrazia associativa*, Torino, 1999.

²⁹ Cfr. C. Bova, *L'iniziativa legislativa popolare in Italia e in Svizzera*, Padova, 2012.

³⁰ Cfr. S. Bonfiglio, *Diritti fondamentali, territorio e partecipazione politica nella società in rete*, in F. Antonelli, E. Rossi (a cura di), *Cittadinanza, democrazia e diritti in un mondo in trasformazione*, cit.

- Mayntz, R. *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in "Rivista italiana di scienza politica", 1, 1999.
- Messina, G. *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012.
- Mill, M. J. *On Liberty*, 1859 (trad. it. *Saggio sulla libertà*, Milano, 2009).
- Mill, W. *The Sociological Imagination*, New York, Oxford University Press, 1959 (trad. it., *L'immaginazione sociologica*, Milano, 1995).
- Pellizzoni, L. *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005.
- Senge, P. M. *Schools That Learn (Updated and Revised): A Fifth Discipline Fieldbook for Educators, Parents, and Everyone Who Cares About Education*, Crown Business, 2012.
- Schein, E. H. *The Corporate Culture Survival Guide*, San Francisco, Jossey-Bass, 2009.
- Silvestri, G. *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 4, 2013.
- Supiot, A. *Homo juridicus. Saggio sulla formazione antropologica del diritto*, Milano, 2006.

THE ONGOING INTERNATIONALIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW IN EUROPE AND THE BOUNDARIES OF NATIONAL SOVEREIGNTY**

Abstract

Internationalization of constitutional law is in progress in Europe as it is in most of the legal systems throughout the world. It has been occurring in various practical forms, such as the inclusion of case law of international and regional courts into national legal systems. However, from the strictly constitutional point of view, other diverse manifestations of internationalization of constitutional law in Europe have appeared. In the first place, they include the implicit introduction of the particular normative standards set by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols directly into constitutions. Although the tendency of limiting national sovereignty in the area of protection of basic rights and freedoms is not new, a dilemma remains whether this method, widely used, is the most appropriate one, taking into account the importance of protecting the concept of the dignity of the constitution.

Keywords: *Internationalization of Constitutional Law, EU Law, Boundaries of Sovereignty, Comparative Constitutional Law*

* PhD, Research Associate, Institute for Comparative Law, Belgrade.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8706-4175>

E-mail: v.mikic@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realization and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under No. 451-03-66/2024-03/200049.

INTERNACIONALIZACIJA USTAVNOG PRAVA U EVROPI I OGRANIČENJE NACIONALNE SUVERENOSTI

Apstrakt

U Evropi je na snazi internacionalizacija ustavnog prava, kao što je slučaj i sa većinom drugih kontinentalnih pravnih sistema. Ona se javlja u raznovrsnim praktičnim formama, kao što je uključivanje sudske prakse međunarodnih i regionalnih sudova u pravne sisteme država. Sa ustavnopravne tačke gledišta, javljaju se i drugi oblici internacionalizacije ustavnog prava u Evropi. Oni uključuju prećutno neposredno uvođenje pravnih standarda iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola u ustave. Premda tendencija ograničavanja nacionalne suverenosti u oblasti zaštite temeljnih prava i sloboda nije nova, ostaje dilema da li je reč o odgovarajućem metodu, s obzirom na važnost zaštite koncepta dostojanstva ustava.

Ključne reči: *internationalizacija ustavnog prava, pravo EU, granice suvereniteta, uporedno pravo*

1. Introduction

European states more and more formally regulate on the constitutional level the role of the European Union (EU) and the Council of Europe (CoE) – their institutions, values, principles, and legal norms. The same goes with the effects of the EU law (and the law of the CoE) on the constitutional law of many European states – whether they are members of the EU or not. Aiming at proposing an answer to the question to which degree the EU law and the law of the CoE represent binding legal sources recognised as such by the constitutions themselves, the analysis contained in the paper encompasses the extent to which these branches of law have inspired particular normative propositions in constitutions.

By frequently practicing borrowings of institutional models and precise dispositions one from another, constitution-makers have been contributing to deepening the problem of mostly unchecked internationalization (Europeanization, or globalization) of national constitutional law. Transnational or supranational law (better yet, “transnational constitutionalism”,¹ or “the global convergence of constitutions”²) naturally sets limits to any state’s aspirations for sovereignty, which is, by definition, manifested through its liberty to adopt its constitution and subsequent legal dispositions (laws). At the same time, comparative models assuredly represent a sort of *supplementary* source for anyone who seeks to find an optimal model for resolving any dilemma in the field of constitutional law.

Among the first forms of internationalization of constitutional law come the constitutional provisions in accordance to which the provisions of confirmed international treaties represent an integral part of internal law. The same goes with the principles of international law which determine the main directions of a country’s foreign policy. Some states take upon themselves to apply international law within the framework of the domestic legal system. The transformation of the European constitutional heritage towards a deeply humanitarian direction (in the sense of placing the protection of human rights in its core) has been going on for numerous decades, and is characterized by constitutionalization of basic rights and freedoms protected by international treaties.

It is apparently true that “constitutional law is in the process of increasingly intense internationalization”, although at the same time, the process of the *constitutionalization of international law*.³ The traditional pattern, in accordance to which national authorities manifest their constitution-making capacity fully and freely, has proved itself to be nearly over. Thus, the era of classical sovereignty in constitution-making process represents a part of the constitutional history, once a dominant feature in law-making, but nowadays only a fact of recent history. It appears today to be nearly impossible to

¹ R. Yeh, W.-C. Chang, “The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions”, *Pennsylvania State International Law Review*, Vol 27 (2008), 89-124, 95 *et seq.*

² *Ibid*, 98.

³ D. Simović, “Internacionalizacija ustavnog prava – primer Republike Srbije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LVII/81 (2018), 15-29, 15 and 16.

promote constitutional national sovereignty and at the same time not to guarantee protections of human rights and fundamental freedoms in the manner declared by international (European) forums, i.e. gatherings of countries which agreed *in fact* that basic rights and freedoms need not only to be protected, but also that this protection needs to be recognized at the constitutional level.

In the first part of the paper, elementary types of internationalization of constitutional law are exposed. Supranational character of the constitutional law cannot be easily comprehended without the role of the EU and the CoE as the organizations providing mechanisms which have effectively been making progress in the field of limiting national sovereignty of their member states, and, thus, the second part is dedicated to that role and the effects they make on the (national) constitutional law. Finally, before the concluding remarks, the influence of the international law in the process of making European national constitutions follow more and more similar patterns is explained.

2. Basic forms of the internationalization of the constitutional law within the European constitutional heritage

At the beginning of the third millennium, as one Belgian author claimed, we were witnessing the process of “homogenisation of constitutions (*homogénéisation des Constitutions*)”, and, “the emergence of a common constitutional law (*un droit constitutionnel commun*), founded on the shared legal principles (*principes juridiques partagés*)”.⁴ Most definitely, constitutions appear to be more and more similar one to another. This process is developed on the basis of more feasible access to other countries’ constitutions, but it is also made easier by the adoption and subsequent ratification of relevant international treaties which have for their principal subject the protection of basic rights and freedoms.

The internationalization of constitutional law can verifiably be claimed to represent “the progressive submission of the activities and the reciprocal relations of the subjects of the international legal order to the principles of constitutionalism”⁵ The product of a interchanges between different constitutional models had long ago been assessed as the one creating “constitutional cocktails“ (as was assessed by Joseph Barthélemy).⁶ Therefore, mutual similarities of constitutional norms point to direct inspiration from the Constitution of State A to the Constitution of State B. It is on the basis of profound and stable legal-historical proofs that one can claim that there is nearly a deeply manifest similarity between: the Constitution of Romania of 1991 and the Constitution of Moldova “written” three years later; the Constitution of Slovenia (1991) and the Constitution of

⁴ M. Verdussen, *Introduction*, in: *La Constitution belge: Lignes & entrelignes*, Le Cri édition, Bruxelles 2004, 11-21, 17.

⁵ S. Bartole, “International constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission”, *Associazione Italiana dei Costituzionalisti Rivista* 4/2014, 1.

⁶ M. Prélot, *Političke institucije: Opća teorija političkih institucija*, Zagreb, Politička kultura 2002, 109.

Serbia (2006), the Constitution of Italy (1947) and that of Malta (1964), the Constitution of Croatia (1990) and the Constitution of Montenegro (2007), the constitutions of Iceland (1944) and Denmark (1953) etc.

Another method of internationalizing the constitutional law is the one by which ratified international treaties are, by the express wording of the national constitution, legally obligatory within the domestic normative system, as is the case with Albania (Article 116 Paragraph 1 “b” of the Constitution of 1998), Poland (Article 87 Paragraph 1 of the Constitution of 1997), Portugal (Art. 8 Para. 1 of the Constitution of 1976), and the Russian Federation (Art. 15 Para. 4 of the Constitution of 1993). Similar provisions are contained in the constitutions of various other European countries.⁷ This is particularly the case with the constitutions which imply the immediate implementation to ratified international treaties,⁸ or the widely recognized principles of the international law,⁹ which, in addition, form a fundament of the national foreign policy.¹⁰

With the time “speeding up, promoting a multitude of overlapping challenges to constitutional orders”,¹¹ incorporation of international law in the internal legal order is accomplished primarily through international treaties. In addition, issues that have a direct connection with international law include: asylum and immigration and citizenship, European Union, human rights and fundamental freedoms, as well as international humanitarian law. International law is brought into a constitutional relationship with the delegation of national sovereignty to international organizations, collective security, and the EU law. The “internationalization of constitutional law refers to development international and in certain regions of supranational law that binds states to apply norms related to constitutional matter”.¹²

The ECHR has been accorded the status of the document of the immediate application in the Constitution of Bosnia and Herzegovina (Art. II Para. 1), but is also recognized as the source of law in constitutions of several European countries (Art. 17 Para. 3 of the Constitution of Albania, Art. 5 of the Constitution of Cyprus, Art. 1 Para. 3 of

⁷ Art. 6 Para. 4 of the Constitution of Armenia of 1995, Art. 148 Para. II of the Constitution of Azerbaijan of 1995, Art. 10 of the Constitution of the Czechs of 1992, Art. 28 Para. 2 of the Constitution of Greece of 1975, Art. 138 Para. 3 of the Constitution of Lithuania of 1992, Art. 9 of the Constitution of Montenegro of 2007, Art. 16 Para. 2 and Art. 194 Para. 4 of the Constitution of Serbia of 2006, Art. 96 Para. 1 of the Constitution of Spain of 1978, and Art. 9 Para. 1 of the Constitution of Ukraine of 1996.

⁸ Art. 122 Para. 1 of the Constitution of Albania, Art. 91 Para. 3 of the Constitution of Poland, Art. 8 Para. 3 of the Constitution of Portugal, and Art. 16 Para. 2 of the Constitution of Serbia.

⁹ Art. 3 Para. 1 of the Constitution of Estonia of 1992, Art. 25 of the Constitution of Germany of 1949, Art. 28 Para. 1 of the Constitution of Greece, Art. 8 Para. 1 Sec. 11 of the Constitution of North Macedonia of 1991, Art. 194 Para. 4 of the Constitution of Serbia, and Art. 1 Para. 2 of the Constitution of Slovakia of 1992.

¹⁰ Art. 9 of the Constitution of Armenia, Art. 24 Para. 1 of the Constitution of Bulgaria of 1991, Art. 135 Para. 1 of the Constitution of Lithuania, Art. 15 Para. 1 of the Constitution of Montenegro, Art. 10 of the Constitution of Romania, Art. 16 Para. 1 of the Constitution of Serbia, and Art. 18 of the Constitution of Ukraine.

¹¹ M. Belov, “Three Models for Ordering Constitutional Orders”, *Pravni zapisi* XIII/2 (2022), 361-387, 363.

¹² Simović, 17.

the Constitution of San Marino of 1974). In Sweden, “not one law or any other regulation which would be contrary to the obligations of Sweden towards the [ECHR] can be adopted”, as is stipulated in the Art. 19 of the Chapter 19 of the Instrument of Government, the main constitutional document in the Swedish legal system which does not know a strictly codified constitutional structure. These are some of the features of the internationalization of constitutional law in European countries.

3. Law of the European Union and law of the Council of Europe as a tool for limiting the national constitutional sovereignty

The mere existence of the international law cannot be distinguished from the states’ relinquishment of their sovereign authority. That appears to be a *condition sine qua non* for establishing the community of mutually legally-binding inter-state (i.e. international, continental, or regional) agreements. Although the term *internationalization of the constitutional law* does not have a definite and perfectly understandable meaning,¹³ it is obvious that whenever a constitution gives the full legal effect to the provisions of a ratified international treaty, it leaves a vast space for the constitutional matter to be filled by an international – not *national* – legal document.

Although it is logical that “when two constitutions say the same thing, they do not mean the same thing”,¹⁴ certain influences in the field of constitutional law are made by international legal documents. Thus, it appears that proper “international constitutional law” as well as of the “international constitutionalism”¹⁵ is slowly taking place. In addition, it is quite probable that “the future” belongs “to a constitutional geometry of power”, composed “not of exclusive jurisdictions but rather of webs, networks and a range of spheres”.¹⁶ This is particularly the case with the international human rights law and international humanitarian law, as the “sources of interpretation of the scope and limitations of constitutional rights”, by the means of “providing sound criteria for the identification of constitutional rights which are not expressly included within the actual text of the Constitution”.¹⁷ However, because “any given constitution does not set up a normative *universum* anymore but is, rather, an element in a normative *pluriversum*”,¹⁸ “the trend globalization of constitutional law is not new”, and, hence, “ever since the adoption of the first written documents constitution, established institutional

¹³ *Ibid*, 15.

¹⁴ P. Häberle, Peter, *Ustavna država*, Zagreb, Politička kultura 2002, 233.

¹⁵ Bartole, 3.

¹⁶ Below, 381.

¹⁷ M. J. Cepeda, “The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 2008, 61-77, 64-65.

¹⁸ A. von Bogdandy, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 6(3-4) (2008), 397-413, 401.

arrangements served as a model models for states that were yet to undergo the process of constitutionalization.”¹⁹ The process of internationalization of constitutional law has been spread throughout the world by the means of imitating the national constitutional law of the colonizer,²⁰ enriching at the same time the “globalisation of the constitutional culture”.²¹

Various European states integrate particular provisions of the supranational documents in their constitutions. Because there is no space for any type of selection of provisions of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), they are mainly incorporated in the constitutional documents of particular European states. The same is applicable to certain provisions of the Treaty of the European Union, although indirectly. The Treaty of Maastricht, “which is probably the most important constitutional change of a generation”,²² found its way in the constitutional documents of some European states, whether member-states of the EU, or not. The increase in mutual constitutional “borrowings” between European countries obviously manifest the reducing capacities of the national constitution-making.

The tendency to make the association into the EU a constitutional matter contains several elements. One refers to the issue of European unification at the level of principles, as an aim and political tendency of the creators of the constitution, the other to the transfer of powers from the sphere of state affairs to the EU, while the third implies the role and distribution of powers of public authorities in the process of shaping the policy of the EU and its implementation. However, fulfillment of these values represents the legitimacy basis for the transfer of state powers to the European Union.

The role of European Court of Justice (ECJ) and of the European Court of Human Rights (ECtHR) cannot be dismissed in the regard of enriching texts of the constitutions of European countries,²³ because “the immediate impact of its decisions, in the case of a conviction of a state for violating fundamental freedoms and rights, consists in pointing out the weaknesses of national law”, particularly by the means of national courts adopting decisions by which basic rights guaranteed by the ECHR are reaffirmed.²⁴ The role of the ECtHR is particularly important because this court and the ECJ are “in fact functioning as humanitarian sovereigns, taking sovereign decisions related to human rights without real democratic empowerment”.²⁵ The unique nature of the ECHR as a legal document “lies in the objective character of human rights, which has the effect of overcoming state interests and establishing common solidarity both in terms of the

¹⁹ Simović, 17.

²⁰ *Ibid*, 17.

²¹ M. Verdussen, *Introduction*, in: *La Constitution belge : Lignes & entrelignes*, Le Cri édition, Bruxelles 2004, 11-21, 17.

²² A. Adonis, *Parlament danas*, Unireks, Podgorica 1996, 19.

²³ Bartole, 2.

²⁴ G. P. Ilić, M. Marković, “Doprinos Ustavnog suda Srbije vladavini prava”, in: *Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava*, Miločer 2015, 59-72, 61.

²⁵ Belov, 377.

enjoyment of rights and in terms of their exercise”,²⁶ no matter the sovereignty is constitutionally defined as “inalienable”,²⁷ “non-transferrable”,²⁸ “indivisible”,²⁹ “unlimited in time”,³⁰ and “the foundation of the government”.³¹

The process of “Europeanization” of the constitutional law has gained a particularly strong impact in the second half of the 20th century, leading to “the formation of the international constitutionalism by supporting the adoption of the constitutional legislation in the new democracies”.³² A truly composite, new, normative order has been created in the context within which “the EU, despite its nature as the first well-developed form of supranational constitutionalism and thus of constitutionalism beyond statehood”.³³ In the decision adopted in the case of *Loizidou v. Turkey* (1995), the ECtHR “emphasized that the ECHR is a “constitutional instrument of the European public order”.³⁴ In addition, there is a strong argument that lies behind the suggestion that the *Constitution* for the European Union of 2007³⁵ “tested our traditional notion that only nation-states could write Constitutions”,³⁶ particularly because “the making of the European Constitutional Treaty for the first time disconnected the relationship between constitutions and nations”, in the sense that “a constitution now can be made upon something other than a nation”.³⁷ Also, European constitutional heritage is particularly developed by the means of the opinions delivered by the Venice Commission.³⁸

The constitutional enforcement of human rights and fundamental freedoms is reinforced by the process of the internationalization of human rights. The prevailing model is the implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, but, as well, of the regional documents protecting human rights, such as the ECHR.³⁹

In the desire to ensure the most complete protection of basic rights and freedoms, authors of the constitutions invoke specific international legal acts as sources of human rights law. The first such source is the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly. According to the words of four constitutions

²⁶ Ilić, Marković, 60.

²⁷ Art 1 Para. 2 of the Constitution of Estonia, Art. 1 of the Constitution of North Macedonia, Art 2. Para. 1 of the Constitution of Croatia.

²⁸ Art. 1 of the Constitution of North Macedonia, Art 2. Para. 1 of the Constitution of Croatia.

²⁹ Art. 1 of the Constitution of North Macedonia, Art 2. Para. 1 of the Constitution of Croatia, Art. 3 Para. 1 of the Constitution of Portugal.

³⁰ Art. 1 Para. 2 of the Constitution of Estonia.

³¹ Art. 1 Para. 2 of the Constitution of Greece.

³² Bartole, 5.

³³ Belov, 383.

³⁴ Ilić, Marković, 70.

³⁵ Underlined by the author of this paper.

³⁶ Yeh, Chang, 89.

³⁷ *Ibid.* 101-102.

³⁸ Simović, 19.

³⁹ Ilić, Marković, 59.

in Europe, it is recognized as an auxiliary tool for the interpretation of constitutional provisions on fundamental rights, and according to the fifth - it also has a binding legal effect. Thus, "constitutional provisions on human rights and freedoms are interpreted and applied in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and other conventions and treaties to which the Republic of Moldova is a party" (Art. 4 Para. 1 of the Constitution of Moldova). Likewise, "constitutional orders relating to fundamental rights must be interpreted and implemented in accordance with the Universal Declaration of Human Rights" (Art. 16 Para. 2 of the Constitution of Portugal). In Romania, "constitutional provisions related to the rights and freedoms of citizens are interpreted and applied in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, as well as conventions and treaties to which Romania is a signatory" (Art. 20 Para. 1), while in the Constitution of Spain "the provisions relating to the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution are interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and with international treaties on the same issues that Spain has ratified" (Art. 10 Para. 2). Finally, and most *explicitly*, "the Universal Declaration of Human Rights is binding on Andorra" (Art. 5 of the Constitution of Andorra).

4. Conclusion

Constitutional identity cannot easily be defined without recursing to international sources of legal authority. A new type of constitution-making has been taking place. However, for this process to succeed, it is in the best interest of its creators to manifest the will to respect the proper boundaries of the constitutional regulation and that of the dignity of the constitution.

The pace of globalization of constitutional law represents a tendency which cannot be put aside, but, still, national constitutions remain a gravity centre when it comes to the assessment of the very core of the constitutional matter. Constitutional cross-border exchange is welcome when it does not confront the liberty of the constitution-writers to determine the scope of their intervention, and it cannot be reasonably argued that much of the text of ECHR should be contained in any constitution. This does not mean that constitutional acculturation between various models of governments is inappropriate, but only that dignity of the constitution *in theory* prevails the highest national legal act from intrusions suggested by the solutions contained in the authoritative international documents. Modern constitutional theory is rich in notices of comparative law, but that does not mean that constitution-makers need to follow one another in the game of "rewriting" the solutions already put in place somewhere else, for this confronts most directly the integrity of the national constitutional law.

The strict separation between international law (or, as for that matters, EU law) and national constitutional law has been reduced, as the state-centered constitutionalism has shown that there should be no ill-will between the constitution-making process and the recognized and strongly enforced regional (international) legal standards.

However, a certain re-mapping of the constitution-making needs to represent a synergy between the two, and not the domination of the one (the international part of the puzzle). In the horizon of the comparative constitutional developments a benefit should arise for all the actors involved if a particular space could be enabled for authentic constitution-making, which would deliver a very special sort of contribution to the theory and practice of comparative constitutional law.

References

- Adonis, A. *Parlament danas*, Podgorica, Unireks, 1996.
- Bartole, S. "International constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission", *Associazione Italiana dei Costituzionalisti Rivista* 4/2014.
- Belov, M. "Three Models for Ordering Constitutional Orders", *Pravni zapisi*, XIII/2, 2022.
- Cepeda, M. J. "The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case", *Verfassung und Recht in Übersee*, 2008, 61-77.
- Häberle, P. Peter, *Ustavna država*, Zagreb, Politička kultura, 2002.
- Ilić, P. G., Marković, M. "Doprinos Ustavnog suda Srbije vladavini prava", in: *Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava*, Miločer, 2015.
- Prélot, M. *Političke institucije: Opća teorija političkih institucija*, Zagreb, Politička kultura, 2002.
- Simović, D. "Internacionalizacija ustavnog prava – primer Republike Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LVII/81, 2018, 15-29.
- Verdussen, M. Introduction, in: *La Constitution belge: Lignes & entrelignes*, *Le Cri édition*, Bruxelles, 2004, 11-21.
- Von Bogdandy, A. "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law", *International Journal of Constitutional Law* 6(3-4), 2008, 397-413.
- Yeh, R. Chang, W. C. "The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions", *Pennsylvania State International Law Review*, Vol 27, 2008, 89-124.

DECLINAZIONI DI SOVRANITÀ STATALE NELLA COMUNITÀ GLOBALIZZATA IN MOVIMENTO**

Abstract

‘Sovranità’ è una qualità giuridica dello stato, i cambiamenti della comunità internazionale non incidono quindi sulla sua definizione concettuale, ma sulla sua estensione. La sovranità statale si è ridimensionata dopo il 1945 per l’erosione del dominio riservato e la diffusione crescente di fattori di crisi, che impongono un impegno negoziale costante come metodo prioritario di svolgimento delle relazioni internazionali, non più utilizzato solo all’inasprimento di possibili tensioni. La situazione attuale, stridente, evidenzia una sovranità statale che vuole essere tantopiù protagonista imperiosa quanto più numerosi sono i fattori che la limitano. L’esperienza del XXI secolo e la proliferazione di istanze di disgregazione per gli equilibri già incerti e instabili nella comunità internazionale, sembrano confermare che l’evoluzione della dimensione negoziale della sovranità statale appare come la più efficace nella prevenzione delle crisi e che l’esercizio unilaterale della potestà d’imperio non produce, in epoca contemporanea, quell’impatto risolutivo del disegno politico statale che aveva in passato, mentre aumentano ovunque le disuguaglianze.

Parole chiave: *sovranità, globalizzazione, conflitti, multilateralismo, volontà negoziale*

* PhD, Docente di diritto internazionale, Università di Catania, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali.
E-mail: daniela.fisichella@unict.it

** Il presente lavoro è stato presentato al Convegno From National Sovereignty to Negotiation Sovereignty – “Days of Law Rolando Quadri”, organizzato dall’Istituto di diritto comparato di Belgrado e l’Università “Niccolò Cusano” di Roma, svolto online via Zoom il 14 giugno 2024.

Questo lavoro si inserisce nel quadro di finanziamento del programma di ricerca dell’Ateneo di Catania 2020-2022 linea 2 (PIACERI), progetto GECO_ACT.

DEKLINACIJE DRŽAVNOG SUVERENITETA U GLOBALIZOVANOJ ZAJEDNICI U POKRETU

Apstrakt

“Suverenitet” je pravni kvalitet države, stoga promene u međunarodnoj zajednici ne utiču na njeno pojmovno određenje, već na proširenje. Državni suverenitet je smanjen nakon 1945. godine usled erozije rezervisanog dominiona i rastuće difuzije kriznih faktora, koji nameću stalnu pregovaračku posvećenost kao prioritetni metod ostvarivanja međunarodnih odnosa, koji se više ne koristi samo za zaoštavanje mogućih tenzija. Trenutna situacija naglašava državni suverenitet koji želi da bude još moćniji protagonista što su brojniji faktori koji ga ograničavaju. Iskustvo 21. veka i umnožavanje slučajeva raspada usled ionako neizvesne i nestabilne ravnoteže u međunarodnoj zajednici, čini se, potvrđuje da se evolucija pregovaračke dimenzije državnog suvereniteta čini najefikasnijom u sprečavanju kriza i da primena jednostrane moći imperije ne proizvodi, u savremeno doba, odlučujući uticaj državnog političkog plana koji je imala u prošlosti, dok se nejednakosti svuda povećavaju.

Ključne reči: *suverenitet, globalizacija, sukobi, multilateralizam, spremnost na pregovore*

1.

Dalla dimensione globale della comunità internazionale contemporanea scaturisce una riflessione sulla sovranità statale che prova a comprenderne la relazione con l'elevato grado di conflittualità, oggi particolarmente evidente.¹ Il divieto del ricorso all'uso della forza, *ex art. 2, par. 4* della Carta delle Nazioni Unite, poi confluito in un principio di *jus cogens*, si è tradotto, dal 1945 in poi, nell'illegittimità di azioni statali aggressive verso un altro stato o elementi costitutivi di esso. La messa al bando dell'uso della forza nei rapporti inter-statali nel tempo ha decentralizzato i conflitti, localizzandoli perlopiù al di fuori del mondo occidentale e soprattutto dell'Europa dalla fine della Seconda guerra mondiale. In Occidente, la tensione bipolare tra USA e URSS, che ha animato la guerra fredda fino alla caduta del muro di Berlino del 9 novembre 1989, ha alimentato relazioni internazionali piuttosto ordinate poiché riconducibili a uno dei due blocchi politici, in quanto ciascuna delle due superpotenze operava come garante di un ordine mondiale avallato dall'Organizzazione delle Nazioni Unite,² in particolare dal Consiglio di Sicurezza, organo preposto al mantenimento della pace internazionale o al ripristino di essa. Non va poi sottovalutata la circostanza che, al momento della costituzione dell'ONU, non esistevano ancora molti stati che avrebbero conseguito l'indipendenza solo in seguito, contribuendo a mutare molto, in breve tempo e a più ondate la morfologia della comunità internazionale. Dal 1945 al 1989, la *sovranità nazionale* conserva alcuni aspetti tradizionali, espressi ad esempio nei rapporti coloniali mantenuti fino all'avvio del processo di decolonizzazione. L'aspetto tipicamente *negoziale* della sovranità si manifesta invece con la vocazione alla cooperazione internazionale, sia nella forma di stipulazione di trattati multilaterali, sia nell'istituzione delle organizzazioni internazionali, oggi molto numerose. Occorre ora chiedersi se, a fronte di un'accesa conflittualità nella comunità internazionale post-1945, le organizzazioni internazionali abbiano funzionato come deceleratori delle tensioni internazionali, essendo esse espressione versatile di collaborazione tra stati. Il tema della sovranità statale si sviluppa intorno al rapporto tra diritto e politica in cui, come noto, il primo cerca di orientare la seconda, ma l'effettività delle

¹ Di seguito una selezione bibliografica sulla sovranità statale: C. Ansell *et al.*, *Robust Governance in Turbulent Times*, Cambridge University Press UK, 2024; S. Patrick, *Rules of Order: Assessing the State of Global Governance*, Carnegie Endowment for International Peace (CEIP) Publ. Dept. Washington DC, 2023; B. Fassbender, "Are the EU Member States Still Sovereign States? The Perspective of International Law", *European Papers*, 8(3)/2023, 1629-1643; I. Mardanov, "Issues of EU Member Nations Shared Sovereignty, Institutions and Economic Development", *Economies*, 11/2023, 128; C. Bickerton *et al.*, "Conflicts of sovereignty in contemporary Europe", *Comparative European Politics*, 20(3)/2022, 257-274; AA.VV., "Special Issue: Sovereignty in Europe: foundational, institutional, and territorial conflicts", *Comparative European Politics*, 20(3)/2022; S. Gürkan, N. Brack, "Understanding and explaining the European Union in a crisis context: concluding reflections", in: *Theorizing the crises of the European Union* (ed. Nathalie Brack, Seda Gürkan), Taylor and Francis UK, 2021, 246-262; R. Bifulco, A. Nato, *The concept of sovereignty in the EU – past, present and the future*, Luiss Rome, 2020; D. Herzog, *Sovereignty, RIP*, Yale University Press New Haven and London, 2020: l'A. ha una posizione molto critica verso la nozione classica di sovranità, che preferisce sostituire con le categorie concettuali di stato, giurisdizione, autorità; J. E. Núñez, *Sovereignty Conflicts and International Law and Politics – A Distributive Justice Issue*, Routledge London, 2019.

² D'ora in poi ONU.

relazioni internazionali fa prevalere la seconda sul primo. Rispetto anche solo all'inizio del XXI secolo, le istanze di cambiamento sono in accelerazione costante e ciò rende ancora più impellente l'esigenza d'impedire alla politica di scardinare il diritto, facendo precipitare la comunità internazionale in una situazione di allarmante imprevedibilità delle cause che maggiormente ne intaccano gli equilibri. L'ordinamento giuridico internazionale riconosce l'eguaglianza formale tra stati e, quale che sia la distribuzione dei poteri all'interno del singolo stato, essa appare irrilevante per il diritto internazionale – tranne che per la relazione tra elementi costitutivi dello stato e dominio riservato – se la sovranità è considerata dall'esterno dello stato stesso, mentre riveste un significato primario se l'analisi dell'esercizio di sovranità è di natura politica.³

A livello internazionale, la politica incide vigorosamente sulla tenuta del diritto, anche all'interno di espressioni importanti di cooperazione internazionale come, ad esempio, l'Unione europea:⁴ della quale è apprezzabile l'aspetto del bilanciamento interistituzionale, che è meccanismo di rappresentanza di interessi diversi e contrastanti. Senza soffermarsi qui su possibili ambizioni di integrazione per politiche di grande rilevanza strategica per gli stati membri, l'Unione europea è un fenomeno istituzionale in cui le opposizioni nazionali si scontrano inevitabilmente, poiché è arduo il dialogo tra ventisette stati e l'impegno negoziale di ogni sovranità esprime uno sforzo costante, ma è evidente come la necessità di collaborare – se si vuole rimanere a far parte del progetto europeo – sia largamente più vantaggiosa del ritorno all'unilateralismo statale.⁵ Gli interrogativi sull'eventuale intangibilità della sovranità statale andrebbero comunque collocati, oltre che nello spazio di interazione tra *diritto e politica*, nel contesto più ampio della lotta alle diseguaglianze e della redistribuzione di risorse e ricchezza.

Con riferimento alla sovranità statale, sembra possibile riconoscere come essa sia ancora oggi intatta, e non potrebbe essere diversamente. La sovranità non può essere ceduta, non è frazionabile, non è “liquida” ed essa può essere intesa solo come un concetto unitario che, nonostante tale indivisibilità intrinseca, risente delle mutazioni storiche.⁶ La complessità della comunità internazionale del XXI secolo fa sì che la sovranità statale incontri oggi molti più limiti che nel secolo scorso e soprattutto dalla conclusione della Seconda guerra mondiale, quando il diritto internazionale classico è arrivato al capolinea e si è fatto strada un cambio di paradigma, che si estende ai giorni nostri e che alimenta un ordinamento giuridico internazionale ricco e variegato, al quale si aggiungono vari sistemi giuridici regionali tutt'altro che secondari – anche fuori dall'Europa.

³ L'art. 1 della Costituzione italiana dichiara, al par. 2, che “La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Lo stato detiene quindi l'esercizio istituzionale della sovranità, il contenuto della quale riposa simbolicamente sul popolo, che la esprime attraverso le funzioni istituzionali dei propri rappresentanti, scelti con processi democratici regolati dalla Costituzione. Parimenti, altre norme costituzionali (artt. 10, 11, 117) codificano l'approccio sistemico della Costituzione repubblicana nell'adempimento degli obblighi internazionali e nella distribuzione di poteri tra Stato e Regioni.

⁴ D'ora in poi UE.

⁵ La Brexit è solo un esempio noto dei problemi in cui uno stato si imbatte quando animato dalla volontà precipitosa di liberarsi dai vincoli dell'UE.

⁶ In senso contrario, D. Herzog.

2.

La sovranità statale letta con il filtro del diritto internazionale contemporaneo può rivestire una dimensione “funzionale” nella fisionomia odierna della comunità internazionale, che conosce attori prima sconosciuti, al di là che si intenda qualificarli o no come soggetti giuridici dell’ordinamento internazionale. Così i movimenti terroristici, le organizzazioni non governative, le imprese multinazionali (soprattutto le c.d. *trans-national corporations*). Persino le organizzazioni internazionali, a composizione intergovernativa, la quasi totalità delle quali è stata creata dopo il 1945, appaiono oggi come un fenomeno ridimensionato rispetto alle ricadute sulle limitazioni di sovranità dei loro stati membri. Sembra infatti di poter affermare che i comportamenti internazionali legittimi dello stato non siano più così dirimpenti come una volta, che la sovranità statale sia come un’arma spuntata, con l’eccezione sempre confermata del ricorso all’uso della forza, un fatto illecito per il diritto al di fuori dell’ipotesi di legittima difesa. Limitata progressivamente nel tempo e da più settori in espansione, che hanno contratto la portata del dominio riservato, la sovranità statale post-1945 si è espressa soprattutto, a livello internazionale, con la scelta di moltiplicare le intese negoziali. Tale attitudine si è sviluppata su considerazioni di efficacia, poiché era evidente l’impraticabilità della guerra e in generale di atti di aggressione come strategia politica. Non tanto l’illiceità della condotta aggressiva, quanto il suo potenziale dannoso elevato ed esteso, hanno spinto gli stati ad esibire una sovranità più incline a sperimentare compromessi. Si è così sviluppato un fascio smisurato di accordi internazionali, che nella loro varietà più composita ha creato forme di cooperazione più o meno strutturata. Il divieto assoluto dell’uso della forza per scongiurare un nuovo e rovinoso conflitto bellico, con la legittima difesa individuale e collettiva come unica eccezione, unitamente al desiderio e al bisogno di ricostruire i rapporti internazionali dopo l’azzeramento prodotto dalla guerra, hanno spinto gli stati verso una cooperazione internazionale sconosciuta in precedenza. Integrità e interezza della sovranità si esprimono allora, come in passato ma più diffusamente e decisamente di prima, con la disponibilità a concertare intese. La sovranità nazionale che si apre a uno scenario in cui è più conveniente allentare le frizioni che possono degenerare in conflitti, è una sovranità che partecipa al cambiamento di cui diventa matrice, forse suo malgrado. Sembra lecito ipotizzare che senza una tragedia come la Seconda guerra mondiale, gli stati non sarebbero stati disposti a declinare la propria sovranità in una misura meno conflittuale e più favorevole, almeno in astratto, alla definizione di nuove modalità di equilibrio nella comunità internazionale. Basta forse l’esempio della Grande guerra, che evidentemente non era stata sufficiente a sospingere verso soluzioni di pace gli stati che ad essa avevano partecipato: alla fine degli anni Trenta gli stati non erano ancora maturi per mettere in comune interessi condivisi e provare a scongiurare un nuovo confronto bellico mondiale. La sovranità nazionale di quel tempo storico non era ancora pronta ad accettare una lettura diversa della propria portata.

Quale che sia la posizione assunta in un’analisi della sovranità statale contemporanea, nessun obbligo può essere imposto allo stato senza la sua volontà. Di conseguenza, se

lo stato si apre alle intese lo fa con la consapevolezza che adottare un comportamento differente e in contrasto con una volontà condivisa rappresenta il male minore, almeno in un'ottica economica quanto politica di costi e benefici. Sembra di poter affermare che la sovranità nazionale è anche sempre una sovranità negoziale e che, se si cerca di ravvisare un cambio di paradigma tra i due aspetti, *nazionale e negoziale*, questo tentativo appare efficace in una dimensione quantitativa più che qualitativa. Ovvero, lo stato può sempre avanzare rivendicazioni territoriali, e non mancano esempi nella seconda metà del XX secolo, che hanno determinato interventi militari volti a reprimere azioni di sopraffazione. L'uso della forza è una prerogativa intrinseca al concetto classico di sovranità, che può riproporsi in qualsiasi momento, anche se nella forma di violazione, più o meno massiccia, del divieto del ricorso alla forza. Il quesito da porsi sembra però il seguente: "Nella comunità internazionale globalizzata, qual è l'efficacia della sovranità nazionale tradizionale?". La dimensione globale dissemina le conseguenze di ogni evento in qualsiasi parte del globo, producendo conseguenze differenziate in capo ai destinatari. Posto che gli attori contemporanei sono aumentati e presentano caratteristiche radicalmente diverse rispetto ai soggetti dotati di personalità giuridica già riconosciuti dall'ordinamento internazionale, e posto che nessun fattore economico, politico, sociale rimane più confinato all'ambito nazionale, ma risente delle interazioni numerose e continue a livello sovranazionale in quanto globale, una sovranità disposta a negoziare e quindi ad autolimitarsi rappresenta un fattore di pacificazione. Ciò sembra tantopiù confermato dalla rinascita forte dei nazionalismi in molti paesi, che mette in pericolo i governi democratici, osservanti delle tutele dei diritti umani fondamentali, costruiti tanto faticosamente dal secondo dopoguerra in poi.

3.

In tale contesto, che ha conosciuto una parabola crescente dal 1945 al 1989, nella prospettiva specifica degli equilibri mondiali bipolari tra Stati Uniti ed ex Unione Sovietica, è maturato un diritto internazionale all'avanguardia, almeno tra le democrazie occidentali. Sul piano numerico, in quegli stessi anni si sono formati stati di nuova indipendenza grazie al processo di decolonizzazione, dopo il quale è aumentato il numero degli stati, ma anche le diseguaglianze sostanziali. I poteri effettivi propri della sovranità apparivano, in questi nuovi stati, annacquati dalla debolezza politica ed economica – malgrado la frequente abbondanza di materie prime – dall'inesperienza nell'esercizio dell'autogoverno, dalle fratture sociali, etniche, religiose e culturali. La sovranità negoziale di questi paesi privi o carenti degli strumenti propri dell'esercizio di sovranità si manifestò soprattutto nell'adesione alle organizzazioni internazionali: non solo l'ONU, ma anche gli enti intergovernativi regionali, che erano e sono tuttora in grado di esprimere in modo compatto la voce dei paesi maggiormente colpiti da instabilità e crisi di varia natura.

Dalla fine della Seconda guerra mondiale il divieto dell'uso della forza presenta un valore formale indiscusso, ma poco sorretto dalla realtà dei fatti. Mentre proliferano attività, anche massicce, d'interferenza negli affari interni di altri stati, tantopiù a causa della

debolezza di quest'ultimi, gli stati accentuano l'estroversione della sovranità nella sfera commerciale, finanziaria, economica. L'Organizzazione Mondiale del Commercio, istituita nel 1994 con l'Accordo di Marrakech, dà espressione anche politica all'enfasi che in quel periodo la comunità internazionale attribuiva a questo tipo di cooperazione, tanto da decidersi di superare il General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) che, istituito nel 1947, era stato applicato fino ad allora come accordo provvisorio per liberalizzare gli scambi multilaterali nel commercio mondiale. La fine della guerra fredda e del bipolarismo USA-URSS, unitamente alla dissoluzione dell'ex Unione Sovietica e della ex Jugoslavia, hanno provveduto a ridisegnare la comunità internazionale, composta da stati di nuova indipendenza e da nuove sovranità che non soltanto rivendicavano l'autonomia delle proprie decisioni ma, pur avendo il contenuto inevitabilmente identico *de jure* alla sovranità di ogni stato preesistente, si affacciavano repentinamente a relazioni internazionali alle quali non avevano potuto partecipare in precedenza e che nel frattempo si stavano globalizzando, riducendo così l'efficacia del bi-trilateralismo e aumentando notevolmente il peso del multilateralismo e del *decision-making* ad ampio spettro. In questa prospettiva, la *sovranità negoziale* trova spazio ed espressione, in un contesto in cui progrediscono sensibilità, attenzione e quindi regolamentazione giuridica dei diritti umani fondamentali, dello stato di diritto e dei suoi valori democratici, della valorizzazione della persona umana. L'Europa fa da apripista su questi temi, rispetto ai quali la tradizionale *sovranità nazionale* cede il passo a quella *negoziale* e in tal senso l'evoluzione storica degli anni Novanta per la Comunità Economica Europea verso l'UE intende enfatizzare l'aspetto negoziale della sovranità in tutti i settori contemplati dai trattati istitutivi. Nessuna modifica di essi che abbia ad effetto la riduzione della sovranità degli stati membri è stata realizzata al di fuori dell'unanimità dei consensi. La sovranità negoziale riveste quindi i tratti della consapevolezza dei benefici che derivano da un'autolimitazione dei poteri di sovranità. Tali vantaggi non investono solo la dimensione pubblica dello stato, ma status e condizioni individuali che, se nell'UE ricevono attenzione sistematica e tutela giuridica molto raffinate, si propagano in misura variabile in tutti i contesti regionali e promuovono anche in Europa un impatto notevole su molti territori che fino a quel momento erano parte dell'URSS o della Jugoslavia.⁷ L'emersione di nuovi paesi protagonisti nel commercio internazionale, come la Cina, faceva mutare la cifra delle alleanze e si consolidava l'egemonia degli USA come unica super potenza incontrastata.

Intanto, però, una forte spinta all'indietro, verso un ritorno all'unilateralismo. Potremmo dire che la sovranità statale è più integra se riduce lo spazio al multilateralismo, per affermare se stessa con risolutezza attraverso comportamenti che tradizionalmente la esprimono con perentorietà? Sembra inopportuna tale considerazione, poiché la sovranità esprime i poteri statali, a prescindere dal rapporto politico tra governanti e governati, qui considerato irrilevante. Dunque, lo stato intraprende le azioni che ritiene adeguate alle proprie scelte di politica estera e internazionale e, almeno in astratto, conformemente agli obblighi internazionali assunti. Uno stato che esprima la propria sovranità in modo

⁷ Si veda ad esempio *Ten Years of ODIHR: Working for Human Rights and Democracy (1991-2001)*, 2 September 2001, <https://www.osce.org/odihr/elections/20457>.

appropriato rispetto al contesto internazionale è uno stato che mostra consapevolezza della circostanza che le “regole del gioco” siano mutate, soprattutto dopo gli attacchi terroristici agli USA dell’11 settembre 2001, che hanno fatto esplodere un ritorno all’unilateralismo statale mentre aumentava il livello della tensione internazionale, peraltro in uno scenario di immobilismo del Consiglio di Sicurezza dell’ONU. Si sono sviluppate da quel momento varie nuove tendenze eversive rispetto ad un possibile ordine internazionale: è cresciuto rapidamente e a dismisura il terrorismo internazionale, attuato con forme ibride di minacce (*hybrid threats*), difficilmente individuabili e prevedibili, rese possibili dall’avanzamento della tecnologia; hanno cominciato a diffondersi gli attacchi informatici (*cyberattacks*), con potenzialità devastanti; l’economia digitale rivoluziona i comportamenti individuali, riducendo nell’immediato la capacità di controllo statale su di essi. Senza soffermarsi su coloro che sostengono le teorie economiche del libero mercato e l’applicazione del principio di *laissez faire* (la mano invisibile di Adam Smith nel XVIII secolo); coloro che avversano l’intervento statale sul mercato, rilevandone soprattutto gli effetti restrittivi verso le libertà individuali (il neoliberalismo del Novecento di Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises); coloro che prefigurano un’economia sociale di mercato, ammettendo l’intervento statale solo quando il mercato, lasciato libero, non assicuri spontaneamente la funzione sociale dell’economia (John Rawls nella seconda metà del Novecento); e senza assecondare apertamente la posizione critica di Noam Chomsky verso gli effetti perniciosi del neoliberalismo e l’accentuazione delle diseguaglianze in globalizzazione. Dunque, senza neanche tentare l’individuazione di un modello economico nazionale adeguato a un’epoca in cui le interazioni tra stati sono particolarmente fluide e ridefinibili più rapidamente che in passato, sembra invece opportuno notare che la dimensione classica della sovranità appare desueta e inadatta a fronteggiare le sfide globali. Anche l’ONU sta promuovendo sensibilmente la percezione delle “global issues” come questioni che oltrepassano le frontiere nazionali e che non possono essere affrontate da nessuno stato singolarmente considerato.⁸ Inoltre, per l’ONU è evidente che adottare un approccio di misura inferiore alla taglia globale determina un inasprimento dei problemi già esistenti e delle questioni aperte.

4.

Negli anni Duemila, in poco tempo si sono susseguite crisi di origine diversa, ma sempre molto destabilizzanti per l’intera comunità internazionale. Lo stato, nell’esercizio della sua funzione pubblica, opera scelte per le quali deve eventualmente – in base alla forma di governo esistente – rendere conto ai governati. La dimensione esterna della sovranità può essere valutata invece con un parametro di adeguatezza rispetto alla situazione internazionale con la quale lo stato si confronta. Il ritorno all’unilateralismo statale all’inizio degli anni Duemila ha rivelato crepe profonde nei processi di cooperazione internazionale

⁸ “As the world’s only truly universal global organization, the United Nations has become the foremost forum to address issues that transcend national boundaries and cannot be resolved by any one country acting alone.”: <https://www.un.org/en/global-issues>.

innescati dal 1945. Al manifestarsi di pericoli globali gli stati hanno reagito spesso arroccandosi su posizioni di una sovranità nazionale classica, che poteva essere mantenuta in un contesto molto diverso da quello che la globalizzazione stava edificando. Si presentavano nuove opportunità, in campo economico, commerciale, tecnologico, di aiuto allo sviluppo, ma altrettanti rischi. Se le relazioni globalizzate trascendono i confini nazionali, che diventano superabili tramite nuove modalità relazionali, la dimensione tradizionale della sovranità sembra antiquata, o illegittima, e quella negoziale appare attinente ai nuovi tempi. Le tensioni internazionali del XXI secolo sono sempre meno legate a rivendicazioni territoriali esplicite eppure, in questo terzo decennio, stiamo assistendo in misura allarmante alla ripresa di vecchie modalità di conflitto. Quindi, non più soltanto interferenza negli affari interni di altri stati in forme diverse, quali ad esempio l'aiuto allo sviluppo o gli interventi umanitari, mascherati da R2P, ma dichiarazioni aperte di conquiste territoriali. La comunità internazionale globalizzata appare ora come un teatro di scontri molteplici e su diversi campi: non soltanto le intese economiche e commerciali, che non coinvolgono più solo gli stati, ma anche potenti attori privati, l'operato dei quali condiziona le politiche statali. Non soltanto la penetrazione più o meno scoperta, nelle vicende degli stati del continente africano, di alcuni paesi soprattutto, come Cina, Russia e Turchia.⁹ Dopo la crisi finanziaria ed economica scaturita nel 2007 negli Stati Uniti dall'esplosione della bolla dei mutui *subprime* e che si è diffusa nell'intera comunità internazionale con un impatto disomogeneo; dopo la stabilizzazione dei flussi migratori, che si susseguono con regolarità soprattutto attraverso il continente africano e particolarmente lungo le coste dell'Africa occidentale, per raggiungere l'Europa attraverso il Mediterraneo: movimenti migratori che i paesi europei continuano a gestire mantenendo una situazione di allerta e di emergenza, dunque di eccezionalità, malgrado essi siano perlopiù prevedibili;¹⁰ dopo la crisi, nell'Unione europea, del debito sovrano europeo per alcuni anni dal 2010; dopo varie calamità naturali e disastri sul pianeta, degrado ambientale, cambiamento climatico, penuria crescente di risorse produttive ma anche ambientali, dopo il proliferare di conflitti interni e talvolta internazionali, ma al di fuori dell'Europa, alcuni eventi recenti e consecutivi, drammatici e rovinosi, hanno riportato prepotentemente alla ribalta il concetto di sovranità statale, attraverso i poteri d'imperio da essa presupposti. La crisi sanitaria, dilagata a inizio 2020, ha paralizzato il pianeta con la pandemia da Covid-19 e messo alle strette l'intera comunità internazionale perché l'emergenza sanitaria ha prodotto reazioni politiche diverse, proprio in base alle declinazioni delle sovranità nazionali. L'UE si è subito messa in moto tramite la Commissione europea per varare misure organizzative di contrasto alla pandemia, sia per il contenimento della diffusione virale che per l'accesso alle forniture dei dispositivi medici necessari alla prevenzione del contagio e alla somministrazione delle terapie. A seguire, il 17 giugno

⁹ D. Affinito, M. Gabanelli, "L'Europa perde influenza in Africa dopo gli ultimi colpi di stato. Russia, Cina e Turchia si prendono il continente", *Il Corriere della Sera*, Dataroom, 10 aprile 2024.

¹⁰ Si vedano <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/western-routes/>, <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/migration-flows-to-europe/>, https://www.esteri.it/it/politica-estera-e-cooperazione-allo-sviluppo/politica_europea/dossier/migrazioni/, ultimo accesso 9 agosto 2024. L'Italia resta il paese verso cui confluisce, come punto di arrivo in Europa, la maggior parte di migranti provenienti sia dalla rotta verso il Mediterraneo sia dalla rotta balcanica.

2020, la Commissione ha presentato una Strategia per i vaccini, all'insegna di un approccio comune europeo e per favorire lo sviluppo, la produzione e la distribuzione dei vaccini contro il virus pandemico, a condizioni di sicurezza ed efficacia dei vaccini e di accesso equo e tempestivo per le popolazioni degli stati membri, individuando prontamente le categorie di vulnerabili, con diritto di priorità.¹¹

L'emergenza sanitaria è stato un vero *choc* mondiale ed ha riacceso con toni polemi- ci il dibattito sull'estensione dei poteri sovrani dello stato e la legittimità delle misure eccezionali adottate, per ragioni di interesse pubblico, a limitazione delle libertà personali. Tralasciando questo profilo, che attiene ai confini domestici della democrazia e al rapporto tra governanti e governati, la pandemia del 2020 ha confermato che i tratti della comunità internazionale del XXI secolo si manifestano a livello globale, con un impatto variabile secondo i territori considerati. Ciò significa che pericoli e rischi globali richiedono, e in qualche modo impongono, soluzioni comuni o almeno in buona parte condivise, per evitare che siano vanificati gli effetti delle scelte operate. Rilevano quindi con evidenza gli aspetti positivi della sovranità negoziale, per la quale gli stati valutano, come sempre, elementi favorevoli e contrari, e si aprono ad una "contrattazione" che, si auspica, ha più probabilità di essere conforme al diritto internazionale di quanto non possa esserlo, in epoca contemporanea, l'esercizio tradizionale della sovranità nazionale. Al tempo stesso, un approccio globale, dettato dalla natura dei problemi contemporanei, non può prescindere da un'azione tempestiva ed efficace sul livello locale. Infatti, e come già rilevato, se le minacce e i rischi sono globali, le conseguenze sono differenziate a livello territoriale e non di rado anche all'interno del singolo stato. Allora, non soltanto una misura ampia di cooperazione multilaterale sembra necessaria, ancor prima che opportuna o auspicabile, ma un coinvolgimento di tutti i soggetti interessati a livello locale dal fenomeno globale. Va in questa direzione l'Agenda ONU 2030,¹² adottata nel 2015 dall'Assemblea generale in sostituzione della più limitata, e tuttavia poco realizzata, Dichiarazione del Millennio del 2000.¹³ Va peraltro notato che l'Agenda 2030 dichiara espressamente e ripetutamente di rivolgersi a tutti, soggetti pubblici e privati, compresi gli individui, e che ciascuno deve partecipare alla realizzazione dell'Agenda 2030 secondo le proprie possibilità e il proprio ruolo nella comunità internazionale. L'Agenda 2030 adotta un approccio olistico e afferma in più punti che "nessuno sarà lasciato indietro" ("no one will be left behind": LNOB) enfatizzando anche, nei numerosi aggiornamenti periodici, come stiano progressivamente aumentando le disegualianze mondiali, sia interstatali che intrastatali, ostacolando così l'attuazione dell'Obiettivo 10 dell'Agenda 2030.

¹¹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_it. V. anche <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/covid19-vaccines-19-2022/it/> e https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans_it, ultimo accesso: 9 agosto 2024.

¹² A/RES/70/1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 21 October 2015, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

¹³ A/RES/55/2, United Nations Millennium Declaration, 18 September 2000, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_55_2.pdf.

5.

Mentre la comunità internazionale provava a riprendersi dal trauma profondo dell'emergenza sanitaria, un nuovo conflitto esplodeva sui confini europei. Il 24 febbraio 2022 la Russia invadeva il territorio dello stato ucraino, rivendicando la propria sovranità sulle regioni di Luhansk, Donetsk, Zaporizhzhya e Kherson. Ecco un esempio di azione tipicamente riconducibile ad una nozione classica di sovranità nazionale, con la quale lo stato afferma se stesso con fermezza e totale noncuranza del diritto internazionale vigente. L'invasione del 2022 era stata preceduta da anni di scontri a partire dal 2014, alimentando un sistema agguerrito di sanzioni dell'UE contro la Russia, progressivamente inasprite dopo l'occupazione dei territori ucraini nel 2022. Con questo conflitto ancora in corso e una campagna di guerra che non accenna a smorzarsi, un'altra ferita sanguinosa è stata procurata violentemente in Medio Oriente il 7 ottobre 2023, con il blitz del movimento estremista palestinese Hamas in Israele, condotto in modo fulmineo con una serie di attacchi armati simultanei volti a sterminare soprattutto i civili. Il rinfocolarsi di conflitti di così grave portata, che provocano il coinvolgimento dell'intera comunità internazionale, non può che rendere ancora più urgente il richiamo ai principi essenziali per la sopravvivenza della comunità di stati e la necessità inderogabile di mantenere alta la vigilanza sulla tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Se durante la pandemia da Covid-19 "prevenzione" era divenuta una parola chiave di proiezione per le decisioni da prendere in futuro, superata la fase di emergenza sanitaria, a maggior ragione appare impellente prevenire le situazioni internazionali che possono degenerare in conflitti di grave portata. Ben venga allora la "shared sovereignty" o "pooled sovereignty", che non solo attiva meccanismi di consenso reciproco e di mutua accettazione, con la rinuncia all'esercizio di alcune funzioni della sovranità, ma che realizza quel pragmatismo al quale il diritto fornisce la veste formale, l'etichetta da affiggere. Questa sovranità "condivisa", espressa in modi che favoriscano la formazione di processi decisionali collettivi, non ci sembra tuttavia particolarmente rivoluzionaria. Essa appare invece come il metodo meno conflittuale per affrontare questioni comuni, che interessano inevitabilmente tutti gli stati della comunità internazionale, per quanto in misura diversa, poiché le relazioni globalizzate permeano tutti i rapporti ed è ancora solo parzialmente comprensibile l'impatto prodotto su di esse dagli attori non statali, poiché in costante evoluzione. Per esercitare un'influenza dominante sulla comunità internazionale, sembra più efficace per lo stato rinunciare all'esercizio delle modalità tradizionali di sovranità e moltiplicare invece gli strumenti negoziali e negoziati di apertura alla partecipazione finalizzata alla decisione.

Bibliografia

- AA.VV. “Special Issue: Sovereignty in Europe: foundational, institutional, and territorial conflicts”, *Comparative European Politics*, 20(3)/2022.
- Affinito, D., Gabanelli, M. “L’Europa perde influenza in Africa dopo gli ultimi colpi di stato. Russia, Cina e Turchia si prendono il continente”, *Il Corriere della Sera*, Dataram, 10 aprile 2024.
- Afonso, A., Alves, J., Monteiro, S. “Beyond borders: Assessing the influence of Geopolitical tensions on sovereign risk dynamics”, *European Journal of Political Economy*, 83, 2024, 1-21.
- Ansell, C. *et al.*, *Robust Governance in Turbulent Times*, Cambridge University Press UK, 2024.
- Baylis, J., Smith, S., Owens, P. (ed.) *The Globalization of World Politics - An Introduction to International Relations*, Oxford University Press, Ninth Edition, 2022.
- Beetz, J. P. “Safeguarding, shifting, splitting or sharing? Conflicting conceptions of popular sovereignty in the EU-polity”, *Journal of European Integration*, 41(7)/2019, 937-953.
- Besson, S. “Sovereignty, International Law and Democracy”, *European Journal of International Law*, 22(2)/2011, 373-387.
- Bickerton, C. *et al.* “Conflicts of sovereignty in contemporary Europe”, *Comparative European Politics*, 20(3)/2022, 257-274.
- Bifulco, R., Nato, A. *The concept of sovereignty in the EU – past, present and the future*, Luiss Rome, 2020.
- Bloor, K. *Understanding Global Politics*, E-International Relations Publishing Bristol UK, 2022.
- Buckley, P. J. “The theory and empirics of the structural reshaping of globalization”, *Journal of International Business Studies*, 51, 2020, 1580-1592.
- Fassbender, B. “Are the EU Member States Still Sovereign States? The Perspective of International Law”, *European Papers*, 8(3)/2023, 1629-1643.
- Feinberg, M. “Sovereignty in the Age of Global Terrorism”, *Brill Nijhoff Law Special*, 91, 2016.
- Freudlsperger, Ch., Maricut-Akbik, A., Migliorati, M. “Opening Pandora’s Box? Joint Sovereignty and the Rise of EU Agencies with Operational Tasks”, *Comparative Political Studies*, 55(12)/2022, 1983-2014.
- Grinin, L. E. “State Sovereignty in the Age of Globalization: Will It Survive?”, in: *Globalistics and Globalization Studies* (ed. Leonid Grinin, Ilya Ilyin, Andrey Korotayev), Volgograd, Uchitel, 2012, 211- 237.
- Gürkan, S., Brack, N. “Understanding and explaining the European Union in a crisis context: concluding reflections”, in: *Theorizing the crises of the European Union* (ed. Nathalie Brack, Seda Gürkan), Taylor and Francis UK, 2021, 246-262.
- Herzog, D. *Sovereignty, RIP*, Yale University Press New Haven and London, 2020.

- Khan, H. U. “An analytical investigation of consequences of terrorism in the Middle East”, *Journal of Economic Criminology*, 4/2024, 1-7.
- Koskeniemi, M. “Enchanted by the Tools? An Enlightenment Perspective”, *American University International Law Review*, 35(3)/2020, 397-426.
- Koskeniemi, M. “Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian ‘Tradition’”, *European Journal of International Law*, 30(1)/2019, 17-52.
- Krasner, S., D. “The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, 25(4)/2004, 1075- 1101.
- Kurtulus, E. “Theories of Sovereignty: An Interdisciplinary Approach”, *Global Society*, 18(4)/2004, 347-371.
- Loh, D. M. H., Heiskanen, J. “Liminal sovereignty practices: Rethinking the inside/outside dichotomy”, *Cooperation and Conflict*, 55(3)/2020, 284-304.
- MacDonald, T. “Sovereignty, democracy, and global political legitimacy”, in: *The Oxford Handbook of International Political Theory* (ed. Chris Brown, Robyn Eckersley), Oxford University Press, 2018, 399-413.
- Mardanov, I. “Issues of EU Member Nations Shared Sovereignty, Institutions and Economic Development”, *Economies*, 11/2023, 128, 1-16.
- Mbengue, M. M., d’Aspremont, J. (ed.) *Crisis Narratives in International Law*, Brill, Nijhoff Law Specials, 104, 2022.
- McShane, T. W. “The State of the State: Redefining Sovereignty in the 21st Century”, *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations*, 9/2004, 183-208.
- Merezhko, O. “The Mystery of the State and Sovereignty in International Law”, *Saint Louis University Law Journal*, 64(1)/2020, 23-58.
- Mohamoud, M. O. H. “Globalisation: A Phenomenon of Cultural Dominance”, *International Journal of Thesis Projects and Dissertations*, 9(2)/2021, 1-9.
- Muszyński, M. “Depreciation of State Sovereignty at the Turn of the 21st Century”, in: *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power* (ed. Rainer Arnold, José Ignacio Martínez-Estay), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, 61, 2017, Springer Cham Switzerland.
- Núñez, J. E. *Sovereignty Conflicts and International Law and Politics – A Distributive Justice Issue*, Routledge London, 2019.
- Núñez, J. E. *Cosmopolitanism, State Sovereignty and International Law and Politics: A Theory*, London, Routledge, 2023.
- Patrick, S. *Rules of Order: Assessing the State of Global Governance*, Carnegie Endowment for International Peace (CEIP) Publ. Dept. Washington DC, 2023.
- Pavel, C. E. “The European Union and diminished state sovereignty”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 25(4)/2022, 596-603.
- Pavel, C. E. “The international rule of law”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 23(3)/2020, 332-351.
- Pavel, C. E. *Divided Sovereignty: International Institutions and the Limits of State Authority*, Oxford University Press, 2017.

- Quadri, R. *Diritto internazionale pubblico*, Liguori editore Napoli, 1968.
- Saaida, M. “The Controversial Relation Between Globalization and National Sovereignty”, *European Journal of Science, Innovation, Technology*, 3(5)/2023, 94-109.
- Sabatini, Ch. (ed.) *Reclaiming Human Rights in a Changing World Order*, Brooking Institution Press Washington DC, 2023.
- Said, A. *et al.*, “The Concept of State Sovereignty in International Law”, *Asian Social Studies and Applied Research*, 2(4)/2021, 390-404.
- Savić, M. “International Legal Orders and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century”, *Conference Paper ICES 6th International Conference on European Studies*, Tirana, Albania, November, 2017, <https://www.researchgate.net>.
- Snidal, D., Vabulas, F. “Soft Pooling: How IIGOs Govern Collective Decision-making without Delegation”, in: *Informal Governance in World Politics* (ed. Kenneth W. Abbott, Thomas J. Biersteker), Cambridge University Press, 2024, 53-73.
- Vlados, C., Chatzinikolaou, D., Iqbal, B. A. “New Globalization and Multipolarity: A Critical Review and the Regional Comprehensive Economic Partnership Case”, *The Journal of Economic Integration*, 37(3)/2022, 458-483.
- Volk, C. “The Problem of Sovereignty in Globalized Times”, *Law, Culture and the Humanities*, 18(3)/2022, 716-738.
- Waldron, J. “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?”, Institute for International Law and Justice (IILJ) Working Paper, 3/2009, 1-31 e *European Journal of International Law*, 22(2)/2011, 315-343.
- Waltermann, A. M. *Reconstructing Sovereignty*, Springer Cham Switzerland, 2019.
- Werthner, H. *et al.* (ed.), *Introduction to Digital Humanism. A Textbook*, Springer Nature Cham Switzerland, 2024.

Atti e documenti giuridici

- Corte dei Conti europea, Relazione speciale 2022, 19, Approvvigionamento di Vaccini anti-COVID-19 nell’UE, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR22_19/SR_EU_COVID_vaccine_procurement_IT.pdf ultimo accesso: 9 agosto 2024.
- Costituzione della Repubblica italiana, Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, Serie Generale n. 298 del 27.12.1947, disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale italiana, ottobre 2023, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana.pdf.
- Flussi migratori lungo le rotte occidentali, <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/western-routes/> ultimo accesso: 9 agosto 2024.
- Migration flows: Eastern, Central and Western routes. Yearly irregular arrivals (2015-2024), <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/migration-flows-to-europe/> ultimo accesso: 9 agosto 2024.

Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Flussi migratori verso l'UE. Le rotte migratorie, https://www.esteri.it/it/politica-estera-e-cooperazione-allo-sviluppo/politica_europea/dossier/migrazioni/, ultimo, accesso: 9 agosto 2024.

Nazioni Unite, Assemblea generale, A/RES/70/1, Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, 21 October 2015, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf ultimo accesso: 9 agosto 2024.

Nazioni Unite, Assemblea generale, A/RES/55/2, United Nations Millennium Declaration, 18 September 2000, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_55_2.pdf, ultimo accesso: 9 agosto 2024.

Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), Ten Years of ODIHR: Working for Human Rights and Democracy (1991-2001), 2 September 2001, <https://www.osce.org/odihr/elections/20457>, ultimo accesso: 9 agosto 2024.

Strategia dell'UE sui vaccini (europa.eu), https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_it, ultimo accesso: 9 agosto 2024.

Safe COVID-19 vaccines for Europeans, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans_it ultimo accesso: 9 agosto 2024.

United Nations, Peace, dignity and equality on a healthy planet, Global issues, <https://www.un.org/en/global-issues>, ultimo accesso: 9 agosto 2024.

A NOTE ON THE DUAL CITIZENSHIP TENDENCIES WITHIN THE EUROPEAN PERSPECTIVE**

Abstract

The policy of dual citizenship on the European continent has undergone significant changes in recent decades. The reasons for these changes are multiple: from increased migration, the impact of the globalization process, gender perspectives, but also the changed role of the state, which is no longer perceived only as an instrument of authoritative governing, but also as a service to citizens, i.e. public service. In the paper, the author describes these influences and tries to show the changed character of dual citizenship on a theoretical level, which is no longer perceived as an a priori negative phenomenon that should be restrained, but as a fact that should be reckoned with, or as a phenomenon that should be strengthened, having in mind in terms of the theoretical framework of the right to dual citizenship. In addition to the theoretical framework, the author also shows the change of citizenship policy on the European continent and on the example of relevant international documents. The evolution can thus be clearly observed if two documents of the Council of Europe, Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality from 1963 and Convention of the Council of Europe on nationality from 1997, are compared. And while the first, older document has a very negative attitude towards the possibility of dual citizenship, the 1997 convention affirms dual citizenship. This change on the international level was followed by certain changes in the legislation of European countries, which, by applying the comparative law method, will be adequately presented in the paper. Especially in this sense are illustrative examples of countries that until recently were very significant opponents of dual citizenship, such as Denmark, and a special focus will be placed on the solution present in this country. The author's conclusion is that the politics of citizenship, both on the international and the national level, is evolving, but that even now one has to reckon with the irreversibly changed perspective of dual citizenship.

Keywords: *Citizenship, Dual citizenship, Council of Europe, Comparative Law*

* LL.M., Junior Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9258-5015>

E-mail: v.markovic@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realization and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

CRTICA O TENDENCIJAMA DVOJNOG DRŽAVLJANSTVA U EVROPSKOJ PERSPEKTIVI

Apstrakt

Politika dvojnog državljanstva na evropskom kontinentu pretrpela je značajne promene poslednjih decenija. Razlozi za ove promene su višestruki: od povećane migracije, uticaja procesa globalizacije, rodničkih perspektiva, ali i izmenjene uloge države, koja se više ne doživljava samo kao instrument autoritativnog upravljanja, već i kao servis za građana, odnosno javnog servisa. U radu autor opisuje ove uticaje i pokušava da na teorijskom planu prikaže promenjeni karakter dvojnog državljanstva, koje se više ne doživljava kao apriorno negativna pojava koju treba suzdržati, već kao činjenica sa kojom treba računati, ili kao fenomen koji treba osnažiti imajući u vidu teorijski okvir prava na dvojno državljanstvo. Pored teorijskog okvira, autor prikazuje i promenu politike građanstva na evropskom kontinentu i na primeru relevantnih međunarodnih dokumenata. Evolucija se stoga može jasno uočiti ako se uporede dva dokumenta Saveta Evrope, Konvencija o smanjenju slučajeva višestrukog državljanstva i o vojnim obavezama u slučajevima višestrukog državljanstva iz 1963. godine i Konvencija Saveta Evrope o državljanstvu iz 1997. godine. I dok prvi, stariji dokument ima veoma negativan stav prema mogućnosti dvojnog državljanstva, konvencija iz 1997. afirmiše dvojno državljanstvo. Ovu promenu na međunarodnom planu pratile su i određene izmene u zakonodavstvu evropskih zemalja, koje će primenom uporednopravne metode biti na adekvatan način prikazane u radu. Posebno su u tom smislu ilustrativni primeri zemalja koje su donedavno bile veoma značajni protivnici dvojnog državljanstva, poput Danske, a poseban fokus biće stavljen na rešenje koje je prisutno u ovoj zemlji. Zaključak autora je da se politika građanstva, kako na međunarodnom tako i na nacionalnom planu, razvija, ali da se i sada mora računati sa nepovratno izmenjenom perspektivom dvojnog državljanstva.

Ključne reči: državljanstvo, dvojno državljanstvo, Savet Evrope, uporedno pravo

1. Introduction

The connection between citizenship and sovereignty is obvious and one might say inherent. Citizenship as a special legal relationship between an individual and the state was rightly viewed as the exclusive domain of regulation by the state, and for the reason of preserving undivided loyalty to the state, the policy of one citizenship was in force for a long time. At its core, such a policy contained the argument of state sovereignty, which itself is unique and indivisible, so the loyalty to the state that derives from citizenship should be unique and indivisible. In such a framework, dual citizenship was considered an anomaly at best, that is, a phenomenon that should be threatened at worst.¹ This attitude is very vividly described in a sentence that dates back to the 19th century, according to which "a man with two citizenships should be tolerated as much as a man with two wives, and unlike polygamy, divided allegiance to several states is so repugnant to common sense that there is not even a term coined for this phenomenon".²

However, due to faster and more prevalent globalization and more frequent migrations, dual citizenship has become a necessity that states should count on. Moreover, according to certain researches, it cannot be taken as an accurate a priori view that dual citizenship undermines the sovereignty of the state, but, in fact, on the contrary, dual citizenship is also used by states to increase their sovereignty, for example promoting national interest abroad through expatriates and trans-border minorities.³

At the same time, the evolution of the understanding of dual citizenship is also noticeable in the field of both international law and the national rights of states, which will be shown in chapters 2 and 3. In the introductory part, it seems useful to mention two more things. The first is numerical data on the increasingly frequent granting of dual citizenship, both worldwide and at the level of the European continent. The second circumstance is a useful tool for expressing the degree of liberality of a particular national solution regarding dual citizenship. It is about the so-called Citizenship Policy Index.

Thus, we first see an illustrative presentation of the mentioned evolution if we compare the number of countries in which citizenship is automatically lost after acquiring another citizenship. That number was 63% in 1960, but in 2020 it would drop to only 24%. Also, in 1960, only six countries accepted dual citizenship both in the form of entry and exit naturalization, and by 2022, that number would increase to as many as 91 countries.⁴ If we shift the focus from the described global trend to the context of the European Union, we will reach similar conclusions. Namely, out of 756 possible interactions between EU member states, as many as 461 (61%) include full acceptance of dual citizenship. That percentage is even higher if it is converted into the number of successful

¹ P. Spiro, „Dual citizenship as human right”, *International Journal of Constitutional Law* 8, 1/2010, 111.

² M. Howard, „Variation in Dual Citizenships Policies in the Countries of the EU”, *The International Migration Review* 39, 3/2005, 700.

³ S. Pogonyi, „Dual citizenship and sovereignty”, *Nationalities Papers*, 5/2011, 685-704.

⁴ L. van der Baaren, *Dual Citizenship in the European Union: trends and analysis (2010-2020) – Comparative Report*, European University Institute, 2020, 1.

naturalizations. Namely, the same author came to the conclusion that 92% of citizens of EU member states who completed the naturalization procedure in 2018 were able to legally retain their previous citizenship, thanks to the fact that it was among the mentioned 461 correlations that result in the mutual acceptance of dual citizenship between member states EU.⁵

When it comes to CPI, it is based on three simple criteria. The first criterion is the question of whether the state allows the automatic acquisition of citizenship by the fact of birth on the territory of that state (*ius soli* principle). If the answer to this question is affirmative, according to the CPI, this fact is indexed with 2 points, and if it is negative, with 0 (zero) points. It is important to point out that the unconditional *ius soli* principle is valid mainly in the countries of North and South America, while comparative law, especially on the European continent, knows different variants of the conditional *ius soli* principle, of which it is very common, but compared to this criterion of quite limited scope, the so-called remedial *ius soli* principle. It implies the acquisition of citizenship by birth on the territory of the state, provided that the parents are unknown, or of unknown citizenship, or that the child born does not acquire their citizenship based on the laws of the countries from which his parents come. The second criterion is the length of legal residence required for naturalization, whereby countries that require a minimum of 10 years are classified in the category of difficult acquisition of dual citizenship (and according to the mentioned index, are scored with 0 points), those that require from six to nine years belong to middle category (and are scored with one point), while those that require five years or less - belong to liberal states against dual citizenship and are scored according to this index with two points. Finally, the third criterion refers to allowing the possession of the citizenship of one country, without the condition of renouncing the previous citizenship, whereby the setting of this condition is marked with a restrictive 0 points, while the absence of this condition means a liberal approach to the possibility of dual citizenship and the state assigns two points according to the mentioned index.

The final classification according to the CPI predicts that countries with 0 or one point belong to the group of restrictive, from two to four - medium, and with five and six points belong to the group of liberal countries.

2. Evolution of Council of Europe standards regarding dual citizenship

An vivid illustration of the changed understanding of dual citizenship within international law, in terms of its increasing affirmation, can be seen if we compare the solutions that exist within two international documents. The first of them is the Convention of the Council of Europe on the Reduction of Cases of Multiple Citizenship and Military Obligations in the Case of Multiple Citizenship from 1963, according to which

⁵ R. Bauböck, R. Bauböck, "The Toleration of Dual Citizenship: A Global Trend and its Limits", *Dual Citizenship and Naturalisation. Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. Rainer Bauböck and Max Haller), Austrian Academy of Sciences Press, Vienna, 2021, 68-69.

the so-called exit naturalization (a situation in which the state does not prescribe the loss of its own citizenship if its citizen acquires the citizenship of another state). With this, the 1963 Convention still strongly affirmed the policy of one citizenship. However, with the Second Protocol, which revised the Convention, the strict regime regarding dual citizenship was somewhat liberalized by allowing multiple citizenships in the case of second-generation migrants, and spouses in mixed marriages and their children. The reason for adding the second protocol allowing dual citizenship lay in the desire to encourage the unity of citizenship within the same family.

A key shift in terms of the changed understanding in the field of enabling dual citizenship on the European continent was made in 1997 with the adoption of the European Convention of the Council of Europe on citizenship. This Convention refrains from condemning multiple citizenship as a problematic state practice, and instead notes "the desirability of finding appropriate solutions to the consequences of multiple citizenship, and in particular with regard to the rights and duties of citizens with multiple citizenships". Also, in Art. 14 of the Convention states that the contracting state should allow children who have different citizenships at birth to keep both, as well as allow its citizens to keep another citizenship if it is automatically acquired based on the fact of marriage. In art. 15 of the Convention states that the provisions of this Convention shall not limit the right of a contracting state to prescribe by law whether citizens who acquire or possess the citizenship of another state retain or lose the citizenship of the contracting state, as well as the right of the state to determine whether the acquisition or retention of its citizenship is subject to the condition of renunciation or loss of another citizenship. In the Explanatory Report of the Convention, it is stated that this provision indicates the neutral attitude that the Convention has towards the possibility of multiple citizenship.

However, the relationship of the European Convention on Citizenship to the institution of dual citizenship cannot be characterized only as neutral, but rather as favorable, as confirmed by Art. 16 of the Convention, which stipulates that the contracting state should not set the condition of renunciation or loss of another citizenship as a prerequisite for acquiring or retaining one's own citizenship, if such renunciation or loss is impossible or cannot reasonably be required. The explanation points out that this provision aims to ensure that a person is not prevented from obtaining or having citizenship because it is impossible or difficult to lose a previously acquired citizenship. The existence of unreasonable, factual or legal requirements is assessed in each specific case by the authorities of the contracting state whose citizenship the person wishes to acquire.

Although this Convention was not accepted by all member states of the Council of Europe, and some of them put reservations on certain provisions, this Convention nevertheless helped to remove one of the main international obstacles to dual citizenship in Europe.⁶

⁶ M. Howard, 704. cited according V. Marković, "Pravo na dvojno državljanstvo u Crnoj Gori – sekuritizacija kao poslednji čin stare drame?", u: *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu - In memoriam dr Stefan Andonović* (ur. J.Rajić Čalić), Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Beograd, 179-203.

As stated in the Explanation for the adoption of the Convention from 1997, the Council of Europe decided to consider the strict application of the principle of avoiding multiple citizenships, among other things, due to labor force migration, freedom of movement in EU countries, the increasing number of marriages between spouses of different nationalities, but And the need for integration of persons with permanent residence in the countries where they apply for citizenship.⁷ In relation to that last parameter, the standards of the Council of Europe further explain that a maximum of 10 years of legal residence on the territory of the state can be set as a condition for naturalization, but also that access to citizenship should exist every time a person has sincere and effective ties to a specific state (by birth, origin or residence).⁸

3. Legal framework in chosen European countries

3.1. (Still) restrictive approach

Austria and the Netherlands are among the few European countries where the unfavorable, restrictive regime of dual citizenship is still in force.

Thus, Austria very often refers to the Convention from 1963 as an obligation arising from international law, which imposes the retention of a restrictive approach and the intolerance of dual citizenship.⁹ However, after Norway's departure from the obligation of chapter 1 of the Convention, which directly relates to the reduction of cases of multiple citizenship, this chapter binds only the Netherlands in addition to Austria (in other words, only these two signatory states are still bound by chapter 1, which relates to the reduction of cases multiple citizenship). At this point, it is indicative to point out that in the period from 2001 to 2018, the following countries were released from the obligation of Chapter 1 of the Convention: France, Germany, Great Britain, Sweden, Spain, Norway, Luxembourg, Denmark, Italy and other members of the Council of Europe), and is, at least from the point of view of international law, Austria is free to tolerate dual citizenship with respect to all other states.

When it comes to the CPI criterion that refers to the so-called renunciation clause, the Austrian legislation still insists on its retention. Therefore, in cases of incoming naturalization, renunciation of previous citizenship is required with only a few very limited exceptions. These exceptions refer to situations when it is not reasonable to expect a release from the previous citizenship, which refers to applicants from countries that do not allow renunciation (mainly Arab countries), and also in the case that the renunciation

⁷ Council of Europe, European Convention on Nationality, Explanation <https://www.medijator-prnjavorac.com/Evropska-konvencija-o-drzavljanstvu.pdf>, 4. July 2024.

⁸ C. Vlieks, Nationality and Statelessness in Europe – European Law on Preventing and Solving Statelessness, In: *Inserentia*, Antwerpen, Gent, Cambridge 2022, 163 and 165.

⁹ R. Bauböck, G. Valchars, *Non-Tolerance of Dual Citizenship in Austria*, in: *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. R. Bauböck, M. Haller), Austrian Academy of Sciences Press, 2021, 212.

imposes extremely high costs of the procedure, as well as in the case of refugees renunciation of previous citizenship will not be required.¹⁰

Nevertheless, with regard to incoming naturalization, scholars propose certain modifications to the CPI index that would, preferably, further liberalize the Austrian legislative solution to dual citizenship. Those proposals refer first of all to the introduction of the conditional *ius soli* principle, i.e. on enabling the child to acquire Austrian citizenship if his parents are permanently settled in Austria, as well as on not completely abolishing the renunciation clause, but rather suspending it, if the applicant comes from an EU member state, as well as if he is a British citizen, in order to rehabilitate the consequences of BREXIT, that is, it enabled British citizens who are permanent residents in Austria to retain their EU citizenship.¹¹

And the Netherlands insists on keeping the renunciation clause. However, such a solution was not present in the 1993 law, because the logic of the legislator was that naturalization is more of a right, and not a "service" that the administrative body assigns to the applicant on the basis of discretionary authority.¹² However, in 1997, the Dutch solution regressed with the re-introduction of the mandatory renunciation of previous citizenship, and in 2003, legal solutions instead of the previous formal interview introduced a rigorous naturalization test, which led to the fact that in the year of the adoption of that legal solution, 70% fewer applications were submitted requests for naturalization than in 2002.¹³

However, there is a certain list of exceptions to the current strict rule. Thus, the Dutch citizenship law stipulates that a child born to parents of whom one is a Dutch citizen can also retain the citizenship of the other parent. Also, in the naturalization procedure, the condition of mandatory renunciation of previous citizenship is not set if the applicant for citizenship is married or in a registered partnership with a Dutch citizen at the time of submitting the application for naturalization or at the time of making the decision, but not in the event that he marries after who acquires Dutch citizenship; then if he was born in the Netherlands and has his main residence at the time of submitting the application for naturalization; he has been accepted into the Netherlands as a refugee or cannot renounce his citizenship according to the legislation of that particular country. Additional exceptions are also set in the event that the applicant received a residence permit in 2007 or 2008, and submitted an application for naturalization after November 1, 2021 or after June 1 of that year, in the event that in 2007 and 2008 he was minor person. Finally, even in cases where renunciation of prior citizenship is mandatory (where none of the above exceptions exist), an exception will still be possible if renunciation of prior citizenship cannot reasonably be required. In terms of a more detailed definition

¹⁰ *Ibid.* 214.

¹¹ *Ibid.* 221-223.

¹² R. van Oers, B. de Hart, K. Groenendijk, Country Report: The Netherlands, EUDO CITIZENSHIP OBSERVATORY 2013, 15-16.

¹³ R. van Oers, From Liberal to Restrictive Citizenship Policies: the Case of the Netherlands, *International Journal on Multicultural Societies* 1/2008, 49.

of what is to be considered a reasonable request, Dutch law under this, among other things, implies a situation in which the renunciation of the previous citizenship would cause disproportionate financial losses. Disproportionate financial loss can thus occur if it is necessary to pay a very high amount for renouncing the previous citizenship or if the applicant would suffer financial loss in another way, e.g. loss of pension rights or loss of ownership of certain property.

When it comes to the *ius soli* principle in the Netherlands, it differs depending on whether a person was born before January 1, 1985 or after. In the first case, citizenship by birth on the territory of the Netherlands was only possible in two situations: if the father was a Dutch citizen at the time of birth or the mother was a Dutch citizen, and she and the child's father were not married at the time of birth. In the second case, the list is significantly expanded, so that the child acquires the citizenship of the Netherlands if the mother was a Dutch citizen at the time of birth or the father is a Dutch citizen who was married or in a registered partnership with a non-Dutch woman, or was not married but paternity was recognized before the birth. Also, citizenship by birth on the territory of the Netherlands can be acquired if one parent lives in the Netherlands at the time of birth and at the same time the grandfather or grandmother lived in the Netherlands at the time when the parent of the child in question was born.

Regarding the required length of legal residence, it is necessary that the applicant for Dutch citizenship has lived in the Netherlands for at least 5 consecutive years with a valid residence permit. A valid residence permit means a regular or permanent residence permit based on asylum, a residence permit for long-term EU residents, and a temporary residence permit with a non-temporary reason for staying. These reasons may include the work of highly educated migrants, temporary humanitarian reasons, staying as a family member or relative of a Dutch citizen, working as a self-employed person, etc. It is important to emphasize that a person who has a temporary residence permit cannot apply for Dutch citizenship, but must first apply for a permanent residence permit or a temporary residence permit with a non-temporary purpose of staying for some of the reasons listed. The required length of stay of 5 years may be shorter in certain situations. Thus, the length of stay is three years on the condition that the applicant has already lived in the Netherlands continuously for 3 years, and at the time of application he already lived or was married to the same partner who has Dutch citizenship. Also, the condition of the required length of stay has been reduced to only two provided that the applicant has a valid residence permit (permanent or temporary for non-temporary reasons to stay), and has lived in the Netherlands before, for at least 10 years.¹⁴

As can be seen, even in the countries that are among the most restrictive in Europe regarding the possibility of dual citizenship, there is a whole range of exceptions, as well as very clear indications of the direction of future reforms, which, partly due to the rules present in the European Union, will lead to gradual liberalization of solutions in these countries.

¹⁴ Exceptions to the 5-year term for naturalisation in the Netherlands, <https://ind.nl/en/exceptions-to-the-5-year-term-for-naturalisation-in-the-netherlands>, 4 July 2024.

3.2. (Already) liberalized approach

SR Germany is the European country in which the evolution, especially the recent one, of the citizenship policy can best be observed the trend described in the previous chapters. Namely, the earlier legal solution provided for the *ius soli* principle in the form of automatic granting of citizenship to children born on German soil, but if at least one of their parents had a legal residence permit for eight years or an unlimited residence permit for three years, while the children were born in Germany (the third generation) if their parents were German citizens (second generation) automatically received citizenship, regardless of the status of the residence permit. However, this conditional *ius soli* was additionally complicated by an optional model, i.e. children who have obtained German citizenship through the aforementioned *ius soli* procedure may have dual citizenship during their minors, but in the period between eighteen and twenty-three years of age they must choose one or the other citizenship (decide whether they want to retain German citizenship or the citizenship of their parents), except in cases where other countries refuse or prevent the renunciation of citizenship or require unacceptable conditions. If they do not decide and comply with this request, they lose their German citizenship. The goal of the *ius soli* principle set in this way was, therefore, to avoid dual citizenship.¹⁵ Also, with regard to the general length of stay required for entry naturalization, it was initially 15 years, but was reduced to 8 years by changes in the law. At the same time, a renunciation clause was set, in the sense that renunciation of the previous citizenship was required. By amending the German law, in the form of the Law on the Modernization of the Law on Citizenship, which entered into force in June 2024, Germany liberalized its legal framework of dual citizenship according to all three criteria.

Thus, the new legal solution foresees that the required length of stay for entry naturalization is not 8 but 5 years, and with special evidence of integration (volunteering, language skills at C1 level), naturalization is possible after only three years. As for the conditional *ius soli* principle in Germany, it has been liberalized in two directions. First of all, the legal residence of parents is now required for a period of not 8, but 5 years, and the optional model has been abolished, and now children who receive German citizenship on this basis will no longer be obliged to choose between German and parental citizenship! Finally, FR Germany no longer imposes the condition of renouncing the previous citizenship as mandatory¹⁶

These shown changes can also numerically show the degree of liberalization of German citizenship according to the CPI index. The previously existing rules placed SR

¹⁵ According S. Ravlić, “Etničko shvaćanje nacije i dvojno državljanstvo: usporedba švedske, njemačke i hrvatske politike građanstva”, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, 17, 4/2017, 620-621.

¹⁶ H. Tieben, The new German citizenship law – here you will find a summary of the most important changes, <https://www.mth-partner.de/en/immigration-law/the-new-german-citizenship-law-here-you-find-a-summary-of-the-most-important-changes/#:~:text=Despite%20being%20entitled%20to%20naturalization%2C%20only%20a%20few,falls%20below%20the%20EU%20average%20of%202.0%20percent,> 14 July 2024.

Germany in the middle category with a CPI index of 3, while according to the new solutions, SR Germany will be included in the range of liberal solutions with a CPI index of 5. The newly introduced rules can clearly show the evolution of the liberalization of citizenship policy - in the 1980s, Germany was classified according to this index in the group of restrictive countries, so that, after a transitional period from June of this year, it found its place in the line of very liberal legal solutions.

Among the Scandinavian countries, Sweden was the first to allow dual citizenship in 2001, followed by Iceland and Finland in 2003. This Scandinavian trend of liberalization was eventually followed by Norway in 2018 and Denmark, a little earlier in 2015.¹⁷ Nevertheless, the Danish solution, in terms of the interrelationship between dual citizenship and sovereignty, is much more worthy of analysis. Namely, with the legal changes from 2014, the dual-citizenship act introduced access to dual citizenship for all Danes and foreigners, thus repealing all the Danish citizenship act's renunciation requirements. Also, the act introduced a five-year time-limited transitional arrangement for former Danish citizens who had lost their Danish citizenship through the acquisition of a foreign one. Former Danish citizens and their minor children (regardless of whether the children had been Danish or not) could (re)acquire Danish citizenship by declaration within five years of the date on which the dual-citizenship act entered into force.¹⁸

In theory, there are two justifications for these legal changes by which Denmark fully embraced the policy of dual citizenship. The first argument is that Denmark allowed dual citizenship in order to enable Danish emigrants to keep or regain their Danish citizenship; in other words, a re-ethnicisation of citizenship, and the second is a kind of reversed securitization of dual citizenship, through the attitude that accepting dual citizenship would allow for citizenship revocation of dual citizens who engage in or support acts of terror.¹⁹ Denmark used the liberalization of dual citizenship as a convenient mechanism to protect the nation state from security threats, by enabling the perpetrator to be deprived of his Danish citizenship in the event of terrorist acts, without worrying about possible statelessness. This novelty in the concept of dual citizenship is referred to as the securitization of citizenship.²⁰ In the earlier period, the denounced dual citizenship was considered a threat to the sovereignty of the nation-state, and that is why it was moved from the political to the security sphere. The example of Denmark shows the opposite direction of action of securitization - national sovereignty and security reasons, although not the only ones, certainly encourage the possibility of dual citizenship. The example of Denmark therefore unequivocally shows that the concepts of dual citizenship and national security and sovereignty can no longer be perceived as single way!

¹⁷ E. Ersbøll, "The Danish Turn Towards Dual Citizenship", in: *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. R. Bauböck, M. Haller), Austrian Academy of Sciences Press, 2021, 162-163.

¹⁸ *Ibid.* 171.

¹⁹ G. Brochmann, A. Midtbøen, "Philosophies of integration? Elite views on citizenship policies in Scandinavia", *Ethnicities* 1/2021, 149.

²⁰ A. Midtbøen, "Dual Citizenship in an era of securitisation: A case of Denmark", *Nordic Journal of Migration Research* 3/2019, 303.

4. Conclusion

Dual or multiple citizenship is an undeniable fact. Nevertheless, the minority among the states will continue with an unfavorable attitude towards the acceptance of dual citizenship, referring to the state reason and state interest. However, it is increasing phenomenon according to which is possible to talk about dual citizenship as a status right, which implies individual autonomy and self-governance values. For this reason, as well as the reason that dual citizenship no longer poses a substantial threat to state interests, acceptance of the status of dual citizenship may be universalized.²¹ However, until such (a highly desired) result comes true, the intention of this article was to show the tendencies that exist in that direction on the European continent, both in terms of the development of international law, and in terms of the practice and legislation of European countries. That the European understanding of dual citizenship is rapidly moving towards general acceptance is evidenced by the fact that, of all the signatory states of the Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality, only Austria and the Netherlands have not come out of the obligations provided for in Chapter I of this Convention. Even more, a key point in the changed understanding of dual citizenship on the international level is the adoption of the European Convention on Citizenship, which caused a whole wave of liberalization of national legislation among the member states of the Council of Europe.

The comparative solutions chosen in the paper unequivocally confirm this thesis. The comparative section is divided into two parts: on those countries that still persist in the restrictive understanding of dual citizenship (exactly Austria and the Netherlands), and on those that (relatively) recently significantly liberalized their legislation and moved to the club of countries that look favorably on the possibility of dual citizenship. The selection of restrictive solutions and presentation of the range of exceptions that exist in their national legislation aimed to show that even in the countries with the most restrictive solutions in Europe, the prohibition of dual citizenship is not linear and absolute. Moreover, in both of these countries there are significant and deep political and scientific debates about the possible directions of future liberalization of these solutions.

Among them, the newly adopted changes in the German solution are the most radical, while the changes in the Danish legislation from a decade ago are the most indicative. The most indicative because they refute the completely plausible, but actually anachronistic claim that dual citizenship undermines or dilutes the concept of the nation state and sovereignty. This claim can be supported by the well-known perspective of Carl Schmitt, according to which the sovereign is the one who decides on a state of emergency, and in the context of which terrorist threats can be observed, as well as the revocation of citizenship as a consequence of such an act. Enabling dual citizenship as an instrument of (reverse) securitization, the Danish example maybe not predominantly, but definitely to a certain extent, shows that dual citizenship can be a suitable tool in preserving national security, and not only as a threat to it.

²¹ P. Spiro, *Op. cit.* 130.

Finally, the entire text is imbued with a note about evolution - the evolution of the understanding and politics of dual citizenship. However, it is not the only phenomenon that is subject to the process of evolution - the understanding of state sovereignty is also evolving. One of the not-so-negligible contributions to the changed concept of sovereignty is the previously changed understanding of (dual) citizenship - no longer as a service, based on the discretionary power of the national state administration, but as a human right. In an increasingly globalized world, dual citizenship is becoming inevitable, even desirable, and its other benefits to countries have yet to be examined in detail and analyzed analytically.

References

- Bauböck, R. "The Toleration of Dual Citizenship: A Global Trend and its Limits", *Dual Citizenship and Naturalisation. Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. Rainer Bauböck and Max Haller), Austrian Academy of Sciences Press, Vienna, 2021, 59-79.
- Bauböck, R. Valchars, G. *Non-Toleration of Dual Citizenship in Austria*, in: *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. R. Bauböck, M. Haller), Austrian Academy of Sciences Press, 2021, 207-227.
- Brochmann, G., Midtbøen, A. "Philosophies of integration? Elite views on citizenship policies in Scandinavia", *Ethnicities* 1/2021, 146-164.
- Ersbøll, E., "The Danish Turn Towards Dual Citizenship", in: *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives* (eds. R. Bauböck, M. Haller), Austrian Academy of Sciences Press, 2021, 157-182.
- Howard, M. "Variation in Dual Citizenship Policies in the Countries of the EU", *The International Migration Review* 39, (3)/2005, 697-720.
- Marković, V. "Pravo na dvojno državljanstvo u Crnoj Gori – sekuritizacija kao poslednji čin stare drame?", u: *Usporednopravni izazovi u savremenom pravu - In memoriam dr Stefan Andonović* (ur. J. Rajić Čalić), Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Beograd, 179-203.
- Midtbøen, A. "Dual Citizenship in an era of securitisation: A case of Denmark", *Nordic Journal of Migration Research* (3)/2019, 293-309.
- Pogonyi, S. "Dual citizenship and sovereignty", *Nationalities Papers*, (5)/2011, 685-704.
- Ravlić, S. "Etničko shvaćanje nacije i dvojno državljanstvo: usporedba švedske, njemačke i hrvatske politike građanstva", *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, 17, 4/2017, 611-638.
- Spiro, P. "Dual citizenship as human right", *International Journal of Constitutional Law* 8, (1)/2010, 111-130.
- Van der Baaren, L. *Dual Citizenship in the European Union: trends and analysis (2010-2020) – Comparative Report*, European University Institute, 2020, 1-35.

- Van Oers, R. “From Liberal to Restrictive Citizenship Policies: the Case of the Netherlands”, *International Journal on Multicultural Societies* 1/2008, 40-59.
- Vlieds, C. *Nationality and Statelessness in Europe – European Law on Preventing and Solving Statelessness*, Inersentia, Antwerpen, Gent, Kambridge 2022.

Other Sources

- Council of Europe, European Convention on Nationality, Explanation <https://www.mediator-prnjavorac.com/Evropska-konvencija-o-drzavljanstvu.pdf>, 4. July 2024.
- H. Tieben, *The new German citizenship law – here you will find a summary of the most important changes*, 14 July 2024, <https://www.mth-partner.de/en/immigration-law/the-new-german-citizenship-law-here-you-find-a-summary-of-the-most-important-changes/#:~:text=Despite%20being%20entitled%20to%20naturalization%2C%20only%20a%20few,falls%20below%20the%20EU%20average%20of%202.0%20percent>.
- Van Oers, R. De Hart, B., Groenendijk, K. Country Report: The Netherlands, EUDO CITIZENSHIP OBSERVATORY 2013.

INTERNATIONAL CRIMES: RESPONSIBILITY OF STATES AND ROLE OF INDIVIDUALS

Abstract

This paper will focus on the relationship between the criminal responsibility of States and individuals for international crimes, a topic of great relevance in this historical moment, where international politics and jurisdiction are at the center of economic, social, and legal debate. In particular, the paper will analyze the unique characteristics of the two types of responsibility for the various categories of international crimes, providing at the same time an illustration of the nature, jurisdiction, functioning, and operational limits of the International Criminal Court, which acts as a supranational entity tasked with prosecuting such violations.

Keywords: *International criminal law, core crimes, criminal responsibility of States, individuals, International Criminal Court*

* Ph.D., Adjunct Professor of Criminal Law at “Niccolò Cusano” University of Rome.
E-mail: ylenia.parziale@unicusano.it

MEĐUNARODNI ZLOČINI: ODGOVORNOST DRŽAVE I ULOGA POJEDINACA

Apstrakt

Fokus ovog rada je na odnosu između odgovornosti država i pojedinaca za međunarodne zločine, temu od velike važnosti u ovom istorijskom trenutku kada su međunarodna politika i jurisdikcija u centru ekonomske, društvene i pravne debate. U radu se posebno analiziraju jedinstvene karakteristike dve vrste odgovornosti za različite kategorije međunarodnih zločina, dajući istovremeno ilustraciju prirode, nadležnosti, funkcionisanja i operativnih ograničenja Međunarodnog krivičnog suda, koji deluje kao nadnacionalni entitet zadužen za krivično gonjenje takvih krivičnih dela.

Ključne reči: *međunarodno krivično pravo, osnovni zločini, odgovornost država, pojedinci, Međunarodni krivični sud*

1. An overview of international criminal law

Since the 1950s, the international scientific community has questioned the possibility of introducing instruments of international criminal law to strengthen the protection of human rights and counter the commission of international crimes.

This reflection stemmed from the realization that the repressive action against such forms of criminality, which offend the fundamental values of the international community, could no longer be entrusted solely to the punitive power of individual States. For this reason, new models of criminal responsibility applicable to all States were needed.¹ Originating as a reaction of the community of States to the atrocities committed during the two world wars, international criminal law consolidated throughout the 20th century, gradually gaining its own autonomy from public international law, in particular for three main topics: the form of responsibility (criminal rather than civil), the subjects it targeted (individuals rather than States), and the sanctions it employed (typically criminal). With the establishment of this new branch of international law, the principle of territorial sovereignty faced increasing limitations, which have reduced the scope of the punitive power of individual States in the repression of the most serious forms of international criminality.²

The power of territorial sovereignty is exclusive for every State, so it can be limited only through specific international conventions. This is what occurred in the post-World War II era, when the strengthening of supranational institutions and the increasing regulation of broad areas of international criminal law through conventional agreements gradually diminished the inviolability of national sovereignty. In this context, the repression of international crimes has gained fundamental importance within the legal system.³

In the current international criminal law landscape, as will be examined in more detail later, there are two types of international crimes. The first stems from the historical foundation of *crimina iuris gentium* and includes those individual activities of international relevance, which constitute an affront to values protected by the majority of States through specific internal norms or international conventions.⁴ Their international significance lies in the fact that States: a) may exercise their criminal jurisdiction in derogation of the traditional limits of territoriality or nationality; b) must proceed with their repression; and c) must, even derogating from the political offense exception, grant the extradition of the perpetrator to the State that requests it.

¹ E. Maculan, “La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori”, in *Archivio Penale*, 3/2011, 1025.

² See: M.C. Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Ardsley - New York, 1997; F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2015, 927; M. Pisani, “La penetrazione del diritto penale internazionale nel diritto penale Italiano”, *Indice penale* 1979, 5, G. Vassalli, *La giustizia internazionale penale*, Milano 1995; M. Virgilio, “Verso i principi generali del diritto criminale internazionale”, in *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia*, (ed. G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio), Torino, 2000, 45 ss.

³ A. Centonze, “Crimini di guerra e contro l’umanità (tutela delle persone offese da)”, in *Digesto Disciplina Penalistica* 10/2016, 211 ss.

⁴ F. Francioni, “Voce Crimini internazionali”, in *Digesto Disciplina Publicistica*, Torino, 1989, vol. IV, 467.

The second type of international crime consists of particularly grave violations of international law by a State, evoking the notion of criminal responsibility and criminal sanctions. We will refer to these as state crimes under international law.

Criminal law, therefore, historically was established to legitimize, regulate, and delimit the punitive power of the State against individuals guilty of isolated criminal acts. Moreover, in some cases it also addresses manifestations of State criminality, characterized by the massive and systematic commission of serious violations of fundamental human rights, planned and perpetrated by the highest institutions of the State.⁵

2. The Genesis of International Crimes

Before addressing the issue of criminal responsibility arising from the commission of international crimes, it is necessary to examine the notion and nature of such criminal acts. These involve massive and systematic violations of human rights that the international community has progressively recognized as entailing not only State responsibility but also the individual criminal responsibility of those who commit or facilitate them.⁶

At the end of the Second World War, the community of States decided to punish those responsible for the serious crimes committed during the conflict, and for the first time, the concepts of international crimes and individual responsibility were concretely addressed.⁷ This was first realized through the Nuremberg Trials, established to judge and condemn Nazi criminals. The Charter of the International Military Tribunal (IMT) at Nuremberg⁸ and Tokyo⁹ defined three categories of international crimes: war crimes, crimes against peace, and crimes against humanity. During the same period, the General Assembly of the United Nations codified the crime of genocide in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, defining it as «the systematic destruction of a national, ethnic, racial, or religious group»¹⁰.

⁵ E. Maculan, 1026.

⁶ C. Zanghi, L. Panella, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019, 35 ss.

⁷ A. Contiello, Gli istituti del crimine di aggressione e del crimine di guerra nel diritto internazionale, in *Giurisprudenza Penale* 3/2022, 2.

⁸ In 1945 the four major Allied powers - France, the Soviet Union, the United Kingdom, and the United States - set up the International Military Tribunal (IMT) in Nuremberg to prosecute and punish «the major war criminals of the European Axis». The IMT presided over a combined trial of senior Nazi political and military leaders, as well as several Nazi organizations.

⁹ The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) was created in Tokyo, pursuant to a 1946 proclamation by the U.S. Army General Douglas MacArthur, Supreme Commander for the Allied Powers in occupied Japan. The IMTFE presided over a series of trials of senior Japanese political and military leaders pursuant to its authority «to punish Far Eastern war criminals».

¹⁰ The article 2 of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948, provides that: «genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting

Fifty years later, in response to the grave events in the former Yugoslavia and Rwanda, the UN Security Council set up two International Criminal Tribunals *ad hoc* to hold perpetrators accountable.

The culmination of this multilateral process is the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), adopted on July 17, 1998, and entering into force on July 1, 2002. This Statute is the most comprehensive legal framework defining the crimes of genocide (Article 6), crimes against humanity (Article 7), war crimes (Article 8), and, following the Kampala Conference in 2010, the crime of aggression (Article 8-bis), which addresses unlawful attacks on the sovereignty of States in violation of the principles of the United Nations Charter.¹¹

First of all, the Genocide is an internationally recognized crime where acts are committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, or religious group. These acts can be: killing members of the group; causing serious bodily or mental harm to members of the group; deliberately inflicting conditions of life on the group, calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; imposing measures intended to prevent births within the group; forcibly transferring children of the group to another group.

Secondly, crimes against humanity are acts committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, such as: murder; extermination; enslavement; deportation or forcible transfer of population; imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; torture; rape; sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; enforced disappearance of persons; the crime of apartheid and other inhumane acts intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

Thirdly, war crimes are serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, including: intentionally directing attacks against the civilian population; employing prohibited weapons like asphyxiating, poisonous or other gases, but also torture and hostage taking.¹²

Lastly the crime of aggression or crime against peace is the planning, initiation, or execution of a large-scale and serious act of aggression using State military force, but also the blockade of ports and coastlines.

All these crimes cannot be pursued through a single criminal act, but encompass a multitude of possible conducts, all unified by a contextual element. For example, the

on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group”.

¹¹ The United Nations has been considering the establishment of a permanent international criminal court since its creation. After years of negotiations, a Diplomatic Conference was held from 15 June to 17 July 1998 in Rome which finalised and adopted the Statute for the International Criminal Court (ICC). The Statute was finally adopted by a vote where 120 were in favour, 7 against and 21 abstained. Now the States Parties to the Rome Statute are 124.

¹² P. Lobba, *I crimini di guerra*, in Amati *et al. Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016, 385.

contextual element determines that crimes against humanity involve either large-scale violence in relation to the number of victims or its extension over a broad geographic area (widespread), or a methodical type of violence (systematic). This excludes random, accidental or isolated acts of violence.¹³

The contextual element thus serves a dual selective function. On one hand, it distinguishes international crimes from ordinary offenses: murder as a crime against humanity differs from common murder by being committed as part of a widespread or systematic attack against the civilian population. On the other hand, it allows for the distinction between various instances of international crimes. For example, an act of rape may constitute a war crime, if committed in connection with an armed conflict, or a crime against humanity, if it is part of an extensive or systematic attack against the civilian population.

In other cases, the contextual element makes punishable acts that, under different legal systems, would not be criminally indictable.

Regarding the mental element of such crimes, there are three essential steps related to *mens rea*: the perpetrator must act with the intention of causing a specific event (*dolus directus* or direct intent)¹⁴; it must have «cognizance of the connection between his conduct and the systematic policy or practice of atrocity», foreseeing the specific consequences of the wrongful conduct, relative to the individual crimes (*dolus eventualis* or subjective recklessness)¹⁵; finally, the offenses must be carried out with the specific purpose of causing suffering (specific intent).

These culpable mental states have to be assessed subjectively and not objectively, meaning that the prosecutor must demonstrate that the perpetrator himself, and not a reasonable person in the same situation, was aware of the consequences.

The severity of these acts, their macro-offensive and multi-subjective nature, and the high-ranking positions often held by the perpetrators have significant implications for the legal regime. These characteristics necessitate exceptions from general principles of criminal law, such as the non-applicability of statutory limitations (Article 29 ICC Statute), the irrelevance of immunities (Article 27 ICC Statute), and the provision for universal jurisdiction in certain texts.

3. State crimes vs individual crimes

The recognition of individual criminal responsibility under international law is relatively recent. The commission of mass atrocities during the 20th century prompted the international community to recognize that individuals can be criminally responsible directly under international law and to work for the establishment of an international

¹³ G. Mettraux, *International Crimes: Law and Practice*, in *Oxford Scholarly Authorities on International Law*, 13 June 2019; O. Grech, *The contextual elements in Crimes Against Humanity: key developments from the Nuremberg Tribunal to the Rome Statute*, www.um.edu.mt, 2021.

¹⁴ ICC Statute, Article 30(2)(a).

¹⁵ ICC Statute, Article 30(2)(b).

criminal court having jurisdiction over international crimes committed by individuals. As a consequence, it is now undisputed that individuals shall be punished for the commission of crimes under international law (or “international crimes”) that seriously damage the interest of the international community as a whole, so that the goals of prevention and deterrence can be achieved.

Currently, we can distinguish between two categories of international crimes: crimes committed by individuals and crimes committed by States.

The first category consists of heinous crimes committed by individuals, condemned at the international level and prosecuted by States or, more recently, by International Tribunals. The second category involves actions by the State which may see sanctions imposed, thereby impacting its standing within the international community.

This distinction, already present in the Genocide Convention, is upheld in the Statute of the International Criminal Court article 25(4) and stipulates that “no provision relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.”

However, this conceptual distinction does not result in a clear separation between the two regimes of responsibility. The notion of state international crimes is not entirely separate from that of individual international crimes.

This partial overlap occurs when these crimes are committed by individuals acting as agents of a State. In these cases, the crimes committed are indeed attributable to the State to which they belong, but they «remain in some way the property of the individuals who committed them, and international law authorizes their repression without taking into account their status as state agents»¹⁶. This consideration is particularly relevant to war crimes, the oldest category of international crimes, because these are committed by an individual acting as a belligerent organ.

However, the expansion of the notion of international crime has partly signaled the demise of the concept that international crime is by definition an offense committed by an individual acting in an official capacity. An example of this are crimes against humanity, which can be committed by both individual organs and private citizens.

Article 4 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide reinforces this by requiring punishment for individuals who commit genocide, «whether they hold the status of rulers, public officials, or private individuals»¹⁷. In the context of crimes against humanity, the focus is not on the individual's status, but rather on whether the crime is part of a systematic pattern or is committed on a large scale under the direction of the government or other organization or group.

According to internationalist doctrine, the category of State crimes is more restricted in the sense that not all individual actions qualifying as international crimes, for which the State is responsible, are *ipso facto* classifiable as State crimes. For example, the

¹⁶ N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, V ed., Torino 2016, 354.

¹⁷ Article 4 of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide says that: “Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”.

crime of aggression is a wrongful act that constitutes a State crime and it also constitutes an individual international crime for those responsible, while the crime of piracy is not classified as a State crime but only as an international crime of individuals.

The fundamental issue is not about determining whether the act committed by the perpetrator of the crime can be attributed to the State, but rather about being able to proceed with prosecution even when, in certain cases, the act can be attributed to the State.

For international criminal law, when an international crime is committed, even if the act is imputable to the State according to the normal criteria of imputation, the perpetrator will be punished and will not be able to claim the status of an organ to escape responsibility.

This is because a State can only commit a crime through the unlawful conduct of individuals. Therefore, Article 16 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility refers to aggression committed by the State in defining individual aggression crimes.¹⁸

Therefore, since individuals have been recognized as subjects of international law, they are criminally liable for crimes committed regardless of their official status. State responsibility, on the other hand, may be established in the form of an omission: it is attributed to the State for failing to take adequate measures to prevent and suppress the act.

4. Establishment of criminal responsibility: the rule of the International Criminal Court

The investigation of crime and the punishment of offenders are primarily responsibilities of States; however, international crimes are offenses whose suppression is regulated within a context that extends beyond the exclusively national sphere¹⁹. The most frequently cited reason for this special treatment is that such crimes are perceived as harmful to universal values, transcending the particular system of each individual state community, and it is in the interest of every State to prevent and suppress their commission, regardless of where they occur. In addition to idealistic motivations, there are practical reasons for the international suppression of crimes: perpetrators often escape punishment due to the support of state institutions, making national systems ineffective²⁰. International responses are necessary in cases of crimes that violate universal values and are not easily punishable at the national level.

The first response consists in the creation of treaty-based or customary norms that authorize and sometimes require States to exercise broader criminal jurisdiction²¹. This

¹⁸ “The words “aggression committed by a State” clearly indicate that such a violation of the law by a State is a *sine qua non* condition for the possible attribution to an individual of responsibility for a crime of aggression” (Report of the ILC, 1996, 86).

¹⁹ A. Marchesi, *La Corte Penale Internazionale: ruolo della Corte e ruolo degli Stati*, in *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia* (ed. G. illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio), Torino, 2000, 28 ss.

²⁰ The phenomenon of impunity is described very well in the first chapter of Amnesty International Report 1992, called “Getting away with murder”.

²¹ Amnesty International reports that, in total, 163 of the 193 UN Member States «can exercise universal jurisdiction over one or more crimes under international law, either as such crimes or as ordinary crimes

system, governed by provisions that regulate crucial aspects of criminal justice such as immunity, exclusion of unlawfulness, statute of limitations, allows other States to prosecute those responsible for systematic human rights violations, thereby facilitating the punishment of offenders.²²

The other tool for the repression of international crimes is the creation of International Criminal Tribunals that fill gaps in domestic justice. This second approach gained significance with the establishment by the United Nations Security Council of the two *ad hoc* Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, in 1993 and 1994 respectively, and subsequently with the adoption, in July 1998, of the Statute of the International Criminal Court. Moreover, there are more recent models of regional tribunals, defined as "mixed" or "internationalized" due to the international elements that characterize their operation.²³

There is no single method for determining international criminal responsibility; rather, there are various tools that can be used individually or in combination, depending on the situation and various factors such as the parties' objectives, their willingness to reconcile, the severity of the crimes, the duration of the conflict, and other internal and external variables.²⁴

Certainly, the International Criminal Court (ICC), in our opinion, can be considered the most suitable judicial authority to prosecute such violations. Established by a multilateral treaty, the ICC, unlike the other mechanisms described so far - which operate for a limited period - has a permanent character²⁵ and adjudicates international crimes committed in the territories of States Parties, or by their citizens, subsequent to the entry into force of the Statute²⁶.

Moreover, a distinguishing characteristic of the ICC, which sets it apart from *ad hoc* Tribunals, is its complementary nature: while the Tribunals take precedence over national courts, the ICC may intervene only when the State is "unwilling or unable" to prosecute the crimes within its jurisdiction (the so-called "principle of complementarity").

under national law » See Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World – 2012 Update* (2012), at 2.

²² A. Cassese, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford 2012; Id. *L'incidence du Droit International sur le Droit Interne*, France 2002; F. Lafontaine, *Universal Jurisdiction – the Realistic Utopia*, in *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 1277-1302; G. P. Fletcher, *Against Universal Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), 580-584; R. O'Keefe, *Universal Jurisdiction - Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice* 2(2004), 735-760;

²³ For example, *The Special Court for Sierra Leone*, (SCSL), also called the Sierra Leone Tribunal, was a judicial body set up by the government of Sierra Leone and the United Nations; *Special Panel for Serious Crimes* (also called the East Timor Tribunal) was the hybrid international–East Timorese tribunal that was created in 2000 by the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) to try cases of "serious criminal offenses" which took place in East Timor in 1999; the *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* – ECCC 18) See <http://www.eccc.gov.kh/>.

²⁴ M. C. Bassiouni, *La valutazione delle conseguenze dei conflitti: L'accertamento delle responsabilità e l'impunità*, in *Criminalia* 2010, 44 e ss.

²⁵ ICC Statute, Article 1.

²⁶ ICC Statute Article 4 (2).

This unwillingness (lack of will), inability (incapacity) or "institutional collapse" of the State underpins the principle of subsidiarity. The provision for only subsidiary intervention by the ICC addresses the dual need to respect national sovereignty while simultaneously establishing an international criminal justice system primarily exercised by local jurisdictions²⁷.

In this way, domestic legal systems act as the main players in international criminal justice and are encouraged to equip themselves with the appropriate structures for conducting investigations and proceedings, which presupposes the adoption of adequate national legislation²⁸. The innovative role attributed to States Parties is recognized in the Preamble of the ICC Statute, which states that "the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation."

For these reasons, the ICC represents the most suitable criminal justice tool for the repression of international crimes. However, it is important to highlight the evident structural operational limits that significantly constrain its action, primarily the jurisdiction *ratione loci* and *ratione materiae*.

Pursuant to Article 12 of the Rome Statute, the ICC can exercise its jurisdiction over crimes committed in the territory of a State Party or crimes committed by a national of a State Party. The jurisdiction *ratione materiae* is delineated by Article 5 of the Statute, which stipulates that the Court may act only in the presence of the most serious crimes of international concern (the so-called core crimes): genocide, crimes against humanity, war crimes, and, subject to certain conditions, the crime of aggression.

Furthermore, the Court exercises its jurisdiction solely over natural persons suspected of committing criminal offenses outlined in the Statute. It excludes the possibility of asserting jurisdiction over States, legal persons (Article 25), and individuals under the age of 18.

Despite the various limitations affecting its efficacy, as demonstrated in recent conflicts, the ICC is and remains the most competent body to judge international crimes; on one hand, because it guarantees uniform judicial standards, and on the other, because it exercises its jurisdiction while respecting national sovereignty.

Indeed, it represents the most emblematic form of international judicial cooperation, indispensable for combating particularly invasive criminal phenomena²⁹. Moreover, the recent decisions made by the ICC against some non-signatory States of the Rome

²⁷ M. Crippa, Sulla (perdurante?) Necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello statuto della corte penale internazionale, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2016.

²⁸ M. Bergsmo, O. Bekou, A. Jones, Complementarity and the Construction of National Ability, in C. Stahn, M. El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity, From Theory to Practice*, Cambridge 2011, 1052-1070. See also: K. L. Doherty, T. L. H. McCormack, Complementarity as a "Catalyst" for Comprehensive Domestic Penal Legislation, in *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* 5/1999, 147.

²⁹ See M.C. Bassiouni, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il "sistema di esecuzione indiretta" e i regimi di "cooperazione inter-statale in materia penale"*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005, 33.

Statute clearly underline the importance of adhering to international humanitarian law norms, whose developments will be considered in both the short and long term³⁰. This is a strong message from the Court, which, despite its statutory limitations, intends to and must play its part in delivering justice and ensuring respect for international law³¹.

References

- Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World – 2012 Update* (2012).
- AA.VV., “Complementarity and the Construction of National Ability”, in C. Stahn, M. El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity, From Theory to Practice*, Cambridge, 2011, 1052-1070.
- Bassiouni, M. C. *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Ardsley - New York, 1997.
- Bassiouni, M. C. “Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il “sistema di esecuzione indiretta” e i regimi di “cooperazione inter-statale in materia penale”, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005.
- Bassiouni, M. C. “La valutazione delle conseguenze dei conflitti: L’accertamento delle responsabilità e l’impunità”, in: *Criminalia*, 2010.
- Cassese, A. *L’incidence du Droit International sur le Droit Interne*, France, 2002.
- Cassese, A. *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2012.
- Centonze, A. “Crimini di guerra e contro l’umanità (tutela delle persone offese da)”, in: *Digesto Disciplina Penalistica*, 10/2016.
- Chiarini, G. *Le (im)possibilità della Corte Penale Internazionale nella crisi ucraina*, in: www.ispionline.it/, 3 Mar 2022.
- Crippa, A. “Sulla (perdurante?) Necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello statuto della corte penale internazionale”, in: *Diritto Penale contemporaneo*, 2016.
- Continiello, A. “Gli istituti del crimine di aggressione e del crimine di guerra nel diritto internazionale”, in: *Giurisprudenza Penale*, 3/2022.
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948.

³⁰ In March 2023, the ICC announced arrest warrants for Russian President Vladimir Putin and Russia’s Commissioner for Children’s Rights Maria Lvova-Belova for war crimes, as part of its investigation into crimes committed in Ukraine. In May 2024, The ICC Prosecutor Khan applied for arrest warrants for Israeli Prime Minister Netanyahu and Defense Minister Gallant. The request also included Hamas leaders Yahya Sinwar, Ismail Haniyeh, and Mohammed Diab Ibrahim al-Masri, also known as Mohammed Deif.

³¹ G. Chiarini, *Le (im)possibilità della Corte Penale Internazionale nella crisi ucraina*, in www.ispionline.it/, 3 Mar 2022.

- Doherty, M. K. L., McCormack, T. L. H., “Complementarity as a “Catalyst” for Comprehensive Domestic Penal Legislation”, in: *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 5/1999.
- Fletcher, G. P. “Against Universal Jurisdiction”, in: *Journal of International Criminal Justice* 1/2003.
- Francioni, F. “Voce Crimini internazionali”, in: *Digesto Disciplina Pubblicistica*, Torino, 1989.
- ICC Statute, Article 30(2)(a).
- Grech, O. *The contextual elements in Crimes Against Humanity: key developments from the Nuremberg Tribunal to the Rome Statute*, www.um.edu.mt, 2021.
- Lafontaine, F. “Universal Jurisdiction – the Realistic Utopia”, in: *Journal of International Criminal Justice* 10/2012.
- Lobba, P. “I crimini di guerra”, in Amati *et al.*, *Introduzione al diritto penale internazionale* 3, Torino, 2016.
- Maculan, E. “La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori”, in: *Archivio Penale*, 3/2011.
- Mantovani, F. *Diritto Penale*, Padova 2015.
- Marchesi A. *La Corte Penale Internazionale: ruolo della Corte e ruolo degli Stati*, in *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia* (ed. G. illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio), Torino, 2000.
- Mettraux, G. “International Crimes: Law and Practice”, in: *Oxford Scholarly Authorities on International Law*, 13 June 2019.
- Pisani, M. “La penetrazione del diritto penale internazionale nel diritto penale Italiano”, in: *Indice penale*, 1979.
- O’Keefe, R. “Universal Jurisdiction - Clarifying the Basic Concept”, in: *Journal of International Criminal Justice* 2/2004.
- Ronzitti, N. *Introduzione al diritto internazionale*, V ed., Torino, 2016.
- Vassalli, G. *La giustizia internazionale penale*, Milano, 1995.
- Virgilio, M. M. “Verso i principi generali del diritto criminale internazionale”, in *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia*, (ed. G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio), Torino, 2000.
- Zanghì, C. Panella, L. *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Torino, 2019.

THE IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON STATE SOVEREIGNTY*

Abstract

Climate change is a global phenomenon that knows no boundaries and therefore has the potential to seriously disrupt traditional concepts of state sovereignty. Climate change leads to extreme weather events such as hurricanes, floods, and droughts. In June 2009, the United Nations General Assembly recognized, in resolution A/64/281, that climate change can have implications for security. When states face serious difficulties in addressing these issues, their ability to maintain sovereignty over their territory can be called into question. Rising sea levels result in the loss of territory for archipelagic states, which can lead to the extinction of statehood and the loss of international subjectivity. Increased climate migration can lead to demands for changes in borders or territorial autonomy, which could threaten the sovereignty of existing states. The first part of the article analyzes the concept of international subjectivity of states and state sovereignty in the classical sense, then examines the issue of deterritorialized states due to the impact of climate change. The article then analyzes how climate migration and the emergence of climate refugees affect state sovereignty. Particular attention is paid to potential demands for territorial and cultural autonomy by climate refugees from climate-deterritorialized states.

Keywords: *state sovereignty, climate change, migrations, climate refugees, cultural autonomy, climate-deterritorialized states.*

* LLM, Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-7565-154X>

E-mail: lj.tintor@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA SUVERENITET DRŽAVA

Apstrakt

Klimatske promene su globalni fenomen koji ne poznaje granice, te stoga imaju potencijal da ozbiljno naruše tradicionalne koncepte državnog suvereniteta. Klimatske promene dovode do ekstremnih meteoroloških događaja poput uragana, poplava i suša. U junu 2009. godine, Generalna skupština Ujedinjenih nacija je priznala, rezolucijom A/64/281, da klimatske promene mogu imati implikacije po bezbednost. Kada se države suoče sa ozbiljnim poteškoćama u rešavanju ovih problema, može se dovesti u pitanje njihova sposobnost da održe suverenitet nad svojom teritorijom. Porast nivoa mora izaziva gubitak teritorije arhipelaških država što može prouzrokovati gašenje državnosti i gubitak međunarodnog subjektiviteta. Povećane klimatske migracije mogu dovesti do zahteva za promenom granica ili teritorijalne autonomije, što bi moglo da ugrozi suverenitet postojećih država. U prvom delu članka analizira se pojam međunarodnog subjektiviteta država i državne suverenosti u klasičnom smislu, zatim se sagledava problem deteritorijalizovanih država usled uticaja klimatskih promena. Zatim se u članku analizira kako klimatske migracije i pojava (klimatskih izbeglica) utiču na državnu suverenost. Naročita pažnja posvećuje se mogućim zahtevima za teritorijalnom i kulturnom autonomijom klimatskih izbeglica iz klimatski deteritorijalizovanih država.

Ključne reči: *suverenitet države, klimatske promene, migracije, autonomija, klimatske izbeglice.*

1. Introduction

Climate change has emerged as a critical global challenge of the twenty-first century, with increasingly severe ecological, economic, and social repercussions. It leads to floods, desertification, fires, and a scarcity of food and potable water. As the world contends with rising temperatures, extreme weather events, and shifting ecosystems, one of the most evident effects is the growing number of climate-induced migrations. A large influx of climate migrants can pose a significant challenge to the sovereignty of the state. Beyond impacting individuals and communities, climate change also significantly affects state sovereignty. Sovereignty, a fundamental principle of international relations, traditionally denotes a state's capacity to autonomously govern its territories, people, and resources. However, climate change presents various challenges that can undermine this sovereignty.

As a transnational phenomenon, climate change requires international cooperation and coordination, as it is a common concern of humanity. States often face challenges that transcend national borders, necessitating joint responses at regional and global levels. Given these complexities, it is crucial to consider potential legal and political solutions to address the impact of climate change on state sovereignty.

The first part of this article will analyze the concept of state sovereignty and international subjectivity in the classical sense, followed by an examination of the issue of climate-deterritorialized states resulting from the impact of climate change. It will then explore how climate migrations influence state sovereignty, with particular attention to potential demands for territorial and other forms of autonomy due to these migrations. The article will investigate possible solutions to the challenges that climate change poses to state sovereignty, culminating in concluding considerations.

2. The Concept of State Sovereignty in the Classical Sense

The concept of sovereignty has been present since the emergence of the first states, and the classical notion took its contemporary form following the Peace of Westphalia in 1648. The late nineteenth century was characterized by the growth of the theory (and the practice) of absolute sovereignty in Germany, and later in England.¹ The widely accepted perspective that developed after the French Revolution and the American Civil War posits that the bearer of sovereignty is the people, as authority derives from and belongs to the populace. It is that sovereignty resides with the people, as the authority derives from the people and belongs to the people. Within political philosophy, however, internal and external sovereignty are generally assessed by different criteria. Claims to internal sovereignty are evaluated based on accounts of political legitimacy focused on the vertical relationship between ruler and ruled. A government's claim to authority over its inhabitants

¹ A. K. Henrikson, "Sovereignty, Diplomacy and Democracy: The Changing Character of "International Representation" — From State to Self", *Comparative Politics (Russia)*, 2015, 7-8.

is only justified if that relationship bears the marks of legitimacy. External sovereignty, which entails the right of the people to determine their own foreign policy.² The internal sovereignty reflected in the inalienable right of the people to decide on their internal socio-political and economic organization.³ Sovereignty is defined as the right and attribute of state authority to be the highest and independent within its territory, meaning it is free in decision-making and superior to all other authorities and individuals, and can impose its will upon them. These aspects of state sovereignty have traditionally been considered fundamental to the functioning of the international order. When discussing the concept of classical sovereignty, a key segment is territorial integrity, as sovereign authority has full control over legislation, administration, and the judicial system within its borders. The advocates of this doctrine articulated that sovereignty is not merely the supreme authority – *summa potestas* i.e. an authority over which there is no other authority, but also the plenitude *potestas*, that is, full and more or less unlimited power.

One of the fundamental principles underlying contemporary international law is the principle of sovereign equality and independence of all states.⁴ These two ideas are considered complementary and are often deemed self-evident: equality is implicit in sovereignty, or sovereignty presupposes equality. State sovereignty is a fundamental prerequisite for acquiring international subjectivity. A state that does not possess sovereignty cannot be recognized as an independent entity in the international community, and thus cannot have international subjectivity. However, international subjectivity also contributes to strengthening sovereignty by enabling a state to participate effectively in international relations and protect its interests on the global stage. From the standpoint of international law, however, sovereignty does not refer to unlimited power, but to the fact that it is not subject to any higher authority or obligation to which the sovereign state has not consented.⁵ This definition, in itself, does not imply any substantive obligations. It implies the freedom of the state to use the powers at its disposal in a manner it deems appropriate. State integrity and sovereignty should imply freedom from intervention.

However, in the contemporary context, we face challenges that question the absoluteness of classical sovereignty, supported by the argument that today's relations are different, rendering the concept of sovereignty outdated. In line with these tendencies, steps are proposed toward denying or at least significantly limiting sovereignty, which

² External sovereignty is, on the other hand, about the horizontal relationship amongst equals, at least equals from the perspective of the normative framework of international relations. Standards of legitimacy for external sovereignty have tended to ignore the internal relationships constitutive of internal sovereignty. Consequently, most accounts of the legitimacy of external sovereignty do not depend on standards of internal legitimacy. This is not to say that there aren't those who challenge the validity of the internal-external divide. J. Kassner, *Climate Change and Sovereignty An Essay on the Moral Nature and Limits of State Sovereignty*, Springer, New York, 2021, 27.

³ Đ.Ninčić, „Ideološko-politička suština i pravni izražaji teorije o ograničenom suverenitetu“, *Međunarodni problemi* br. 1, Beograd 1969, 9–24.

⁴ United Nations, Charter of the United Nations, 1 UNTS XVI, 24 October 1945. art. 2/1.

⁵ H. Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?” in: P. Alston & E. MacDonald, (Eds). *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 33–86.

gains particular significance in the 20th century with globalization and the gradual proliferation of international law.⁶

States have always voluntarily limited their freedom of decision-making by creating international legal customs and concluding international treaties, and more recently, through other means such as membership in international organizations.⁷ These organizations often set standards and requirements that states must meet to participate in the international community, which limits their full sovereignty. A number of experts have linked the need for limited state sovereignty to the protection of human rights, particularly environmental protection.⁸ International norms and human rights standards set boundaries for states' actions toward their own citizens and foreigners within their territory. In today's global world, we witness that human rights are becoming universal rights, approaching a form of *ius cosmopolitanum*.⁹

The types of limitations to which sovereignty can be subject in the name of human rights are diverse. The degree of sovereignty limitation justified by the protection of human rights or environmental protection can vary depending on the monitoring mechanisms. While it is generally accepted that protecting human rights necessitates limiting sovereignty in the classical sense, it is important to explicitly establish these limitations. The key aspect of assessing the degree of any sovereignty limitation is undoubtedly the issue of control. This problem is not limited to human rights but pertains to international law as a whole.

International subjectivity is closely related to the question of state sovereignty. Contemporary international law does not contain any legal norm that lists its subjects or even regulates the conditions for acquiring international legal subjectivity, which opens up the possibility of recognizing the subjectivity of entities that now have or will have limited (partial) sovereignty. If we take the concept of sovereignty as a basic element of international legal personality, all international relations would appear as interstate relations, leading to the notion that states are the only subjects of international law.¹⁰ On the

⁶ The non-absoluteness of sovereignty does not mean a lack of supremacy, because that would mean that sovereignty no longer exists, but it means that the sovereign is not the highest authority in some matters. D.R. Philpott, "Sovereignty: An Introduction and Brief History", *Journal of International Affairs*, 48, 1995. 353-368.

⁷ B.Krivokapić, "Državna suverenost i međunarodno pravo u eri globalizacije", in *State Order Sovereignty in the Era of Globalization*, Serbian Academy of Sciences and Arts, Beograd, 2019. 359.

⁸ Recent humanitarian crises have further called into question the inviolability of sovereignty. The international community widely accepts that states have a responsibility to refrain from committing (or allowing) mass violations of human rights against their citizens (for example, genocide or ecocide), and that in failing to uphold such responsibilities, they forfeit their sovereignty. See more Lj.Tintor, „Perspektiva ekocida kao međunarodnog krivičnog dela“, *Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović Tom I*, 2021,275-292; ICSSR, *The Responsibility to Protect Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty- report*, 2001, 7-12; A. Etzioni, "Defining Down Sovereignty: The Rights and Responsibilities of Nations" *Ethics & International Affairs*, 30(1), 2016, 5–20.

⁹ J. Habermas, *L'intégration républicaine : essais de théorie politique*, Paris Fayard, 1998. 164.

¹⁰ C. Berezowski, "Les problèmes de la subjectivité internationale" In: *Mélanges Offerts à Juraj Andrassy*, Springer, 1968. 31-53.

contrary, if we do not insist on the element of sovereignty, we approach a much broader concept of international legal personality, which is certainly more appropriate given the globalization of society and the challenges facing international law, such as climate change. On one hand, a state is free to undertake activities within its own territory at its discretion, but on the other hand, according to the *no harm* principle, a state must not violate the sovereignty of other states or cause them harm through its activities.¹¹ Treaties addressing climate change issues, such as the Framework Convention on Climate Change and the Paris Agreement, require substantial international cooperation to achieve their goals of halting temperature rise, which significantly limits state sovereignty. The role of sovereignty is not only relevant in determining whether states can be held accountable for their inaction regarding climate change, but also in considering whether states adversely affected by climate change must accept assistance from other states or other international legal entities. If the stance is accepted that a state, by virtue of its sovereignty, is responsible for ensuring the respect of human rights for its population, then accepting assistance from the international community in combating climate change would not constitute a violation of sovereignty.

3. The Impact of Climate Change on State Territory

In the reports of the International Law Association and the IPCC predicted an average sea level rise of 98 cm by 2100.¹² In June 2009, the United Nations General Assembly recognized, through Resolution A/64/281, that climate change can have security implications.¹³ When states face serious difficulties in addressing these issues, their ability to maintain sovereignty over their territories may be called into question. Sea-level rise results in the loss of territory for archipelagic states. If this assumption materializes, many island nations such as the Maldives, Kiribati, and Tuvalu would lose their territories, which would bring their sovereignty into question under contemporary international law since they would lose one of the constitutive elements provided by the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States.¹⁴ The constitutive elements are a

¹¹ Principle of No Harm (also known as the "no-harm rule") is a fundamental tenet in international law, particularly in environmental law, that obligates states to prevent, reduce, and control the risk of environmental harm to other states. See more R.Verheyen, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Brill | Nijhof, 2005, 45-90.

¹² International Panel on Climate Change (IPCC) underlined that "the atmosphere and ocean have warmed, the amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen. Greenhouse gases (GHGs) are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century. See more ILA, Final Report Committee on International Law and Sea Level Rise - International Law Association, 2024, 3-7.

¹³ United Nations General Assembly, Resolution A/64/281, 2009. Climate change and its possible security implications

¹⁴ Their total population is approximately 9 million, and the land area is about 500,000 km². A. Maas, A. Carius, "Territorial Integrity and Sovereignty: Climate Change and Security in the Pacific and Beyond",

permanent population, a defined territory, a government, and the capacity to enter into relations with other states.

When the states most affected by sea-level rise gained independence during the second wave of decolonization between the late 1960s and late 1970s, the danger of losing territory or permanent population due to rising sea levels was not yet sufficiently recognized. Therefore, this situation was not taken into account in the Montevideo Convention. The loss of part or all of the territory, as one of the constitutive elements of statehood, will affect the international subjectivity of these states. In recent times, international law has faced some alternative viewpoints regarding the preservation of de facto or at least de jure statehood of disappearing island states, although these views are primarily focused on finding solutions for the population of these states. Some authors have called for a re-examination of the necessity of the simultaneous existence of all four elements of statehood as provided by the Montevideo Convention.¹⁵ Such a situation could lead to the creation of *sui generis* subjects of international law, such as climate-deterritorialized states.¹⁶ The International Law Association (ILA) established the Committee on International Law and Sea Level Rise to tackle these challenges. Although the committee, in its first mandate, did not explicitly address the issue of state extinction due to sea level rise, it adopted a position that deviates from the traditional understanding of the doctrine of statehood. This stance arises from the inherent bias of international law in favor of stability and order. Thus, the view that a state retains international subjectivity, and thereby sovereignty, has been accepted. Low-lying island states have expressed concern about the challenges that sea level rise poses to their continuity since the late 1980s, even before the United Nations Framework Convention on Climate Change was adopted at the Rio Conference in 1992. Furthermore, although they have very limited land area, Pacific island states have benefited from the so-called expansionist evolution of the international law of the sea towards the distribution of sovereignty and jurisdiction over larger maritime areas.¹⁷ Sea level rise causes the low-water line along the coast, which marks the normal baseline, to retreat, moving inland, and sea level rise can alter the land-to-water ratio as provided in Article 46 of UNCLOS, which will revolutionarily change the boundaries of maritime zones over which states have sovereignty or certain jurisdictions.¹⁸ The open question remains whether, in the event that the territory of that state completely disappears, the maritime zones that were under the sovereignty

In: J.Scheffran, M. Brzoska, H.Brauch, P.Link, J. Schilling, (eds) *Climate Change, Human Security and Violent Conflict. Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace*, 2012. 651.

¹⁵ J.Crawford, "The Creation of States in International Law", 2nd ed Oxford:Clarendon Press, 2006, 45-61.

¹⁶ As a possible new subject of international law, in addition to climate-deterritorialized states, nature is increasingly being considered. See more Lj.Tintor, "Subjektivitet prirode u međunarodnom pravu- između fikcije i realnosti", *Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, Beograd*, br. 2 2022. 305-325.

¹⁷ See more about the legal status of different parts of the sea B.Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Poslovni i pravni fakultet Univerziteta "Union-Nikola Tesla", Institut za uporedno pravo Beograd, 2017, 797-804.

¹⁸ United Nations Convention for the Law of the Sea (adopted on 10 December 1982, entered into force on 10 November 1994), 1833 U.N.T.S. 397, Article 46.

of that state will become open sea or will these zones belong to neighboring states. Given these problems, in recent years, states have resorted to signing bilateral agreements on national sovereignty, which is questionable how sustainable they will be if the territories are completely submerged.

The instability of a state's territory throughout the history of international law has not proven to be a significant obstacle to state sovereignty and international subjectivity. Maintaining all legal attributes of statehood and continuing to enjoy sovereign equality would distinguish climatically deterritorialized island states from other non-territorial entities, such as the Sovereign Military Order of Malta, which, after losing its territory, was reduced to an international subject with only functionally limited competencies.¹⁹ Sovereignty in the case of the Maltese Order or the Holy See does not include territoriality and statehood. Conversely, the territoriality of a subject of international law does not necessarily entail sovereignty or statehood.²⁰

However, even as we move towards redefining the concept of sovereignty and statehood, territory is still regarded as an essential element. The relocation of a "state" after the permanent loss of its entire territory would be legally impossible, as it would thereby lose its statehood and cease to exist as a state. Therefore, it is not surprising that island states, faced with climate change and rising sea levels, have been compelled to institutionalize their joint efforts in combating this common threat.²¹ Sovereignty over peoples is a crucial aspect for climate deterritorialized states facing the loss of physical territory due to climate change. Retaining sovereignty over their citizens allows these states to continue to exist as legal and political entities, govern their peoples, and preserve their identity and rights.

Climate deterritorialized states should continue issuing legal documents such as passports, ID cards, and other identification papers to maintain the connection between the population and the state even though there may not be territorial continuity. Accordingly, states could gain recognition for the concept of "virtual territoriality," where they utilize digital platforms to conduct state functions and provide services to their citizens. Citizenship could be preserved for citizens of climatically deterritorialized states. Although these states would lose physical territory, they could retain rights to economic zones, including the right to exploit marine resources in former territorial waters and

¹⁹ R. Rayfuse, *International Law and Disappearing States: Utilising Maritime Entitlements to Overcome the Statehood Dilemma* *Env'tl Pol'y & L* 2011, 281-285.

²⁰ D. Lapaš, "Climate Change and International Legal Personality: "Climate Deterritorialized Nations as Emerging Subjects of International Law?" - *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international*, 2022, 15

²¹ By the early 1970s, the disappearing island states had formed a group of developing island countries (1972–82) and, later, island developing countries (1983–92) and, since the beginning of the 1990s, the Alliance of Small Island States (AOSIS) and small island developing states (SIDS). Small island developing states (SIDS) are a distinct group of developing countries facing specific social, economic, and environmental vulnerabilities. SIDS were recognized as a special case both for their environment and development at the United Nations (UN) Conference on Environment and Development, which is also known as the Earth Summit, held in Rio de Janeiro in 1992. Presently, SIDS represent thirty-nine UN member states and nine associate members non-self-governing territories. *Ibid.*, 15-16.

exclusive economic zones, as well as the right to compensation for the exploitation of natural resources of the seabed in those zones. SIDS, resources are intrinsically linked to through revenues coming from fishing licences and the fishing industry.²² Climate deterritorialized states could retain sovereign rights to preserve cultural and historical heritage, including the protection of language and customs, even if the physical territory no longer exists.

Possible solutions to the problems of these countries could be considered through the introduction of an international fund for territory buyouts. The largest financial burden in this fund should be borne by the countries that are the biggest polluters in terms of GHG emissions. Such a solution could not be considered particularly revolutionary considering that the Loss and Damage Fund already exists.²³ Additionally, some countries like Kiribati have already begun purchasing private land to facilitate population relocation in case of need.²⁴ The possibility of restoring sovereignty to countries that have lost territory due to the negative consequences of climate change is through the relinquishment of parts of their territory. Relinquishment can be done in various ways, from gifts to long-term leases or concessions.²⁵ However, it is difficult to imagine that any of the countries today would voluntarily decide to cede part of their territory. In the context of sovereignty, although countries can secure a sufficient amount of land in another country, for example through purchase, according to current regulations of international law, they do not necessarily gain sovereign rights or the right to enact their own laws under Article 1 of the Montevideo Convention. Instead, the buying country will likely only have property in another country in the same way that an individual owns private property abroad, in which case they must respect the laws of the host country. However, if a additional convention on climate refugees is adopted in the near future, the issue of sovereign rights of countries that are deterritorialized due to climate change may be regulated differently. Another possible solution for maintaining the sovereignty of disappearing states could be the establishment of artificial islands (archipelagos). Nevertheless, the emergence of the European Union in international law has shown that the concept of sovereignty can be completely independent and separate from physical territory. Therefore, the emergence of climate deterritorialized states should not be a revolutionary threat to sovereignty.

²² A. Powers, C. Stucko "Introducing the Law of the Sea and the Legal Implications of Rising Sea Levels" In: MB. Gerrard, GE. Wannier, *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*. Cambridge (eds.) *University Press*, 2013,123-140.

²³ See: Fund for responding to loss and damage, <https://unfccc.int/loss-and-damage-fund-joint-interim-secretariat> 08.06.2024.

²⁴ Kiribati has so far purchased about 8 square miles on the Fijian island of Vanua Levu for just under \$9 million, potentially for relocating its population there one day. However, the Kiribati government has bought the property from the Church of England, although there has not yet been formal recognition of the transfer of sovereignty by the Fijian government. J. Ellsmoor, Z. Rosen Kiribati's land purchase in Fiji: does it make sense? <https://devpolicy.org/kitibatis-land-purchase-in-fiji-does-it-make-sense-20160111/> 05.06. 2024.

²⁵ See: Krivokapić, 2017, 686-699.

4. Climate Refugees as a Challenge to State Sovereignty

Mass migrations represent one of the key challenges impacting the limitation of sovereignty in contemporary international law. For this reason, in 2018, the UN General Assembly overwhelmingly supported the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration (GCM) and the Global Compact on Refugees. Unlike traditional forms of migration, which can be driven by economic or political factors, climate-induced displacement is often the result of environmental factors such as floods, droughts, and desertification. The Teitiota case has raised the question of the impact of climate migrations and the emergence of climate refugees, a still undefined category in international law, on state sovereignty²⁶ The term "climate refugee" was coined by Lester R. Brown, but it gained significance only at the end of the last century. The first definition provided by Essam El-Hinnawi defines climate refugees as "people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life".²⁷ Given the lack of a unified definition, many have attempted to offer an adequate definition. For instance, Norman Myers defined "environmental refugees" as "people who can no longer secure a livelihood in their homelands because of soil erosion, drought, deforestation, and other environmental problems, compounded by pressures of population and poverty".²⁸ The International Organization for Migration uses the term "environmentally displaced persons," defining it as "persons or groups of persons who, predominantly for reasons of sudden or progressive changes in the environment, are obliged to leave their habitual homes or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad".²⁹ Climate migrants (refugees) base their claim for refugee status not only on the dangers that climate change poses to life and property but also on the inability to lead a decent life and enjoy the right to a clean and healthy environment and the right to a safe climate.

However, the fact that developed countries are trying to find solutions to block the mass influx of migrants from developing countries makes it unlikely that a new category of migrants affected by climate change will be deemed worthy of protection. One reason climate refugees are not yet recognized in international law is that, in the case of gradual environmental changes, displacement begins as a voluntary process (to some extent) and becomes forced as the region becomes uninhabitable due to, for example, a lack

²⁶ Ioane Teitiota (the applicant), a citizen of the small Pacific island nation of Kiribati, applied for refugee status in New Zealand on the grounds that the risks to his life posed by climate change forced him to leave Kiribati. The Immigration and Protection Tribunal denied his application, and this decision was upheld on appeal by the High Court, the Court of Appeal, and the Supreme Court. See more *Ioane Teitiota v New Zealand* CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC), 7 January 2020.

²⁷ E. El-Hinnawi, *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programme 1985, 4.

²⁸ N. Myers, „Environmental Refugees: a Growing Phenomenon of the 21st Century“ 357 *Philos Trans R Soc Lond Biol Sci.* 2002, 609-613.

²⁹ L. A. Hiraide, "Climate refugees: A useful concept? Towards an alternative vocabulary of ecological displacement", *Politics*, 43(2), 2023, 267-282

of drinking water or prolonged periods of flooding.³⁰ This example demonstrates how thin the line is between those who move "voluntarily" and those who cross state borders out of necessity due to environmental changes. The impact of climate change cannot be cited as a basis for persecution under the current provisions of the Refugee Convention.³¹ There are two primary reasons that climate change (even when it indirectly affects someone's health or life)

Is not the sort of thing that can propel migration that fits under the UN's definition of refugees: the lack of an intentional actor and its indiscriminate nature. In allegations of human rights violations, the states are the accused parties, and international law has yet to treat states as the perpetrator causing the land to be uninhabitable due to climate conditions.³² Additionally, states compelled to accept climate refugees can argue that migration is driven by other causes, such as seeking better economic opportunities. Emphasizing a single factor in migration could result in many developed countries wanting to prevent the establishment of a framework for the protection of people displaced by climate-induced stresses.³³ States also argue that protecting their sovereignty from mass migrations means that people affected by weather events caused by climate change do not cross borders but are internally displaced, leaving them under the protection of their home state. Another argument against climate migrants is that their protection would not be temporary, as with refugees, but permanent, which would significantly affect population structures.

The first significant steps toward filling the legal gap faced by climate refugees were attempted in 2012 through the Nansen Initiative. This state-led consultative process established a non-binding agenda for the protection of persons displaced across borders in the context of disasters and climate change, which was endorsed by 109 states in October 2015.³⁴ One solution to the problem of climate refugees might be reintro-

³⁰ J. McAdam, "Swimming against the tide: why a climate change displacement treaty is not the answer" *Int J Refug Law* 23(1): 2011, 2–27.

³¹ "A refugee is any person who, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, is outside the country of their nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail themselves of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of their former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it." UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, 28 July 1951, Article 1.

³² In order to count as refugees under the UN's definition, climate refugees would have to flee as a result of a rights violation that is arbitrary and discriminative. That is, while the impacts of climate change may be felt by the most vulnerable in society, it is hard to establish that the impacts of climate change are selective to the individual or their recognizable group. S. A. Kolmes, S. K. Kolmes, P. H. Lin, "What Lies Ahead: How Aid for Climate Refugees Must Focus on Human Rights and Human Health", *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 64(3), 2022, 7–16.

³³ J. McAdam, "Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change" *The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-refoulement American Journal of International Law* Volume 114 Issue 4, 2020, 708.

³⁴ See: Nansen Initiative Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change (Protection Agenda) in October 2015.

ducing documents like the Nansen passport to provide urgent assistance to climate refugees.³⁵ When applying the principle of non-refoulement to refugees whose reason for flight is linked to the environment, additional challenges arise. Todić believes that certain amendments to the Refugee Convention's non-refoulement principle section would be desirable to better protect the lives of climate refugees.³⁶ The development of international consensus resulted in the adoption of the UN New York Declaration for Refugees and Migrants in September 2016. This marked a timely acknowledgment of the “adverse effects of climate change, natural disasters (some of which may be linked to climate change), or other environmental factors,” in combination with other factors, as drivers of migration.³⁷

According to the latest statistics from the Internal Displacement Monitoring Centre, over 376 million people worldwide have been forcibly displaced due to floods, storms, earthquakes, or droughts since 2008, with a record 32.6 million in 2022 alone.³⁸ The number of people who could become climate refugees due to food shortages and other adverse effects of climate change could rise to over 200 million annually by 2050.³⁹ This number of climate migrants would undoubtedly impact the host states' reception capacities. In this context, the President of Kiribati, Anote Tong, noted in his address to the UN General Assembly in 2008 that “such large-scale evacuations require long-term planning, so that when people migrate, they can do so with dignity”.⁴⁰ The burden of receiving climate refugees could be proportionally distributed according to each country's annual emissions. Preliminary legal adjustments to new climate realities could consist of a series of international agreements allowing states affected by climate change to retain their sovereign status.⁴¹ Their resource needs would be ensured through legal guarantees and resettlement agreements for all citizens, supported by the broader international community.

³⁵ The Nansen passport was an identification document for refugees and stateless persons introduced in 1922 under the auspices of the League of Nations. This passport aimed to assist people who had lost their nationality due to political changes, wars, and revolutions, enabling them to legally travel and seek asylum in other countries.

³⁶ D. Todić, “Izbeglice i promene u životnoj sredini u međunarodnom pravu“, *Strani pravni život, Institut za uporedno pravo Beograd*, br.3,2019, 10.

³⁷ E. Fornalé, “Collective Action, Common Concern, and Climate-Induced Migration“, In: S. Behrman, A. Kent eds. *Climate Refugees: Global, Local and Critical Approaches*, Cambridge University Press; 2022,107-126.

³⁸ A. Bilak et al., *Global Report on Internal Displacement 2021*, Internal Displacement Monitoring Center 2021.

³⁹ It should be emphasized that the exact number of how many of these will be internally displaced persons due to climate change and how many will have to leave their home country is unknown. UNHCR, The climate crisis is amplifying displacement and making life harder for those already forced to flee, <https://www.unhcr.org/what-we-do/build-better-futures/climate-change-and-displacement> 07.06.2024.

⁴⁰ Statement by His Excellency Anote Tong, President of the Republic of Kiribati, General Debate of the 63rd Session of the UN General Assembly (25 September 2008), online: <www.un.org/ga/63/general_debate/pdf/kiribati_en.pdf>.06.04.2024.

⁴¹ S. Byravan, R. Chella, “Providing New Homes for Climate Change Exiles“ *Climate Policy*, Vol. 6, 2006, 247-252.

Looking back at the colonial period, it is clear that the settlement of people during colonialism provides an example of how sovereign authority can be separated from specific territory and transferred to a mobile population of settlers. This interpretation separates the concept of political authority from territory. In other words, by analogy, climate refugees (migrants) do not conquer territory as an extension of their home country but transfer their sovereignty and political authority to new territories. This would mean that climate refugees create a new sovereignty, not tied to their original territory, but carried with them and adapted to new circumstances. The arrival of a large number of climate refugees can lead to changes in host countries' migration policies. States may be forced to adjust their laws and regulations to manage the influx of refugees, potentially leading to a loss of control over their borders and the implementation of policies under international community pressure. We have already seen such a situation during the previous migration crisis in the Western Balkans and the European Union. A sudden influx of refugees can destabilize the host country's political system, especially if the local population perceives refugees as a burden or threat. This can lead to the rise of populist and nationalist movements, destabilizing the government and threatening political stability, and even the sovereignty of the state.

5. The Right of Climate Refugees to Autonomy Versus State Sovereignty

Given that many climate refugees are forced to leave their countries involuntarily, there are interpretations suggesting that their right to self-determination is thereby violated, as well as their right to a free and genuine choice about their status and future.⁴² If climate refugees are relocated to another territory, it is likely that these communities in that area could demand various forms of autonomy (territorial autonomy or cultural autonomy). Self-determination is a fundamental right with many potential manifestations, and what is appropriate must be determined by the people exercising that right. All peoples can continue to strive for a greater degree of self-determination in the future. However, the question remains open as to whether climate refugees, given their status in relation to their home state or host state, have the same rights. Expanding the right to substantial autonomy or self-determination to climate refugees could lead to this right being granted to a group of people not based on shared ethnic origin but on shared lived experience. The experience of displacement is dislocating and limits the affected population's capacity to participate in the ongoing process of self-determination. On the other hand, ideas that are key to self-determination—such as political representation, the collective capacity to shape social, economic, and cultural destinies can empower people in particularly vulnerable circumstances.

In such conditions, international law would need to redefine the interpretations of concepts of territorial autonomy and the right to self-determination from a uniform

⁴² Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. Rep. 12, para 54–55.

state model based on state territory. Instead, the law now must begin to accept the changing character of state sovereignty by recognizing alternative forms of statehood in response to worsening climate conditions. Climate refugees who are purposefully relocated from deterritorialized states should be provided with participation in intergovernmental and international agreements, and protection of the right to political self-determination through regular elections of a government in exile. These governments of deterritorialized states would have the obligation to manage foreign assets and resources in the interest of their displaced citizens. Furthermore, the government would continue to represent the state without territory at the international level and protect the rights and interests of its citizens in relation to their new host state(s) based on diplomatic protection.

Beck argues that the increasing frequency and severity of climate-related disasters will require greater international cooperation.⁴³ Such cooperation should be built on existing legal frameworks, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which proclaim the right to self-determination and autonomy.⁴⁴ One possible solution is the application of *ius personae* to climate refugees, although the realistic possibility of accepting such a solution in contemporary international law is minimal. The situation of climate refugees would be even more difficult if members of a sinking state were dispersed across multiple countries. Then, members of the climate deterritorialized state, even though they would have refugee status, would find themselves in a similar situation to peoples who have not succeeded in establishing national states (par example Roma, Kurds).

If the idea is accepted that climate refugees should enjoy at least cultural autonomy if they cannot enjoy territorial autonomy, they can certainly base their claim on Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights, which provides that everyone has the right to freely participate in the cultural life of the community.⁴⁵ Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides a specific right for minorities to enjoy their culture.⁴⁶ While Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights expresses the universal right “to participate in cultural life.”⁴⁷ Although this right is guaranteed at an individual level, for its full realization it is necessary for it to be exercised in a group. Anaya, former United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, emphasized that Article 27 in practice protects both group and individual interests in cultural integrity.⁴⁸ Due to a justified fear of

⁴³ U. Beck, “Living in the world risk society.” *Economy and Society* 35, 2006, 329–345.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 217 A (III), 10 December 1948, Article 27.

⁴⁶ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, 16 December 1966, Article 27.

⁴⁷ UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, Treaty Series, vol. 993, 3, 16 December 1966, Article 15.

⁴⁸ S. J. Anaya, “International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State”, *27 Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2009, 22.

real assimilation, some indigenous peoples generally reject migration as a form of adaptation to climate change because they believe that ties to their territory are an essential part of their culture. Whether we choose to view autonomy as an evolving right or a limited State grant, it is important to ask the question of how the internationalization of minority rights is linked to the flexibility of autonomy. The Paris Agreement on climate change, while acknowledging the link between climate change and migration, does not guarantee any rights or specificities to this group of people. Climate refugees could be granted autonomy similar to that of indigenous peoples. This autonomy would include the right to establish "safe spaces" where they can live according to their own ways. This would entail the right to free, prior, and informed consent, the right to self-governance, the right to enter into treaties and agreements, as well as the legal obligation of the state to respect, protect, and promote their language and culture.⁴⁹ However, it is unrealistic to expect host countries to voluntarily grant such extensive rights to climate refugees, as doing so would significantly constrain state sovereignty. Granting climate refugees the same level of autonomy as indigenous peoples would imply acknowledging state responsibility for causing climate change.

One potential solution for the status of climate refugees could be the application of the principle of the personality of law. This principle was applied in medieval law and referred to a legal regime that applied to individuals based on their affiliation with a particular group, nation, or social class, regardless of territorial boundaries. Analogously applying this principle could provide specific rights and protections to people affected by climate change, especially refugees coming from climate deterritorialized states. Although the application of the principle of the personality of law to climate refugees would be complex and require significant international cooperation, it could provide a framework for addressing the urgent issues faced by climate refugees. States would have to adapt their legislation to enable the application of personal law for climate refugees. To ensure the implementation of this form of autonomy for climate refugees, international institutions or bodies with the authority to oversee and enforce these norms would need to be established. These bodies might have a certain degree of jurisdiction over national policies concerning climate refugees, which would present a challenge to the traditional concept of sovereignty. States would need to reform their asylum systems to include specific provisions for the autonomy of climate refugees, which could entail changing existing administrative structures.

The implementation principle of the personality of law as a form of autonomy for climate refugees from climate deterritorialized states could create political pressures within and between states. States that oppose taking on obligations towards climate refugees could conflict with states that support these principles, potentially affecting international relations and cooperation. Given the challenges involved, it is unlikely that this principle will ever be applied to climate refugees. Applying the principle of personal rights to climate refugees would completely redefine the contemporary understanding of state sovereignty.

⁴⁹ S. Wiessner, "Indigenous sovereignty: A reassessment in light of the UN declaration on the rights of Indigenous peoples", *Vanderbilt Journal of Transnational*, 41, 2008, 1141–1176.

6. Conclusion

The concept of state sovereignty has significantly evolved throughout history. The impact of climate change could completely redefine the understanding of sovereignty. Climate change provides an ideal basis for external interventions and the infringement of sovereignty in order to ostensibly protect human rights, which have been compromised due to the negative effects of climate change. The predicted rise in sea levels will lead to the loss of territories of archipelagic states, which will require the adoption of some of the proposed creative solutions in order to preserve statehood and adapt to the new reality, embodied in the future existence of climate deterritorialized states. In the future, a form of virtual sovereignty will probably have to be accepted. One of the more realistic solutions is the establishment of an International Fund for Land Buyouts dedicated to these states. To successfully address the issue of climate migration, it is essential to recognize the status of climate refugees as one of the most vulnerable groups. This can be achieved either through a more extensive interpretation of the existing Refugee Convention or by adopting a separate Convention or Protocol. It remains to be seen how willing the international community is to legally recognize climate refugees, especially due to fears of mass migrations and the economic challenges that accompany this type of migration.

It is also necessary to establish an international framework for coordination and sharing of responsibilities among countries regarding the acceptance and assistance of climate refugees. To preserve national sovereignty, states need to implement measures for climate change adaptation and mitigation. Over time, the success or failure in mitigating the consequences of climate change and global warming will reveal the implications these changes will have on state sovereignty in practice.

References

- Anaya, S. J., "International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State", *27 Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2009, 9-34.
- Beck, U., "Living in the world risk society." *Economy and Society* 35, 2006, 329-345.
- Berezowski, C. 1968. "Les problèmes de la subjectivité internationale" In: *Mélanges Offerts à Juraj Andrassy*, Springer, 1968, 31-53.
- Bilak A., et al., *Global Report on Internal Displacement 2021*, Internal Displacement Monitoring Center 2021.
- Byravan, S., Chella, R., "Providing New Homes for Climate Change Exiles" *Climate Policy*, Vol. 6, 2006, 247-252.
- Crawford, J., "The Creation of States in International Law", 2nd ed Oxford, Clarendon Press, 2006, 45-61.
- D. R. Philpott, "Sovereignty: An Introduction and Brief History", *Journal of International Affairs*, 48, 1995, 353-368.

- El-Hinnawi, E. *Environmental Refugees, United Nations Environment Programme* 1985.
- Ellsmoor, J. Rosen Z. *Kiribati's land purchase in Fiji: does it make sense?* <https://devpolicy.org/kitibatis-land-purchase-in-fiji-does-it-make-sense-20160111/> 05.06.2024.
- Etzioni, A., "Defining Down Sovereignty: The Rights and Responsibilities of Nations" *Ethics & International Affairs*, 30(1), 5–20.
- Fornalé, E., "Collective Action, Common Concern, and Climate-Induced Migration", In: S. Behrman, A. Kent eds. *Climate Refugees: Global, Local and Critical Approaches*, Cambridge University Press; 2022, 2016, 107-126.
- Habermas, J., *L'intégration républicaine: essais de théorie politique*, Paris Fayard. 1998.
- Henrikson, A K., "Sovereignty, Diplomacy and Democracy: The Changing Character of "International Representation" — From State to Self", *Comparative Politics (Russia)*, 2015.4-27.
- Hiraide, L. A. "Climate refugees: A useful concept? Towards an alternative vocabulary of ecological displacement", *Politics*, 43(2), 2023, 267-282.
- ICSSR, *The Responsibility to Protect Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001.
- ILA, (2024) - Final Report Committee on International Law and Sea Level Rise - International Law Association.
- Ioane Teitiota v New Zealand CCPR/C/127/D/2728/2016*, UN Human Rights Committee (HRC), 7 January 2020.
- Kassner, J., *Climate Change and Sovereignty An Essay on the Moral Nature and Limits of State Sovereignty*, New York, Springer, 2021.
- Kolmes, S. A, Kolmes, S. K. Lin, P. H., "What Lies Ahead: How Aid for Climate Refugees Must Focus on Human Rights and Human Health", *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 64(3), 2022, 7–16.
- Krivokapić, B., "Državna suverenost i međunarodno pravo u eri globalizacije", in *State Order Sovereignty in the Era of Globalization*, Serbian Academy of Sciences and Arts, Beograd, 2019, 355-392.
- Krivokapić, B., *Međunarodno javno pravo*, Beograd, Poslovni i pravni fakultet Univerziteta "Union-Nikola Tesla", Institut za uporedno pravo, 2017.
- Lapaš, D., "Climate Change and International Legal Personality: "Climate Deterritorialized Nations as Emerging Subjects of International Law?", *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international*, 2022, 1-35.
- Maas, A., Cariu, A. "Territorial Integrity and Sovereignty: Climate Change and Security in the Pacific and Beyond", In: Scheffran, J., Brzoska, M., Brauch, H., Link, P., Schilling, J., (eds) *Climate Change, Human Security and Violent Conflict. Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace*, 2012, pp.651.
- McAdam, J. "Swimming against the tide: why a climate change displacement treaty is not the answer" *Int J Refug Law* 23(1): 2011, 2–27.
- McAdam, J., "Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change" *The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-refoulement American Journal of International Law* Volume 114 Issue 4, 2020, 708-725.

- Myers, N. „Environmental Refugees: a Growing Phenomenon of the 21st Century“ 357 *Philos Trans R Soc Lond Biol Sci.* 2002, 609-613.
- Nansen Initiative Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change (Protection Agenda) in October 2015.
- Ninčić, Đ., „Ideološko-politička suština i pravni izražaji teorije o ograničenom suverenitetu“, *Međunarodni problemi br. 1*, Beograd, 1969, 9–24.
- Philpott, D.R. “Sovereignty: An Introduction and Brief History“, *Journal of International Affairs*, 48, 1995, 353-368.
- Powers A, Stucko C. "Introducing the Law of the Sea and the Legal Implications of Rising Sea Levels" In: Gerrard MB, Wannier GE, *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*. Cambridge (eds.) University Press, 2013, 123-140.
- Rayfuse, R. “International Law and Disappearing States: Maritime Zones and Criteria for Statehood” *Envtl Pol’y & L* 2011, 281-285.
- Ruiz Fabri, H., “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?“ in: Alston P. & MacDonald, E. (Eds). *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 33–86.
- Statement by His Excellency Anote Tong, President of the Republic of Kiribati, General Debate of the 63rd Session of the UN General Assembly (25 September 2008), online: <www.un.org/ga/63/general_debate/pdf/kiribati_en.pdf>.06.04.2024.
- Tintor, Lj., „Perspektiva ekocida kao međunarodnog krivičnog dela“, *Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović Tom I*, 2021, 275-292.
- Tintor, Lj., „Subjektivitet prirode u međunarodnom pravu- između fikcije i realnosti“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, br. 2, 2022, 305-325.
- Todić, D., „Izbeglice i promene u životnoj sredini u međunarodnom pravu“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo Beograd, broj 3, 2019, 1-16.
- UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, 28 July 1951.
- UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, 16 December 1966.
- UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, 16 December 1966.
- UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 217 A (III), 10 December 1948, UNCC, 2024. Fund for responding to loss and damage, <https://unfccc.int/loss-and-damage-fund-joint-interim-secretariat> 08.06.2024.
- UNHCR, The climate crisis is amplifying displacement and making life harder for those already forced to flee, <https://www.unhcr.org/what-we-do/build-better-futures/climate-change-and-displacement> 07.06.2024.
- United Nations Convention for the Law of the Sea (adopted on 10 December 1982, entered into force on 10 November 1994), 1833 U.N.T.S. 397.
- United Nations General Assembly, Resolution A/64/281, 2009. Climate change and its possible security implications

United Nations, Charter of the United Nations, 1 UNTS XVI, 24 October 1945

Verheyen, R., *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*. 2005.

Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. Rep. 12.

Wiessner, S., “Indigenous sovereignty: A reassessment in light of the UN declaration on the rights of Indigenous peoples“, *Vanderbilt Journal of Transnational*, 41, 2008, 1141–1176.

EUROPEAN MARKET AND STATE SOVEREIGNTY TESTED BY ENVIRONMENTAL CHANGE AND CLIMATE MIGRANTS

Abstract

This contribution aims to underline the link between climate change and the related migratory waves, on the one hand, and the inevitable implications regarding the policies and, even before that, the concept of sovereignty towards European states and institutions, on the other. In particular, to this end we will try to highlight how these two factors will most likely force the entire system belonging to the Old Continent to remodulate its traditional political, institutional, economic, legal and social paradigms. On the other hand, it is undeniable that it is increasingly urgent to overcome the classic concept of state sovereignty, understood as the exclusive power of a single institutional apparatus over a specific territory in place of a notion of shared sovereignty. The methodology used for this purpose will proceed in a threefold direction: first of all, the first will be based on an analysis of the tools provided by the European Union to face climate change, as well as to manage migration from non-EU countries; finally, we will try to propose essentially socio-legal solutions, such as, the institution of european eco-citizenship.

Keywords: *Climate Migrations, Environmental Changes, European Union, State Sovereignty*

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione Europea ("Impatto e soluzioni per i migranti climatici: un'analisi multidisciplinare") presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Catania.

E-mail: alessandro.tomaselli@unict.it

EVROPSKO TRŽIŠTE I DRŽAVNI SUVERENITET USLOVLJENI PROMENOM ŽIVOTNE SREDINE I KLIMATSKIM MIGRACIJAMA

Apstrakt

Cilj ovog rada jeste ukazivanje na povezanost klimatskih promena i talasa migracija sa jedne strane i neizbežnih implikacija u vezi sa politikama ili čak pre konceptom suvereniteta prema evropskim državama i institucijama sa druge strane. Stoga ćemo najpre ukazati na koji način ova dva faktora utiču na sistem koji pripada Starom kontinentu da izmeni svoje tradicionalne političke, institucionalne, ekonomske, pravne i društvene paradigme. Sa druge strane, nesporno je da je sve hitnije prevazići klasični koncept državnog suvereniteta, shvaćenog kao isključiva vlast jednog institucionalnog aparata nad određenom teritorijom umesto pojma zajedničkog suvereniteta. Metodologija koja se koristi za ovu svrhu pre svega se zasniva na analizi mehanizama kojima raspolaže Evropska unija radi suočavanja sa klimatskim promenama, kao i za upravljanje migracijama iz zemalja koje nisu članice Evropske unije. Nakon toga ćemo pokušati da predložimo suštinska socijalno-pravna rešenja, kao što je institucija evropskog eko-građanstva.

Ključne reči: *klimatske migracije, promene životne sredine, Evropska unija, državni suverenitet.*

1. Introduction

Climate change at a global level also has repercussions on migratory flows¹: as a result, in fact, of sudden and especially slow-emerging environmental upheavals, increasingly large groups of people are forced to abandon their land in search of better living conditions. Therefore, alongside migrants for work reasons and refugees fleeing from acts of persecution for political, racial or religious reasons protected by the 1951 Geneva Convention, we now find environmental migrants or refugees for which European law (as well as international one) provides any form of protection.

Actually, it now seems rather evident that, also and above all in reference to this type of induced nomadism mentioned, there is an increasingly pressing emergency to prepare specific transnational tools aimed at identifying a shared definition of climate migrant (or refugee or displaced person, if you prefer), capable of encompassing all the main factors that differentiate those who move for environmental reasons from the figure of the "classic" migrant (and not to be confused with IDPs, an acronym for internally displaced people, defined by the UNHCR as "persons or groups of persons who have been forced or compelled to flee or abandon their homes or places of habitual residence in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural disasters caused by human beings and who have not crossed internationally recognized State borders" (Guiding Principles on Internal Displacement, 1998)) and functional to the drafting of a relative definition. legally binding discipline. In fact, although the international community has made considerable efforts over time to provide some form of protection for the subjects in question, this, however, cannot be concluded to have led to the identification of authentic legally binding legislation for States, as it certainly cannot be considered as being attributable to the international climate change regime, i.e. the set of

¹ As regards this issue, J. Mcadam, *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford University Press, 2011; E. Piguët, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees": The Curious Fate of the Natural Environment*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 2013, 148-162; R. Mcleman, A. Kent, *Facilitating on the Resettlement and rights of Climate Refugees: an Argument for Developing Existing Principles and Practices*, Routledge, 2018; A. Brambilla, M. Castiglione, *Migrazioni ambientali: libertà di circolazione vs. protezione?*, in *Cosmopolis sezione "Naufragio con spettatori: noi e i migranti"*, 1/2019; F. Gemenne, *How They Became the Human Face of Climate Change. Research and Policy Interactions in the Birth of the 'Environmental Migration' Concept* in E. Piguët, A. Pécoud, N. Ahmad, S. Jolly, *Climate Refugees in South Asia. Protection Under International Legal Standards and State Practices in South Asia*, Singapore, 2019; P. De Guchteneire, *Migration and Climate Change*, Cambridge University Press, 2011; G. Sciacaluga, *International Law and the Protection of "Climate Refugees"*, Palgrave Macmillan, 2020; M. Acierno, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2021, V ed.; A. Di Stasi, I. Caracciolo, G. Cellamare, P. Gargiulo, *Migrazioni internazionali, Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022; C. M. Pontecorvo, *La tutela internazionale dei "migranti climatici", tra (persistenti) limiti normativi e (recenti) prospettive giurisprudenziali*, in Id., I. Caracciolo, G. Cellamare, P. Gargiulo, *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, cit.; M. Castiglione, *Oltre l'hazard paradigm: la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e il fondato timore di essere perseguitato a seguito dei cambiamenti climatici, disastri naturali e degradazione ambientale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2023, 1, 73.

institutions, conventions and documents established as a response to the phenomenon in question and based on the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), an international environmental treaty concluded during the Earth Summit in Rio de Janeiro in 1992.

2. Climate migrants and migrations: features and origins

But what does climate migrant mean? And what are the specific characteristics of this type of migration?

From this second point of view, reference is made first of all to multi-causality. Climate change usually represents only one of the many elements that, therefore indirectly, affects the environment (natural and social) from which the phenomenon in question originates: in other words, these migratory cases are rarely to be ascribed solely to climate-related degradation, however serious it may be, on the contrary, they usually come to life when the latter are added to economic, social and political elements that are already compromised, in difficulty or even non-existent within the places of origin.

And it does not seem to be a coincidence that this composite matrix attributable to the phenomenon at issue was highlighted in December 2018 by the Global Compact on Refugees of the United Nations High Commissioner for Refugees where it is confirmed that the movements of people have a complex origin and with respect to which climate disasters can represent a fundamental factor; consequently, with regard to the first question raised, it does not seem superfluous to highlight that the very use of the expression “climate migrant”, precisely for the reasons just given, represents a conventionally used periphrasis, and as such extremely reductive: as has been correctly highlighted, in fact, “Even the use of the expression “climate refugee” – especially by NGOs and the media – is considered inadequate as it would betray a mono-causal approach, incompatible with the multiformity of the migratory phenomenon. From a legal point of view, the term “refugee” is difficult to apply to the climate migrant because: a) the impact of climate change is not discriminatory, therefore none of the causes of persecution listed in art. 1a(2) of the Geneva Convention seem to be invokeable; b) it is almost impossible to identify a persecutor or establish the well-founded fear of persecution; c) individuals can presumably avail themselves of the protection of their own State

Furthermore, the phenomenon at issue is characterized by a disproportionate nature: the Nations most affected by extreme weather events can, in reality, be attributed a reduced responsibility with regard to the same: it seems beyond doubt, in fact, that between the climatic upheavals in progress and the exponential increase in the levels of environmental pollution, in turn attributable to the incessant process of industrialization initiated by the richest countries, a precise direct link can be identified.

And contributing to this paradox is the limited capacity or even total impossibility for developing countries to neutralize, or at least mitigate, in a migratory perspective

(and not only) the harmful effects of environmental degradation as they lack the appropriate tools for this purpose, both in an economic and technological sense: in particular, in the face of the same environmental disaster, the impact on the population will be greater if the affected State has not previously prepared appropriate and effective countermeasures, while where, on the opposite, risk reduction strategies, sustainable development practices and further alternatives that guarantee access to fundamental resources are identifiable, the population will have less need to move from their origin.

Consequently, not only can the States most affected by climate change be charged with a reduced (if not even any) form of responsibility, but, moreover, they can be blamed for a lower capacity to manage the crisis as they are technologically unprepared for the transition to alternative resources, as well as characterized by political systems that are often unstable or non-existent and therefore incapable of implementing concrete strategies: it is useless to point out how in such contexts migratory flows are amplified, with migration being the only alternative for the survival of the population.

Finally, as a further confirmation of the extreme complexity of the topic under examination, it should be specified that the aforementioned non-proportional and self-induced nature of the phenomenon at issue also seems to be able to lead to a substantial multiformity of expression if further and relevant elements of a geographical-morphological and hydrogeological nature were to be added to it.

From the first point of view, the temperature increase itself is estimated to be characterized by an unequal distribution at the global level and, therefore, if on the one hand a greater temperature increase is expected in the high latitude areas, on the other hand, the countries with greater exposure to the effects of slow-onset climate change such as desertification, extreme heat and drought will be mainly represented by developing countries in Southern and Eastern Asia, in the Pacific islands and, as far as Europe is concerned, in sub-Saharan Africa; on the contrary, the coasts of South and South-East Asia seem to constitute the areas of the world most affected by sudden-onset extreme disasters, such as cyclones, hurricanes or floods. Furthermore, the uneven impact of the phenomenon should not be overlooked, producing devastating effects in certain areas, but tending to be beneficial with regard to the climatic conditions of other lands characterized by completely different, if not even opposite, peculiarities: for example, the alteration of rainfall flows will lead to a decrease in rainfall in certain regions, but also to an increase in precipitation in territories traditionally in debt of water; in the same way, the general increase in temperatures will bring extreme heat and drought in areas closer to the equator, but also better climatic conditions at higher altitudes.

In conclusion, it can reasonably be assumed that the trend of future environmental migratory flows will not only be represented by the depopulation of certain areas that have become uninhabitable, but also by the repopulation of others with improved living conditions.

3. European Union and climate change and migrants: a big wasted opportunity

As regards the issue of this international meeting is quite clear that this phenomenon has unavoidable implications on the policies of States and on the real concept of state sovereignty, traditionally understood as exclusive power within a given territory: the management of this new type of migrants, in particular, would require a radical redefinition of the exercise of state power in a perspective including respect for the fundamental rights of individuals considered in themselves and in the consideration of the environment as a human right to be protected in a primary and absolute way and finally in order to give back sovereignty his democratic matrix.

All this is particularly true and current for the European Union whose policies seem increasingly inspired by closure towards the outside and in which environmental protection proceeds through the same tools and mechanisms that gave rise to the environmental crisis: the New Pact on Migration and Asylum and the Green Deal², in fact, on the one hand, do not take climate migrants into consideration, moreover providing for rules that make it increasingly difficult for them to enter Europe; on the other, they continue to consider people as simple factors of production, thus remaining within an economic-mercantilistic perspective³.

Having said all this, although it is self-evident to hope for a formalisation in terms of positive law having as its object the category of climate migrants by the European legal system (a decision that, moreover, would elevate the EU to the role of spokesperson at a global level with regard to the effective legal protection of the victims of environmental upheavals), nevertheless, it is argued that this could represent the opportunity for Europe to radically revisit its policies on migration based on a renewed understanding of the "foreigner", as well as on a substantial change of perspective with regard to the implications, of a different nature, attributable to the very concept of environment and to the related protection and valorisation tools in a truly common and shared perspective.

By identifying the category of climate migrants as worthy of legal relevance, the European Union, that is, would have the opportunity to give full and complete expression to its newfound humanism, therefore attentive to the value of the person in itself considered, among other things a worthy holder of such a centrality as to elevate the

² As regards this issue, G. Asaro, M. Fiscaro, *Il Green Deal Europeo*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, I, 279-287; S. Cavaliere, *Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che lucifica?*, in *Diritto pubblico europeo - rassegna on line*, 2020; M. Leondard, J. Pisani-Ferry, J. Shapiro, S. Tagliapietra, G. Wolf, *The Geopolitics of European Green Deal*, in *Policy Contribution*, 4/21, 1-23; L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *JUS*, 2020, 2, 105-142; L. Paganetto, *Europa e sfide globali. La svolta del Green Deal e del digitale*, Eurilink University Press, 2020; E. Martin Pascual, *EL Pacto Verde Europeo: ¿posible salida verde de la crisis de la Covid-19?*, *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, 51; S. Tagliapietra, *Il "Green Deal europeo" della presidente von der Leyen: quali priorità?*, in *Equilibri*, 2019, 2, 284-290.

³ U. Villani, *I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'fortezza Europa'*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2023, n. 2, 5-20.

protection of the ecosystem to an inviolable right in all respects, with the consequent modification of art. 37 of the Charter of Nice which in reality does not identify the environment as a human right: in fact, pursuant to this provision, the extremely generic reference to the protection of the environment and sustainable development as inspiring principles of the Union's policies does not actually seem sufficient for the purpose of identifying an authentic fundamental right of the European citizen (nor, therefore, of a migrant subject). Consequently, a radical remodelling of the provision in question seems necessary not only in terms of full congruence with the document in which it is contained, but also in order, if we think carefully, to identify the necessary legal basis legitimising any initiative undertaken by the EU in environmental matters and possessing claims that aspire to go beyond the politically relevant.

Therefore, the EU's commitment in the indicated direction should follow two different guidelines, one internal and the other oriented towards external relations.

On the first side, the mammoth (and partly unlikely) Green Deal is considered not free from critical issues, a proponent of an abstract ecological revolution of humanistic origin, that is, inspired by ideals and values alien to the economically relevant, but which in practice unfolds through logics and mechanisms attributable to the functioning of the market given the consideration of the individual and the planet as factors of production and therefore based on the same economic approach that led to the climate crisis.

In reality, a genuine green transition would require a profound revision of the current European economic system in the perspective of a new development model that, through the aforementioned renewed priority to be recognized to the individual, is (pre) occupied also and above all with social inequalities and where, therefore, the concept of sustainability acquires a value further than that attributable to the mere environmental sphere and functional to the construction of a real European eco-social State. It seems rather clear, in fact, that, if the green transition were to occur at the expense of the weakest sections of the population and workers, thus exacerbating inequalities and poverty (with consequent not indifferent repercussions for the Member States and the Institutions) it will be inevitable to consider it a substantial failure.

Furthermore, a strengthening of the reasons and rights of the individual in the name of the renewed eco-social centrality recognized to the European citizen could be seen as a preparatory moment at the foundation of an authentic democratic revolution within the European legal system, inspired by the rediscovery of an active protagonism of the individual (no longer a mere recipient of provisions, but directly involved) in the participation in the political direction of the regulatory choices of Brussels. On the other hand, a direct reflection of what has been argued is also represented by the very recent New Pact on Migration and Asylum where there is no trace of direct or indirect references to the subjects forced to migrate due to environmental upheavals and which, even more seriously, in fact sanctions the end of the right to asylum as we have known it up to now, yes substantially degraded to an expectation and with respect to which it is not considered risky to conclude for an authentic violation of the Geneva Convention of 1951 by the EU (and consequently of art. 18 of the Charter of Nice which refers

to the latter in this regard): the majority of people who ask for asylum in Europe, in fact, will no longer have any effective right to a full examination of the application for international protection, and may be systematically detained at the external borders of the Union waiting for the individual national authority to decide, with absolute discretion and therefore free from any obligation in this sense, whether or not to grant reception within its own borders.

And in this regard it does not seem superfluous to point out how the detention of migrants represents a (further) clear case of violation of the fundamental rights of these subjects where the States competent for granting asylum have perceived it as a sort of subterfuge to limit or even deprive the freedom of movement of asylum seekers, moreover through the adoption of internal legislative measures in substantial contrast with the European legislation on the matter. Furthermore, the accelerated procedure will change from an exception to the rule (art. 42 et seq. Regulation establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU): in fact, it will become mandatory in many circumstances, leading to a generalized use of detention at borders, even for families with minors, and will apply by default to all people who have a nationality with a European recognition rate for international protection equal to or lower than 20% (in essence, to those who have only a 20 percent chance of their asylum application being accepted), as well as to all people saved in a rescue operation at sea. This procedure is mainly based on geographical origin and not on the individual history of the person, as it should be, increasing the risk of an approximate examination of the asylum request and rejection to unsafe countries. And instrumental in this sense is precisely the generalized use of detention (see above) which in the new Pact will become the practice for the purpose of carrying out the accelerated procedure. Furthermore, the new legislation expands the concept of "safe third country" (art. 59 et seq. Regulation establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU), already present in EU law, but which does not derive from international asylum law, so much so that asylum seekers from a safe third country will be automatically sent back by the Member States regardless of concrete assessments regarding the effective protection guaranteed by the country of origin (to which any transit country with which the individual applicant has no significant connection is equated), thereby, among other things, significantly increasing the risk of rejection and violations of the human rights of the individuals in question.

The content of the Regulation on the management of asylum and migration, which amends Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and which repeals Regulation (EU) no. 604/2013 and which indicates the criteria for identifying the Member State responsible for examining an asylum application where, first of all, it confirms the much criticised structure of the Dublin III Regulation: asylum seekers, in fact, will be able to continue to submit their application only to the Member States of first entry or regular residence. However, in the opinion of the writer, what is much more disturbing is what is provided by the legislative act in question with regard to the essentially mercantile solidarity mechanism established for the management of migrants by Member States other

than those of arrival or first landing: in particular, the latter are granted, as an alternative to the relocation of the individual migrant within their own territory, the possibility of paying a financial contribution of 20,000 euros into a common fund amounting to approximately 600,000 million euros (art. 12 et seq.) from which border countries can draw in variable amounts in relation to their population and GDP, thereby institutionalizing an unacceptable commodification of asylum seekers and their fundamental rights, improbably debased to the level of objects susceptible to economic evaluation.

Furthermore, it should be noted that the Screening and Eurodac Regulations relating to the collection, identification and storage of biometric data of migrants, endorse the questionable discriminatory binary nature of Euro-centric law also in relation to the collection and use of such data, given that when approving the AI Act the EU declared that it wanted to limit its use for European citizens: therefore, the security inspiration underlying this new Pact is confirmed and by virtue of which a migrant continues to be considered as a potential threat. Consequently, it is not surprising that, on the one hand, Eurodac provides for an obligation for migrants, asylum seekers and stateless persons from the age of 6 (a limit lowered compared to the previous 14 years – art. 15 Regulation establishing "Eurodac" for the comparison of biometric data for the effective application of Regulations (EU) .../... and (EU) .../... of the European Parliament and of the Council and of Council Directive 2001/55/EC and for the identification of illegally staying third-country nationals and stateless persons, and for requests for comparison with Eurodac data submitted by law enforcement authorities of the Member States and by Europol for law enforcement purposes, amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council) to provide personal data and biometrics, fingerprints and facial scans for archiving purposes, nor that, on the other hand, with the Screening Regulation, instead, the processing at the borders will become the rule by virtue of the strengthening of the concept of "fiction of non-entry" (art. 8 of the Regulation introducing checks on third-country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) no. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 and which distinguishes between external borders and the territory of the State): in essence, anyone presenting themselves at the borders will not be considered legally in the territory of the Member State (and therefore in the EU) and will have to remain at the disposal of the authorities without the full protections provided for by European legislation, including those relating to the right to defence and, moreover, in a broader perspective, in the concrete indifference towards the dignity of migrants, a principle identified by the jurisprudence of the Court of Justice of the EU and the Strasbourg Court as the basis of the rights and freedoms of the subjects in question.

In this last regard, and thereby confirming the aforementioned relativistic perspective pursued by the EU on the subject of fundamental rights, it seems rather evident, in fact, how the restrictions mentioned in terms of rights and guarantees (procedural and otherwise) in the matter of assessment of asylum applications and possible repatriations macroscopically contrast with what has been established at the European-*praetorian*

level on the subject of human dignity precisely in reference to migrant subjects: in particular, it cannot be ignored how the concept in question, by virtue of the meticulous work of dogmatic reconstruction in this sense carried out by the aforementioned "supranational" Courts on the basis of what has been established in this regard by the Charter of Nice already in its own art. 1, as well as by art. 2 TUE on the founding values inspiring the European integration process, has reached a level of precision such that it now represents in all respects the necessary legal substratum on which to base the architecture of the prerogatives to be recognized to non-EU subjects wishing to enter our borders and which, therefore, could not and should not be ignored any longer in the production of Euro-centric legislation. A further criticality attributable to the package of rules in question seems to be increasingly attributable to what is prescribed by the Regulation concerning situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and which amends Regulation (EU) 2021/1147 where the instrumentalisation of mass migratory flows composed of third-country nationals or stateless persons by a third State or a hostile non-state actor is identified (letter b, c. 4, art. 1) in order to destabilise the EU (think of the case of Belarus) as a further hypothesis in which the single European State (subject to authorisation issued by the EU Commission – art. 2) is entitled to drastically reduce the guarantees of examination of asylum applications and to apply generalised detention measures of up to a maximum of six months renewable only once (art. 5, c. 1 and 2), even in the absence of real difficulty in managing the asylum system of the Member State itself; in particular, pursuant to art. 11 of the Regulation in question, the Member States in question a) may extend by up to six months the deadline for the maximum duration of the border examination procedure for applications for international protection pursuant to art. 51, paragraph 2 of Regulation (EU) 2024 establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, b) will not be required to examine, in terms of the accelerated procedure, applications submitted pursuant to art. 42, paragraph 1, letter j (applicant with a nationality or, if stateless, with a previous habitual residence in a third country for which the percentage of decisions on recognition of international protection by the determining authority is, according to the latest Eurostat annual average data available for the whole Union, equal to or less than 20%) of this last legislative stoppage referred to, c) at the same time being able to reduce this percentage to up to 5%, and d) in the context of a border procedure, take decisions on the merits of an application in cases where the applicant is a national or, if stateless, with a previous habitual residence in a third country for which the percentage of decisions on recognition of international protection by the determining authority is, according to the latest Eurostat annual average data available for the whole Union, equal to or less than 50%. In practice, further hypotheses of substantial violation by the EU of the fundamental rights of migrants, as well as of the prohibition of non-refoulement under the 1951 Geneva Convention.

4. Conclusions

Climate changes and migratory waves will most likely force the entire system belonging to the Old Continent to remodulate its traditional political, institutional, economic, legal and social paradigms, also considering a sort of paradox in which European Union is stuck: although climate change requires measures at a European level, it seems rather difficult to find a substantial shared point of agreement when exposure to climate-related problems changes from one country to another and its effects will be felt in a non-homogeneous way.

On the other hand, there is no doubt that phenomena with global implications such as markets, human rights, the environment and migrations do not know borders nor are they receptive to local legal responses and that international organisations such as the European Union are therefore born with the aim of institutionalising a shared management of these issues. The need to reshape the exercise of their power in a dynamic and multifaceted sense depending on the degree of climate change and the related migratory flows is therefore unavoidable for European states.

Furthermore, it cannot be forgotten that the full and effective exercise of state sovereignty can only be implemented within a democracy, that is, a context where the individual occupies a position of absolute centrality both in a representative and participatory sense: therefore, also from this point of view, the urgent need to change the economic perspective with a truly humanistic one is confirmed.

In short, the protection of the environment, migrants and therefore climate refugees are all factors that require a deep revision by the EU and its member states of their founding paradigms, thus seizing the opportunity to direct the integration process in a federalist direction inspired by a eco-democratic nature. All this could, therefore, constitute an opportunity for the EU to make a qualitative step, essentially moving from the market-state to the social and democratic state where sovereignty is once again fully exercised by citizens. The aim of remodulating sovereignty, therefore, should be understood not only in an interstate sense but also in an internal perspective in the sense that it is no longer the exclusive prerogative of governments.

And that all the most recent attempts to create stronger and higher institutions, in full respect of the democratic foundation, have so far highlighted somewhat contradictory paths and outcomes. Starting with the European Union itself, whose fundamental choices have been, in recent years, adopted by national governments through dynamics that are absolutely unrelated to those democratic procedures and those political and constitutional controls to which in the national system would have been subjected. The irresponsible ways of managing the relationships between financial markets and governance and the devastating role assumed by rating agencies (and the unscrupulous use of their report cards for purely speculative purposes) have been, in recent years, an essential part of this system of integration. A soft system, of neoliberal origin, which in its immoderate attempt to do without statehood and politics has, in recent years, abruptly dragged Europe towards economic and social collapse.

On the other hand, the controversial methods of building the European Union, used up to now, do not seem to have produced any federal state in recent years. And this

for a very obvious reason: the sovereignty of federal systems is based on a constitutional pact that can only be modified through the consensus of the peoples. The European Union, on the other hand, is completely devoid of a constitutional pact, of the consensus of the peoples, of sovereignty. A congenital weakness of the system that has been attempted to be remedied in recent years by replacing the traditional organizational modules of government with those of governance. Hence the emergence of an unprecedented model of governance without government: an apolitical multilevel model based on a complex network of public/private networks and quasi-autonomous executive agencies, whose primary objective is deregulation and the definition of market structures and where the active part is played by administrative bodies, technocratic powers, private individuals, judicial bodies, all subjects — by their very nature — devoid of democratic legitimacy and, moreover, immune from any form of political responsibility.

Furthermore, a strengthening of the reasons and rights of the individual in the name of the renewed eco-social centrality recognized to the European citizen could be seen as a preparatory moment at the foundation of an authentic democratic revolution within the European legal system, inspired by the rediscovery of an active protagonism of the individual (no longer a mere recipient of provisions, but directly involved) in the participation in the political direction of the regulatory choices of Brussels. And in this hoped-for perspective, a decisive step could be identified in the institution of European eco-citizenship, a condition to be recognized in favor of the citizens of the Member States, but summarized by such a set of rights and above all duties as to make it capable of resolving the critical issues attributable to the controversial institution of European citizenship as a substantial privilege granted in favor of the citizen of one of the Member States, as such "rewarded" by belonging to the elite of the first world, on the one hand, as well as resolving in concrete terms (therefore, regardless of related changes to the Treaties) the genetic lack of democracy which, as is known, pollutes the European system, mutilating its abstract aspirations of full popular legitimacy, on the other. A status that provides for the more participatory and direct involvement of the individual in democratic life would also and above all guarantee an increased degree of responsibility in the relative choices, as well as a newfound sense of belonging to the Union, which has thus returned, at least in this juncture, to a community in all respects: the condition of citizen, in fact, cannot certainly be resolved in the aseptic list of favors granted by the authority, on the contrary finding its main inspiration in the valorization of the sense of belonging to a social unicum, a mixture of rights and (above all) obligations identified and recognized to the individual as an expression of that commonality of factors of various nature that binds him to the other members of the community.

In essence, it is necessary to be aware that the environmental protection of the planet based on full sovereignty that imposes its dictates on a given society is undergoing conceptual and practical changes. This concerns, among other things, the economy, law, environmental issues and climate change. Today, the old recipes for the exercise of political power are no longer valid. This involves having to bet on forms of shared, diffused or networked power that should generate greater active participation by society.

References

- Asaro, G. Fiscaro, M. “Il Green Deal Europeo”, *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, I.
- Behrman, S., Kent, *Facilitating on the Resettlement and rights of Climate Refugees: an Argument for Developing Existing Principles and Practices*, Routledge, 2018.
- Brambilla, A., Castiglione, M. “Migrazioni ambientali: libertà di circolazione vs. protezione?”, *Cosmopolis sezione “Naufragio con spettatori: noi e i migranti”*, 1/2019.
- Bruzzese, M. “La tutela internazionale ed europea dei migranti climatici: le lacune giuridiche e i tentativi di colmarle”, in *Blog Due.1*, 22 June 2022.
- Castiglione, M. “Oltre l’hazard paradigm: la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e il fondato timore di essere perseguitato a seguito dei cambiamenti climatici, disastri naturali e degradazione ambientale”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2023.
- Cavaliere, S. “Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?”, *Diritto pubblico europeo - rassegna on line*, 2020.
- De Guchteneire, P. *Migration and Climate Change*, Cambridge University Press, 2011.
- Di Stasi, A., Caracciolo, I., Cellamare, G. Gargiulo, P. *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022.
- Lionello, L. “Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione”, in *JUS*, 2020, 2.
- Leonard, M., Pisani-Ferry, J. Shapiro, J. Tagliapietra, S., Wolf, G. “The Geopolitics of European Green Deal”, in *Policy Contribution*, 4/21.
- Martin Pascual, E. “El Pacto Verde Europeo: posible salida verde de la crisis de la Covid-19?”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, 51.
- Mcdam, J. *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford University Press, 2011.
- Mcleman, R. “On the Origins of Environmental Migration”, *Fordham Environmental Law Review*, 2017.
- Morozzo della Rocca, P. *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2021, V ed.
- Paganetto, L. *Europa e sfide globali. La svolta del Green Deal e del digitale*, Eurilink University Press, 2020.
- Piguet, E. *From “Primitive Migration” to “Climate Refugees”: The Curious Fate of the Natural Environment*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 2013.
- Piguet, E. Pécoud, A., Ahmad, N., Jolly, S. *Climate Refugees in South Asia. Protection Under International Legal Standards and State Practices in South Asia*, Singapore, 2019.
- Sciaccaluga, G. *International Law and the Protection of “Climate Refugees”*, Palgrave Macmillan, 2020.
- Tagliapietra, S. “Il “Green Deal europeo” della presidente von der Leyen: quali priorità?”, *Equilibri*, 2019.
- Villani, U. “I principi della politica di asilo e d’immigrazione dell’Unione e il rischio di ‘fortezza Europa’”, *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2023.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EU AI ACT AND THE CoE FRAMEWORK CONVENTION ON AI, HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW**

Abstract

Artificial Intelligence (AI) is used in many aspects of everyday life providing a variety of benefits for its users, as well as provoking different risks of violations of human rights. Beside the fact that AI accumulates a big profit for companies and develops economies, it is still a “black box” which effects to societies are not predictable at all. Leaving AI as a global phenomenon unregulated at the market can provoke legal uncertainty, undermine the rule of law, as well as decrease economic growth. In December 2023, the Council of the EU and the EU Parliament reached the political agreement to adopt the Regulation on Artificial Intelligence (EU AI Act) which will be the first horizontal legally binding act in the world in this field. The Council of Europe’s Committee of Ministers adopted the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law (Framework Convention) on 17 May 2024. The aim of this investigation is to make a comparative analysis how AI has been regulated by the EU AI Act and the Framework Convention, introducing their similarities and differences. The doctrinal and descriptive methods will be used for achieving this aim.

Keywords: *Artificial Intelligence, European Union, Council of Europe, EU AI Act, Framework Convention*

* LLM, Research Assistant at the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8309-7896>

E-mail: a.mihajlovic@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realization and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

KOMPARATIVNA ANALIZA EU REGULATIVE O VEŠTAČKOJ INTELIGENCIJI I OKVIRNE KONVENCIJE SAVETA EVROPE O VEŠTAČKOJ INTELIGENCIJI, LJUDSKIM PRAVIMA, DEMOKRATIJI I VLADAVINI PRAVA

Apstrakt

Veštačka inteligencija (VI) se koristi u mnogim aspektima svakodnevnog života, obezbeđujući različite pogodnosti za svoje korisnike, kao i stvarajući različite rizike od kršenja ljudskih prava. Pored činjenice da VI akumulira veliki profit za kompanije i doprinosi razvoju ekonomije, ona je i dalje "crna kutija" čiji efekti na društvo uopšte nisu predvidivi. Ostavljanje VI, kao globalnog fenomena, neregulisanog na tržištu, može izazvati pravnu nesigurnost, narušiti princip vladavine prava, kao i umanjiti ekonomski rast. U decembru 2023. godine Savet EU i Evropski parlament postigli su politički dogovor o usvajanju Regulative o veštačkoj inteligenciji (RVI) koja će biti prvi horizontalni pravno obavezujući akt u svetu u ovoj oblasti. Komitet ministara Saveta Evrope usvojio je Okvirnu konvenciju Saveta Evrope o veštačkoj inteligenciji, ljudskim pravima, demokratiji i vladavini prava (Okvirna konvencija) 17. maja 2024. Cilj ovog rada je da se napravi komparativna analiza kako je VI regulisana Uredbom o veštačkoj inteligenciji u okviru EU, kao i Okvirnom konvencijom Saveta Evrope, određujući njihove sličnosti i razlike. Za postizanje ovog cilja biće korišćene doktrinarna i deskriptivna metoda.

Ključne reči: *veštačka inteligencija, Evropska unija, Savet Evrope, EU Uredba o veštačkoj inteligenciji, Okvirna konvencija*

1. Introduction

Artificial intelligence (hereinafter: AI), as a term, has been used very often in last several months in the public when this article was written. The end of 2023 and the beginning of 2024 showed an intensive legislative drafting activity by the European Union (hereinafter: EU) and the Council of Europe (hereinafter: CoE) in relation to AI laws, as a form of two legally binding documents. On 9 December 2023, the European Parliament and the Council of the European Union announced that they reached a political consensus to adopt the first ever legally binding document, the Regulation on Artificial Intelligence, the so-called the European Union's Artificial Intelligence Act¹ (hereinafter: EU AI Act). This was seen as an activity which placed the EU ahead of the US, China and the United Kingdom in the race to regulate the application of AI in different spheres of people's everyday life and prevent different forms of potential treats and violations of human rights which can be followed by AI application.² On 13 March 2024, the European Parliament gave a final approval to the EU AI Act, which will ensure safety and compliance with human rights, and, at the same time, provide incentives for innovations in this field.³ The Council of Europe's Committee of Ministers adopted the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law⁴ (hereinafter: Framework Convention) on 17 May 2024. The intention of the EU and the CoE to regulate AI on the regional and international level is a clear sign that AI will be more influential to every aspect of people's lives, have a huge impact to economies, and can be dangerous for all of them if it is left unregulated.

The subject of this article is AI regulated by the EU and the CoE by the two legally binding documents. The aim of this investigation is to make a comparative analysis how the AI has been regulated by the EU AI Act and the Framework Convention, introducing their similarities and differences. First, the article is presenting the overall idea about AI systems and their connection to the law. Then the focus is on the EU AI Act, its structure, risk categories and human rights impact assessment as a precondition for its full implementation. The next part is dedicated to the Framework Convention structure. The last part of the article is a comparison of these two documents.

¹ In the time of writing this article, the author used the EU AI Act version *approved by the European Council on 21 May 2024, and based on the version and article numbering approved by the EU Parliament on 14 May 2024*, <https://www.euaiact.com/> access: 9 July 2024.

² L. O'Carroll, *EU agrees 'historic' deal with world's first laws to regulate AI*, 9 December 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/08/eu-agrees-historic-deal-with-worlds-first-laws-to-regulate-ai> access: 9 July 2024.

³ *Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law*, 13 March 2024, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law#:~:text=On%20Wednesday%2C%20Parliament%20approved%20the,46%20against%20and%2049%20abstentions.> access: 9 July 2024.

⁴ Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, CM(2024)52-final, 17 May 2024 [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%220900001680afb11f%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22\]}](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%220900001680afb11f%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]}) access: 9 July 2024.

The methodology framework includes two methods: first, the doctrinal method which will be applied to the analysis of the EU AI Act and the Framework Convention; second, the descriptive method which will be applied to explain the relation between AI and the law in general.

2. The Relation Between Artificial Intelligence Systems and the Law

AI has an enormous potential to boost the global economy, for instance, there are some predictions that it will contribute up to \$15.7 trillion to the global economy in 2030.⁵ This kind of fact contradicts some historically stereotypical predictions how new technologies will negatively affect labor market, kill jobs, and provoke more damages to the society than improve people's lives.⁶ Still as an undiscovered area, we are witnessing that AI can provoke violations of human rights in different forms, for instance, AI can be used for targeting victims during a war⁷, and it can cause different forms of fraud via social networks⁸, or provoke discriminatory treatment toward different social groups.⁹ Legal discussions also encompass other areas of law which can be affected by AI, such as the right to privacy, data protection, non-discrimination, equality, access to justice¹⁰. All of these examples, to mention just few of many, undermine the rule of law as a basic principle of a legal system. Because of a huge economic potential which AI brings followed by the economic growth, and different risks toward the rule of law, it is necessary to regulate such area in a way to protect fundamental rights and freedoms, and at the same time to support innovation and development of AI industry.

It is not possible to observe and develop the law as an isolated area from the digital revolution which an indivisible part is AI, which influences a lot of aspects of the human

⁵ A. S. Rao, G. Verweij, *Sizing the prize – PwC's Global Artificial Intelligence Study: Exploiting the AI Revolution – What's the real value of AI for your business and how can you capitalize?*, PwC, 2017, 3. <https://www.pwc.com/gx/en/issues/analytics/assets/pwc-ai-analysis-sizing-the-prize-report.pdf> access: 9 July 2024

⁶ J. Furman, R. Seamans, "AI and the Economy", *Innovation Policy and the Economy*, 19(1)/2019, 162.

⁷ R. Stewart, G. Hinds, *Algorithms of war: The use of artificial intelligence in decision making in armed conflict*, 24 October 2023, <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2023/10/24/algorithms-of-war-use-of-artificial-intelligence-decision-making-armed-conflict/> access: 9 July 2024.

⁸ L. O'Carroll, *AI fuelling dating and social media fraud, EU police agency says*, 9 January 2024, <https://www.theguardian.com/technology/2024/jan/09/ai-wars-dating-social-media-fraud-eu-crime-artificial-intelligence-europol> access: 9 July 2024.

⁹ M. Fürstenau, *Germany highlights discrimination risks of AI*, 30 August 2023, <https://www.dw.com/en/ai-germany-discrimination/a-66670854> access: 9 July 2024.

In the field of labor market, it is very important that companies in the recruitment process apply accountable algorithms for selection of candidates which will prevent possible forms of discrimination (Z. Chen, "Ethics and discrimination in artificial intelligence enabled recruitment practices", *Humanities and Social Sciences Communications*, 10(567)/2023, 2. <https://doi.org/10.1057/s41599-023-02079-x>).

¹⁰ R. Rodrigues, "Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities", *Journal of Responsible Technology*, 4/2020, 6. <https://doi.org/10.1016/j.jrt.2020.100005>.

life.¹¹ The development of technology must be followed by an adequate legal system, and it is necessary to be left enough time for their adherence.¹² For legislators it is easier to predict the necessity for changing legislation in a concrete field than predict technologies which can cause the legislative intervention, which is obvious case with the development of AI.¹³ All the benefits which are coming from new technologies cannot be a justification for the erosion of fundamental rights, democracy, and the rule of law in general.¹⁴

Although we can wrongly understand that AI systems are intelligent, similar to the human intelligence, they are not at all this kind of machines, and we can say that they produce “..., intelligent results without intelligence”.¹⁵ Fear from using AI can be based on fiction, but in reality the fear is coming from the nature how AI has been developed.¹⁶ There are three waves of AI until the moment how machines are trained to learn and produce concrete outputs: firstly, this is called the “*Handcrafted Knowledge*” type of AI which is working in the framework of well-established and accurate data, and with a clear set of rules. This AI is not train to solve complex problems or conduct some complex analytical tasks. For instance, this is a case when we use automated customer services to collect money in a bank or to order food; secondly, this is “*Statistical Learning*” or “*Machine Learning*”, and this type of AI is trained to solve some complex tasks. It works in a concrete set of rules with a big amount of data, but its outputs are not very accurate. For instance, a program can be trained to recognize fruits and vegetables, but it is not very “intelligent” to make a distinction when a picture of a fruit or a vegetable is distorted; thirdly, this wave of AI is called “*Deep learning*”. It is very accurate in making decisions or delivering outputs, and it is less dependent on human instructions in comparison to two previous AI waves. For instance, this kind of AI can recognize a concrete animal and provide some kind of explanation about this animal species.¹⁷ In general, AI systems are not biases free, because they are created and trained by people and in that context, AI can preserve existing biases, and even more, introduce new forms.¹⁸ A dataset which is used to train a machine learning

¹¹ A. Miasato, F. Silva Reis, “Artificial Intelligence as an Instrument of Discrimination in Workforce Recruitment”, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, 8(2)/2019, 193.

¹² M. Fornasier Oliveira de, “Artificial Intelligence and Democratic Rule of Law”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 13(3)/2021, 354.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ P. Nemitz, “Democracy through law The Transatlantic Reflection Group and its manifesto in defence of democracy and the rule of law in the age of “artificial intelligence””, *European Law Journal*, 29(1-2)/2021, 240.

¹⁵ H. Surden, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, 35(4)/2019, 1308.

¹⁶ P. Burgess, “The Rule of Law, Science Fiction and Fears of Artificial Intelligence”, *Law, Technology and Humans*, 4(2)/2022, 130.

¹⁷ D. Rejeski, L. Reynolds, S. Wright, *When Software Rules: Rule of Law in the Age of Artificial Intelligence*, Environmental Law Institute, Washington, D.C. 2018, 6-7. <https://www.eli.org/sites/default/files/eli-pubs/when-software-rules-web.pdf> access: 9 July 2024.

¹⁸ P. T. Kim, M. T. Bodie, “Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy”, *ABA Journal of Labor & Employment Law*, 35(2)/2021, 294.

system, as a form of AI, may reflect deeply rooted biases, which will affect a discriminatory treatment toward different social groups.¹⁹ This is a way how the basic principle of equality before the law will be violated.

The main problem when observing the relation between AI and the law is unpredictability of AI systems, which kind of effects they will provoke to the society. In general, data which are used for development of an AI system are biased and their implementation can provoke negative consequences. This problem is known as “*garbage in, garbage out*”.²⁰ The AI system design is conducted by humans, who are also biased; they can consciously or unconsciously create variables which can provoke both positive and negative impacts to human rights and the rule of law in general.²¹ The most complicated is a complex interaction between an AI system and the environment, when it can produce some outcomes which might not have been foreseen.²² This is the reason why AI implications are described as a “*black box*”. Beside the complexity of interaction, unpredictability of an AI system comes also as a consequence of a lack of transparency how an algorithm was created (*Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination (Report)*).²³ Depending on the level of unpredictability of AI systems, there are two kinds of black boxes: “*Strong Black Boxes*” and “*Weak Black Boxes*”. An AI system which is characterized as a strong black box is seen as totally “*opaque to humans*”, because it is not possible to discover how AI makes a decision or prediction, then which kind of information are determinative to AI outcomes, and the last obstacle is the lack of information of the ranking importance of variables which are processed by the AI system.²⁴ Weak black boxes can also provoke negative implications to society, but, in comparison to strong black boxes, in their case, engineers can predict imprecisely how an AI model will make its decisions.²⁵ That is the reason why the EU AI Act adopted a “*risk based approach*”, making a distinction between unacceptable, high, limited and minimal risk.²⁶ The higher risk, the stricter rules will be applied to an AI system.

This part of the article analyzed the relation between AI and the law in general, describing the complexity of AI and its implications to the legal system. The AI

¹⁹ N. Schmidt, B. Stephens, “An Introduction to Artificial Intelligence and Solutions to the Problem of Algorithmic Discrimination”, *Conference on Consumer Finance Law (CCFL) Quarterly Report*, 73(2)/2019, 137.

²⁰ F. A. Raso, et. al., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, Cambridge, Massachusetts, 6/2018, 15.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination (Report)*, European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, 2022, 25. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf access: 9 July 2024.

²⁴ Y. Bathaee, “The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 31(2)/2018, 906.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ E. Binchy, *Advancement or Impediment? AI and the Rule of Law*, The Institute of International and European Affairs, Dublin, 2022, 4. <https://www.iiea.com/images/uploads/resources/Advancement-or-Impediment-AI-and-the-Rule-of-Law.pdf> access: 9 July 2024.

development is not happening in isolation, it makes a global concern with consequences to the human population in general. The EU and the CoE have created two legally binding frameworks of the AI application, and have applied the human-centric approach. Their aim is to enjoy all the benefits AI can provide, and also to protect people from different forms of human rights violations that AI can cause.

3. The Regulation on Artificial Intelligence (EU AI Act) – An Overview

3.1. Definition of AI, Purpose and Scope of the EU AI Act

The EU AI Act defines *an AI system* as a machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. In other words, AI represents a machine learning process which can have different levels of autonomy, and it interacts with the environment, it is trained to process inputs, and produce outputs which can affect different subjects in physical or virtual environments.

The Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe from 2018 defines AI in a less precise way as systems that display intelligent behavior by analyzing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals, and they can be purely software-based, acting in the virtual world or AI can be embedded in hardware devices.²⁷

Based on Article 1 of the EU AI Act, its main purpose is to improve the functioning of the internal market and promote the uptake of human-centric and trustworthy AI, while ensuring a high level of protection of health, safety, fundamental rights enshrined in the Charter (of Fundamental Rights of the European Union), including democracy, the rule of law and environmental protection, against harmful effects of AI systems in the EU and supporting innovation.

The EU AI Act is applied to a broad scope of subjects, including: 1. providers placing on the market or putting into service AI systems or placing on the market general-purpose AI models in the EU, irrespective of whether those providers are established or located within the EU or in a third country; 2. deployers of AI systems that have their place of establishment or who are located within the EU; 3. providers and deployers of AI systems that have their place of establishment or are located in a third country, where the output produced by the system is used in the EU; 4. importers and distributors of AI

²⁷ The Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final, p. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> access: 12 July 2024.

systems; 5. product manufacturers placing on the market or putting into service an AI system together with their product and under their own name or trademark; 6. authorized representatives of providers, which are not established in the EU; 7. affected persons that are located in the EU.

3.2. Risk-Based Approach and AI Systems

As we explained in the previous part of the article, the application of AI can provoke different risks to the society in general. Sometimes a risk can be predictable, and in some cases it is not possible to foresee its effects. The EU AI Act shifted from a two-structured risk system from the Commission's White Paper on AI²⁸ to the four-structured system which includes four-risk categories: *unacceptable risks* that lead to prohibited practices; *high risks* that involve a set of rules which must be implemented before an AI system is released to be used; *limited risks* with associated transparency obligations; and, *minimal risks*.

The EU AI Act stipulates in Article 5 a detailed list of prohibited AI practices which application can provoke unacceptable risks. The special attention is paid to the biometric data which technology of collection, storing and reading is very well established, and which are very stable over time, and can be collected from anyone who possesses this kind of document.²⁹ The use of "real-time" remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement is prohibited, unless and in as far as such use is strictly necessary for one of the following objectives: 1. the targeted search for specific victims of abduction, trafficking in human beings or sexual exploitation of human beings as well as the search for missing persons; 2. the prevention of a specific, substantial and imminent threat to the life or physical safety of natural persons or a genuine and present or genuine and foreseeable threat of a terrorist attack; 3. the localization or identification of a person suspected of having committed a criminal offence, for the purposes of conducting a criminal investigation or prosecution or executing a criminal penalty for offences, referred to in Annex II of the EU AI Act and punishable in the member state concerned by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least four years. This is without prejudice to the provisions in Article 9 of the GDPR for the processing of biometric data for purposes other than law enforcement.

An AI system shall be considered high-risk where both of the following conditions are fulfilled: 1. the AI system is intended to be used as a safety component of a product, or the AI system is itself a product, covered by the EU harmonization legislation listed in Annex I; 2. the product whose safety component pursuant to the first condition is the AI system, or the AI system itself as a product, is required to undergo a third-party

²⁸ The White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, Brussels, 19. 02. 2020 COM(2020) 65 final, recognized a two-fold system risk of AI, a low-risk and high-risk framework in relation to the AI application. https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_en?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf access: 12 July 2024.

²⁹ A. Lang, "Of Biometric Documents, Databases and Free Movement of Persons in the EU", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 7(Special Issue)/2023, 125.

conformity assessment, with a view to the placing on the market or the putting into service of that product pursuant to the EU harmonization legislation listed in Annex I. Beside the cases when concrete conditions are fulfilled, there is also Annex III which contains a list of the high-risk AI systems which are divided into eight areas and which can be supplemented if the application of some new forms of AI shows that they can be classified as high-risk systems.

AI systems which are not encompassed by the criteria for high-risk systems, including Annex III, will not be considered in this classification if they do not pose a significant risk of harm, to the health, safety or fundamental rights of natural persons, including by not materially influencing the outcome of decision making. This shall be the case if one or more of the following criteria are fulfilled: 1. the AI system is intended to perform a narrow procedural task; 2. the AI system is intended to improve the result of a previously completed human activity; 3. the AI system is intended to detect decision-making patterns or deviations from prior decision-making patterns and is not meant to replace or influence the previously completed human assessment, without proper human review; or, 4. the AI system is intended to perform a preparatory task to an assessment relevant for the purpose of the use cases listed in Annex III.

High-risk AI systems must go through the necessary assessment before it is confirmed that they can be released. For this purpose, the EU AI Act stipulates a risk management system which shall be established, implemented, documented and maintained in relation to this kind of AI systems. These systems which make use of techniques involving the training of AI models with data shall be developed on the basis of training, validation and testing data sets that meet the quality criteria referred to Article 10 paragraphs 2 to 5 whenever such datasets are used. Concurrently, the concrete technical documentation must be prepared and kept up-to date when such system is ready to be released. Article 14 introduces the rule of *the human oversight*, which means that high-risk AI systems shall be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that they can be effectively overseen by natural persons during the period in which they are in use. Providers of high-risk AI systems shall ensure that their systems undergo the relevant conformity assessment procedure, prior to their placing on the market or putting into service, while deployers are obliged to conduct a fundamental rights impact assessment. Based on Article 28 paragraph 1 of the EU AI Act, each member state shall designate or establish at least one notifying authority responsible for setting up and carrying out the necessary procedures for the assessment, designation and notification of conformity assessment bodies and for their monitoring. These procedures shall be developed in cooperation between the notifying authorities of all member states. For the purposes of implementing and enforcing the EU AI Act, the European Commission established the European Artificial Intelligence Office (further in the text: AI Office).³⁰

³⁰ Commission decision of establishing the European Artificial Intelligence Office, Brussels, 24. 01. 2024 C(2024) 390 final. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-decision-establishing-european-ai-office> access: 12 July 2024.

A special part of the EU AI Act is dedicated to measures in support of innovation which stipulates that member states shall ensure that their competent authorities establish at least one AI regulatory sandbox at national level, which shall be operational by ... 24 months from the date of entry into force of the Regulation. This sandbox may also be established jointly with one or several other member states' competent authorities. The Commission may provide technical support, advice and tools for the establishment and operation of AI regulatory sandboxes. When an AI system is released on the market, it is under the monitoring process which aims to collect all necessary data related to the effects of an AI life cycle.

The EU AI Act stipulates concrete enforcement measures in relation to compliance with the rules. In that context, member states shall lay down the rules on penalties and other enforcement measures, which may also include warnings and non-monetary measures, applicable to infringements of the EU AI Act by operators, and shall take all measures necessary to ensure that they are properly and effectively implemented, thereby taking into account the guidelines issued by the Commission pursuant to Article 96.³¹ The penalties provided for shall be effective, proportionate, and dissuasive.³² They shall take into account the interests of small and medium-sized enterprises including start-ups and their economic viability.³³

4. The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law – An Overview

The Council of Europe's Committee of Ministers adopted the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law (hereinafter: Framework Convention) on 17 May 2024.

The Framework Convention in Article 1 defines an AI system³⁴ as a machine-based system that for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that may influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment.

The Framework Convention's provisions aim to ensure that activities within the lifecycle of AI systems are fully consistent with human rights, democracy and the rule of law, and each party shall adopt or maintain appropriate legislative, administrative or other measures to give effect to these provisions. The complexity of measures which will be implemented will depend on the impact assessment of AI toward human rights,

³¹ Article 99 paragraph 1 EU AI Act.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ The Framework Convention contains the same definition of an AI system which is adopted as an updated version of the OECD's definition, which is available on the following link: S. Russell, K. Perset, M. Grobelnik, *Updates to the OECD's definition of an AI system explained*, 29 November 2023 <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update> access: 12 July 2024.

democracy and the rule of law through the AI lifecycle. Each party of the Framework Convention has general obligations to adopt or maintain measures to ensure protection of human rights and integrity of democratic processes and respect for the rule of law. Concurrently, there are seven principles related to activities within the lifecycle of AI systems: Human dignity and individual autonomy; Transparency and oversight; Accountability and responsibility; Equality and non-discrimination; Privacy and personal data protection; Reliability; and, Safe innovation.

Each party shall take necessary measures to assess all possible risks connected with an AI system which will be applied. The Framework Convention introduces a risk-based approach which includes following steps which aim to: 1. take due account of the context and intended use of AI systems, in particular as concerns risks to human rights, democracy, and the rule of law; 2. take due account of the severity and probability of potential impacts; 3. consider, where appropriate, the perspectives of relevant stakeholders, in particular persons whose rights may be impacted; 4. apply iteratively throughout the activities within the lifecycle of the AI system; 5. include monitoring for risks and adverse impacts to human rights, democracy, and the rule of law; 6. include documentation of risks, actual and potential impacts, and the risk management approach; 7. require, where appropriate, testing of AI systems before making them available for first use and when they are significantly modified. The Article 16 also stipulates that each state party shall adopt or maintain measures that seek to ensure that adverse impacts of AI systems to human rights, democracy, and the rule of law are adequately addressed, as well as shall assess the need for a moratorium or ban or other appropriate measures in respect of certain uses of AI systems where it considers such uses incompatible with the respect for human rights, the functioning of democracy or the rule of law.

Regarding the mechanism for monitoring the implementation of the Framework Convention, it is stipulated that the Conference of the parties will be established and it will be composed of representatives of the parties to the Framework Convention. The Conference will gather parties to consult periodically to: 1. facilitate effective application and implementation of the Framework Convention, including the identification of any problems and the effects of any reservation or any declaration made in accordance with the relevant rules; 2. consider the possible supplementation or amendment of the Framework Convention; 3. consider matters and making specific recommendations concerning the interpretation and application of the Framework Convention; 4. facilitate the exchange of information on significant legal, policy or technological developments of relevance, including in pursuit of the objectives defined in Article 25, for the implementation of the Framework Convention; 5. facilitate, where necessary, the friendly settlement of disputes related to the application of the Framework Convention; 6. facilitate cooperation with relevant stakeholders concerning pertinent aspects of the implementation of the Framework Convention, including through public hearings where appropriate. Parties shall co-operate among each other in the process of the Framework Convention implementation. Each party shall establish or designate one or more effective mechanisms to oversee compliance with the obligations from the Framework Convention.

The Framework Convention shall be opened for signature by the member states of the CoE, the non-member states which have participated in its drafting and the EU. It shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which five signatories, including at least three member states of the CoE, have expressed their consent to be bound by this Convention. After the entry into force of the Framework Convention, the Committee of Ministers of the CoE may, after consulting the parties to the Framework Convention and obtaining their unanimous consent, invite any non-member state of the CoE which has not participated in the elaboration of the Convention to accede to it. By a written notification addressed to the Secretary General of the CoE, any state may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the reservation related to the federal clause in accordance with Article 33, paragraph 1. No other reservation may be made in respect of this Convention. Any party may, at any time, denounce the Framework Convention by means of a notification addressed to the Secretary General of the CoE.

5. The Comparison Between the EU AI Act and the Framework Convention

The EU AI Act and the Framework Convention represent a huge step to the regulation of AI on the European (regional) and global level by legally binding instruments. Although they have the same aim, the legal nature of two organizations, which have led the process of their adoption, the EU and the CoE, reflects their characteristics which will shape the future of AI regulation. After the two previous parts of the article where we summarized basic elements of these two documents, this part aims to explain similarities and differences between the EU AI Act and the Framework Convention.

The EU AI Act is a *regulation* under the legal framework of the EU. It is a secondary law of the EU which is mandatory for all the EU member states. When the EU AI Act enters into force, it will be applied *directly and uniformly* to all member states, without any necessity to be transported into national states legal systems. The European Commission may adopt implementing acts to specify the technical elements of machine learning approaches and logic and knowledge based approaches, taking into account market and technological developments. On the other side, the Framework Convention represents an *international treaty* which will be opened to ratification to all states in the world. Every state which becomes a party to the Framework Convention *shall incorporate* this legal instrument as a part of its national law. This is the reason why the name is *the Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. This term “*framework*” implies the necessity for further elaboration and implementation of this act within each domestic legal framework of state parties. The Framework Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which five signatories,

including at least three member states of the CoE, have expressed their consent to be bound by this document. After entering into force, the Committee of Ministers of the CoE may, after consulting the parties to the Framework Convention and obtaining their unanimous consent, invite any non-member state of the CoE which has not participated in the elaboration of the Framework Convention to become its member. The EU can also become a member of the Framework Convention independently from its member states.

Based on the first articles of the both legal instruments, we can make a conclusion that the EU AI Act is focusing on the EU internal market and the relation with human centric and trustworthy AI, while ensuring a high level of protection of health, safety, fundamental rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the EU, including democracy, rule of law and environmental protection, and on the other side, the Framework Convention is stipulating the relation between an AI lifecycle and human rights and fundamental freedoms, democracy and the rule of law. The subject matter of both documents is the same, with an addition that the EU AI Act emphasizes the importance of the EU internal market.

The Framework Convention adopts the same definition of AI as the OECD's updated definition. This is followed by the fact the Framework Convention represents an international legal instrument. The EU AI Act defines AI in a broader way and encompasses all stages and forms of an AI lifecycle.

Both documents adopt *the risk based approach* regarding the application of AI systems with some differences. The EU AI Act stipulates *four categories* of risk-systems. It contains a list of prohibited AI practices and a detailed classification of high-risk AI systems. This approach is followed by concrete rules and procedures which must be fulfilled before a high-risk AI system is released. Annex III of the EU AI Act contains a list of eight different areas of high-risk systems. These lists can be amended if some AI systems show high risks during their implementation. On the other side, the Framework Convention does not contain any kind of risk classifications or classes, and its presumption is that *every kind of AI system* can be a *potential threat* to human rights, democracy and the rule of law. It provides obligations and a framework for risk assessment which will be applied by every state party through their legislation.

Regarding *penalties*, the Framework Convention does not stipulate any kind of penalties or fines for individuals or firms. It is up to every party to introduce legal mechanisms of monitoring and compliance within national legal frameworks. The EU AI Act provides concrete penalties in cases of breach the rules, and every party can introduce concrete warnings and non-monetary measures. The European Commission established the AI Office which will have a key role in the process of implementation of the EU AI Act. Every EU member state shall establish public authorities which will monitor the implementation of the EU AI Act.

Although there are some differences in the legal nature of these documents and their structure, the EU AI Act and the Framework Convention represent revolutionary steps to AI lifecycles regulation and prevention of possible breaches of human rights, democracy and the rule of law. The EU is mostly a political and economic union, while

the CoE is focused on human rights, democracy and the rule of law. All the EU member states are also members of the CoE, and they ratified some of the most important the CoE conventions, including the European Convention on Human Rights. Beside its member states, the EU itself has the legal capacity to ratify the Framework Convention. The EU AI Act and the Framework Convention are not contradictory, and they follow the same values, and can just complement each other in their implementation.

6. Conclusions

The implementation of AI in different areas of everyday life has demonstrated a lot of advantages, as well as different risks which can undermine human rights, democracy and the rule of law. These are the key elements of modern democratic states which have an obligation to protect them from any kind of treat. The risk from AI comes as a consequence of unpredictability how an AI model will interact with external subjects, including other AI systems. Depending on their complexity, in some cases, it is very easy to make predictions, while in others, this is almost impossible. The AI systems have also a big impact toward economies, which means that the process of innovations and developments is not possible to be stopped. Leaving such area unregulated can provoke more damages and treats to the rule of law, and the EU has introduced a legally binding instrument for its member states, the EU AI Act. This Act is seen as an instrument where the applied risk based approach toward the AI lifecycle should be in a balance between regulation which protect fundamental freedoms and the EU internal market, as well as be an incentive for further innovations of AI trustworthy systems.³⁵ Beside the EU, the CoE's Committee of Ministers adopted the Framework Convention as the first international convention which subject is dedicated to AI. The both documents give promises and hope for safer AI systems on national and international level, and it is to be seen how these instruments will be implemented in practice, and how parties to these instruments will cooperate with each other. A lot of effort has been put into the process of drafting the both acts and reaching the necessary agreement among countries, and it is time to see how these documents will regulate the AI "... (which) is not a substitute for human intelligence; (but) it is a tool to amplify human creativity and ingenuity".³⁶

³⁵ P. Živković, R. Ducato, "Algorithmic Discrimination: A Blueprint for Legal Analysis", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 7(Special Issue)/2023, 208.

³⁶ M. Pogle, *Most Significant & Famous Artificial Intelligence Quotes*, 5 February 2024, <https://autogpt.net/most-significant-famous-artificial-intelligence-quotes/> access: 9 July 2024

References

- Bathae, Y. “The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 31(2)/2018, 889-938.
- Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination (Report), European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, 2022. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf access: 9 July 2024.
- Binchy, E. *Advancement or Impediment? AI and the Rule of Law*, The Institute of International and European Affairs, Dublin, 2022. <https://www.iiea.com/images/uploads/resources/Advancement-or-Impediment-AI-and-the-Rule-of-Law.pdf> access: 9 July 2024.
- Burgess, P. “The Rule of Law, Science Fiction and Fears of Artificial Intelligence”, *Law, Technology and Humans*, 4(2)/2022, 124-136.
- Chen, Z. “Ethics and discrimination in artificial intelligence enabled recruitment practices”, *Humanities and Social Sciences Communications*, 10(567)/2023, 1-12. <https://doi.org/10.1057/s41599-023-02079-x>.
- Fornasier Oliveira de, M., “Artificial Intelligence and Democratic Rule of Law”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 13(3)/2021, 351-369.
- Furman, J. Seamans, R. “AI and the Economy”, *Innovation Policy and the Economy*, 19(1)/2019, 161-191.
- Kim, P. T., Bodie, M. T. “Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy”, *ABA Journal of Labor & Employment Law*, 35(2)/2021, 289-315.
- Lang, A. “Of Biometric Documents, Databases and Free Movement of Persons in the EU”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 7(Special Issue)/2023, 119-143.
- Miasato, A. Silva Reis, F. “Artificial Intelligence as an Instrument of Discrimination in Workforce Recruitment”, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, 8(2)/2019, 191-212.
- Nemitz, P. “Democracy through law The Transatlantic Reflection Group and its manifesto in defence of democracy and the rule of law in the age of “artificial intelligence””, *European Law Journal*, 29(1-2)/2021, 237-248.
- Rao, A. S., Verweij, G. *Sizing the prize – PwC’s Global Artificial Intelligence Study: Exploiting the AI Revolution – What’s the real value of AI for your business and how can you capitalize?*, PwC, 2017. <https://www.pwc.com/gx/en/issues/analytics/assets/pwc-ai-analysis-sizing-the-prize-report.pdf> access: 9 July 2024.
- Raso, F. A. et. al., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, Cambridge, Massachusetts, 6/2018, 1-62.
- Rejeski, D., Reynolds, L., Wright, S. *When Software Rules: Rule of Law in the Age of Artificial Intelligence*, Environmental Law Institute, Washington, D.C., 2018. <https://www.eli.org/sites/default/files/eli-pubs/when-software-rules-web.pdf> access: 9 July 2024.
- Rodrigues, R. “Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities”, *Journal of Responsible Technology*, 4/2020, 1-12. <https://doi.org/10.1016/j.jrt.2020.100005>.

- Schmidt N., Stephens, B. “An Introduction to Artificial Intelligence and Solutions to the Problem of Algorithmic Discrimination”, *Conference on Consumer Finance Law (CCFL) Quarterly Report*, 73(2)/2019, 130-144.
- Surden, H. “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, 35(4)/2019, 1305-1337.
- Živković, P. Ducato, R. “Algorithmic Discrimination: A Blueprint for Legal Analysis”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 7(Special Issue)/2023, 202-226.

Legal Sources

- Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, CM(2024)52-final, 17 May 2024. <https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:%220900001680afb11f%22%22sort%22:%22CoE-ValidationDate%20Descending%22%22}> access: 9 July 2024.
- EU AI Act version *approved by the European Council on 21 May 2024, and based on the version and article numbering approved by the EU Parliament on 14 May 2024*, <https://www.euaiact.com/> access: 9 July 2024.
- The Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> access: 12 July 2024.
- The White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, Brussels, 19. 02. 2020 COM(2020) 65 final. https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_en?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf access: 12 July 2024.
- Commission decision of establishing the European Artificial Intelligence Office, Brussels, 24. 01. 2024 C(2024) 390 final. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-decision-establishing-european-ai-office> access: 12 July 2024.

Online sources

- Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law*, 13 March 2024, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law#:~:text=On%20Wednesday%2C%20Parliament%20approved%20the,46%20against%20and%2049%20abstentions.> access: 9 July 2024.
- Fürstenau, M. *Germany highlights discrimination risks of AI*, 30 August 2023, <https://www.dw.com/en/ai-germany-discrimination/a-66670854> access: 9 July 2024.
- O’Carroll, L. *EU agrees ‘historic’ deal with world’s first laws to regulate AI*, 9 December 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/08/eu-agrees-historic-deal-with-worlds-first-laws-to-regulate-ai> access: 9 July 2024.

- O'Carroll, L. *AI fuelling dating and social media fraud, EU police agency says*, 9 January 2024, <https://www.theguardian.com/technology/2024/jan/09/ai-wars-dating-social-media-fraud-eu-crime-artificial-intelligence-europol> access: 9 July 2024.
- Pogla, M. *Most Significant & Famous Artificial Intelligence Quotes*, 5 February 2024, <https://autogpt.net/most-significant-famous-artificial-intelligence-quotes/> access: 9 July 2024.
- Russell, S., Perset, K., Grobelnik, M. *Updates to the OECD's definition of an AI system explained*, 29 November 2023 <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update> access: 12 July 2024.
- Stewart, R., Hinds, G. *Algorithms of war: The use of artificial intelligence in decision making in armed conflict*, 24 October 2023, <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2023/10/24/algorithms-of-war-use-of-artificial-intelligence-decision-making-armed-conflict/> access: 9 July 2024.

NEGOTIATION SOVEREIGNTY, THE EUROPEAN UNION AND THE METAMORPHOSIS OF THE EMPIRE

Abstract

The European Union is neither a federation nor a confederation, but it is not even a State or an international organization. In fact, all these definitions reveal an ideological bond with a State-centered mentality, and do not take into account the new governance dynamics which are replacing national sovereignty within the EU. In this respect, the most suggestive (and even more controversial) concept, which has been proposed in recent years, is that of the Empire. The paper addresses basically two issues: whether it is possible to conceptualise the EU as an Empire, that is to think of the EU through the prism of the Empire; whether the pre-national and pre-sovereign functioning of the Empire can help to think about a meta-sovereign and meta-national European future.

Keywords: *Sovereignty, Nation-State, European Union, Empire, Swiss Federalism*

* PhD, Associate Professor of Political Philosophy, Niccolò Cusano University – Rome.
E-mail: giangiaco­mo.vale@unicusano.it

PREGOVARANJE O SUVERENITETU, EVROPSKA UNIJA I METAMORFOZA IMPERIJE

Apstrakt

Evropska unija nije ni federacija ni konfederacija, a nije čak ni država ili međunarodna organizacija. U stvari, definicije tih pojmova otkrivaju postojanje ideološke veze sa mentalitetom usredsređenim na državu i ne uzimaju u obzir novu dinamiku upravljanja koja zamenjuje nacionalni suverenitet na nivou Evropske unije. U tom smislu najsugestivniji (i još najkontroverzniji) koncept koji je predložen poslednjih godina jeste koncept imperije. Rad se bavi u osnovi sa dva pitanja: da li je moguće konceptualizovati EU kao carstvo, odnosno razmišljati kroz prizmu imperije; da li prednacionalno i preduve-reno funkcionisanje carstva može pomoći u razmišljanju o metasuverenoj i metanacionalnoj evropskoj budućnosti.

Ključne reči: suverenitet, nacionalna država, Evropska unija, imperija, švajcarski federalizam

In many respects, Europe is nowadays the context whereby it is most evident that the modern State has been moving for many years towards a radical reconfiguration. If we stick to the most elementary meaning of sovereignty – according to which the State is sovereign when it has a monopoly on all public powers and it is independent in its relations with other States and with respect to higher authorities – there is no doubt that today the State proves to have objective limits, since the context in which it appeared and progressed has profoundly changed. Indeed, its formula appears too rigid to keep up with extremely complex and constantly evolving geopolitical, economical, technological and demographic dynamics. If we then look at its real ability to act and to fulfill the functions that would be proper to it, considering the global dimensions of these dynamics, the State is too small to play a global political role, too small to defend itself and too small to count in a globalized economy, in short: to claim to be truly independent and sovereign. At the same time the State is also too big to solve the problems faced by its citizens on a small scale (local or regional scale) and to guarantee real and concrete participation of citizens and local communities in political and community life. These limits do not necessarily lead to assume that the modern State is definitively overcome, but they provide us with some useful suggestions for its future and its reassessment. As the modern State has undergone its greatest transformations in Europe, thinking about its reconfiguration requires its contextualization within the process of European integration. In fact, the latter is so far the most evident field in which we are witnessing the reconfiguration of the State, which is why rethinking the State necessarily implies some thoughts on the European Union.

The governance dynamics which have accompanied or replaced State sovereignty within EU (network governance, multilevel governance...) go beyond the political categories of modernity and, since they remain State-centered, prevent any conceptualization of the EU based on them¹. As is known, the EU is a very unique political entity: it is not a federation, nor a confederation, but it is no longer an international organization either. If we focus on its institutional configuration and its functioning, the EU does not look like any known political regime. In this regard, the most suggestive and, at the same time, most controversial and provocative concept that has recently been proposed by some political scientists, jurists or philosophers is that of *Empire*. The paper focuses essentially on two issues: whether it is possible to conceptualize the EU as an Empire, that is, to think of the EU through the prism of Empire; whether the pre-national and pre-sovereign way of functioning of the Empire can help to think about the post-national and the meta-sovereignty, namely whether the imperial model can be a valid model for the future of the EU.

¹ See L. Hooge, G. Marks, *Multi-Level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield, Lanham 2001; S. Piattoni, *The Theory of Multi-Level Governance. Conceptual, Empirical, and Normative Challenges*, OUP, Oxford 2010; I. Bache, M. Flinders (ed.), *Multi-level Governance: Essential Readings*, Edward Elgar, Cheltenham 2015. See also the *White Paper on Multilevel Governance*, published by the Committee of the Regions in 2009 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3cba79fd-2fcd-4fc4-94b9-677bbc53916b/language-en>) and the *Charter for Multilevel Governance in Europe* adopted by the CoR in 2014 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XR1728&from=SK>), last visited 1st August 2024.

As a political form, the Empire definitively disappeared after the First World War, in the aftermath of the emergence of the principle of self-determination of peoples and the spread of the national beliefs. The last Empires to disappear were the Russian, the German, the Ottoman and the Austro-Hungarian Empires, even though, especially the first three, at this time were nothing but symbolic Empires: they were essentially States. In particular, the end of the latter in 1919 has completely upset the map of Europe, where many national entities appeared, including many newly formed ones.

The decline of the Empire as a political form began actually well before the 20th century, namely at the end of the Thirty Years' War, which, after the religious division of Europe, led to its political division. The Peace of Westphalia (1648) marks the triumph of the sovereign and territorial State over the ruins of the Holy Roman Empire and the beginning of a radical reconfiguration of the political categories that prevailed in Europe for centuries: the principle of sovereignty triumphs over the imperial principle (*Rex est imperator in regno suo*), the *jus publicum europaeum* (the international or rather inter-State law) replaces the imperial *jus gentium* (law of nations)², and the concept of Empire disappears from the European political and legal theory and from treaties³.

The Holy Roman Empire combined Roman universalism with Germanic particularism, which were held together thanks to the common identity matrix of Christianity. It was a feudal and decentralized system, in which a complex set of collective subjects (principalities, civic communities, secular and ecclesiastical fiefdoms, *universitates*, customary bodies of different nature) were held together by polycentric hierarchies⁴. On the contrary, in the new Westphalian system of Nation-States, Europe is divided into formally equal and independent States. The formal dissolution of the Holy Roman Empire will occur only in 1806 by the hand of Napoleon and his French "Empire", while his legacy will be collected by the Austrian Empire, established in 1804. Having become Austro-Hungarian in 1867, the Habsburg Empire was a multinational entity with two big constituents, Austria and Hungary. It will formally retain the name of "Empire" but will in fact take on more and more functions and methods typical of a territorial State, before definitively imploding under the blows of nationalism in 1919⁵.

Despite the end of imperial experiences (with the exception of the Japanese Empire, which however is only formally such), nowadays the term "Empire" is still used in political and scientific debate to define political, economic or cultural systems or phenomena, which however are not Empires in the strict sense. The term is used mostly in a metaphorical sense and with a certain lightness, in particular to give these phenomena

² Cf. S. Laghmani, *Histoire du Droit des Gens, du Jus Gentium impérial au jus publicum europeum*, Pedone, Paris 2004.

³ Cf. E. Tourme Jouannet, „La disparition du concept d'Empire“, *Jus politicum* 14/2015, 3.

⁴ On the Holy Roman Empire see J. Bryce, *The Holy Roman Empire*, Macmillan & Co., London 1889; P.H. Wilson, *Heart of Europe. A History of the Holy Roman Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2016; R. Folz, *L'idée d'Empire en Occident*, Aubier, Paris 1953; D. Willoweit, „The Holy Roman Empire as a legal system“, in: *Legislation and Justice* (ed. A. Padoa Schioppa), Oxford 1997, 123–130; G.M. Chiodi, „Considerazioni sulla nozione europea di impero“, *Kadmos* 1/2023, 54–55.

⁵ Cf. G.-H. Soutou, „Des empires dans tous leurs États“, *Politique étrangère* 1/2018, 37–49.

negative normative connotations⁶. We then speak of the American, Russian (and before that Soviet) or Chinese Empire to define superpowers that often operate above international law, of economic-financial Empires that operate above State economies, of colonial Empires or imperialism (to highlight the aggressive foreign policy of some States, in all its forms: cultural, linguistic, economic). Beyond these uses, nostalgic evocations of the Empires of the past are also common, as such as those based on the fascination of the myth of the Empire, as already happened with the Napoleonic or Hitlerian “Empires”, which however were not properly Empires, but rather imperial impulses: Napoleon proclaimed himself as emperor, but in reality, he was merely a head of State⁷.

Empire should therefore not be confused with concepts that are on the fringe of it, such as superpower, hegemony, cosmopolis or imperialism. Together with the Empire’s mythologizations or the apologetic and nostalgic forms of the imperial ideal, these semantic excesses contribute to generate ambiguity and confusion, to cause understandable apprehension or repulsion and, more importantly, prevent us from evaluating the fruitfulness and the opportunities which the paradigm of imperality opens up for the analysis and the understanding of contemporary political forms such as the European Union.

Far from dwelling therefore on utopian and apologetic visions or on the semantic or political degenerations of the imperial ideal, it is far more useful to look at the imperial principles that transcend its historical incarnations, which highlight the empirical validity of the concept. In this respect, without claiming to be exhaustive and taking into account the multi-secular, multifaceted and contradictory dimension of the term, we can recognize some distinctive features which outline the imperial model, on which many authors converge⁸. The Empire is first and foremost a non-democratic (and pre-democratic) political system with a plurality of jurisdictions and with many entities having different degrees of autonomy. Usually different nations, ethnic groups, languages and cultures co-

⁶ Cf. Y.Ch. Zarka, „La question de l’empire aujourd’hui“, in: *L’idée d’empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique* (dir. Th. Ménessier), Paris 2006, 215–226; D. Zolo, „Contemporary Uses of the Notion of Empire“, *The Monist* 90/2007, 48–64; C. Bonvecchio, P. Bellini, „L’Impero“, in *Introduzione alla filosofia e teoria politica* (Id.), Wolters Kluwer, Milano 2017, 112–128.

⁷ Cf. E. Tourme Jouannet, 2; J. Snyder, *Myths of Empire. Domestic Politics and International Ambition*, Cornell University Press, Ithaca 1991.

⁸ Among the most important contributes concerning the features of the Empire see M. Duverger (dir.), *Le concept d’empire*, PUF, Paris 1980; M.W. Doyle, *Empires*, Cornell University Press, Ithaca 1986; Th. Ménessier (dir.), *L’idée d’empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique*, L’Harmattan, Paris 2006; Ph. Pomper, „The history and theory of Empires“, *History and theory* 4/2005, 1–27; F. Sciaccia (cur.), *L’idea di impero. Riflessioni filosofiche*, Artetetra, Capua 2024; P. Colliva, „Impero“, in: *Il dizionario di politica* (cur. N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino), UTET, Torino 2007, 460–464; M. Cacciari, „Impero“, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano 2010; M. Boulet-Sautel, „Empire“, in: *Dictionnaire de philosophie politique* (dir. Ph. Raynaud, S. Rials), PUF, Paris 2003, 224–228; C. Bonvecchio, P. Bellini, „L’Impero“, in: *Introduzione alla filosofia e teoria politica*, 112–124; P. Bellini, „L’idea di impero“, in: *Cyberfilosofia del potere. Immaginari, ideologie e conflitti della civiltà tecnologica* (Id.), Mimesis, Milano-Udine 2007; O. Beaud, „Federation and empire: About a conceptual distinction of political form“, *International Journal of Constitutional Law* 4/2018, 1199–1206; A.J. Motyl, *Imperial ends. The decay, collapse, and revival of empires*, Columbia University Press, New York 2001; J. Burbank, F. Cooper, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton 2010.

exist in it, and its political system is hierarchically structured by asymmetric relationships between the center and the peripheries and between different entities, which are then formally and substantially unequal. It is also equipped with a *super partes* authority, which guarantees the union and the institutional equilibrium of its components, protects diversity and guarantees peace between them. Furthermore, it is endowed with a universal principle of organization and vocation, as the Empire does not have precise boundaries, but is characterized by complex forms of territorialization, by a space of continental dimensions tending to expand infinitely. Finally, within the Empire sovereignty is multicentered and complex, and above all lies an ethnic or a national dominating group, a dynasty, an emperor, who constituted the Empire through war, through the conquest or through feudal game of marriages, alliances or inheritances – generally not through mutual consent.

These principles set the Empire apart from the State. The latter was created and defined in opposition to the Empire, in particular to the Holy Roman Empire, proclaiming itself independent and distinguishing from it with respect to its main features. The Empire evokes sphericity, three-dimensionality, globality; the State is instead flat and two-dimensional, lacking the dimensions of volume and Spirit. Nation-State and Empire imply and favor different types of human relationships, which revolve around the notions of *union* and *unity*: the Empire is based on the principle of *union*, not uniformity; the State instead requires subjection to *unity*, that is, the uniform integration of everyone under the single power of the King or the offices of the capital. Furthermore, the Empire bases its fortune and vastness on the co-presence of diversity and universality, while the State sees diversity as a threat to its unity and wants to be closed, complete, self-sufficient both culturally and economically. Finally, the Empire is polyphonic and the Emperor is the point of reference and the element of guarantee of all the powers. The institutions, provinces, cities or religious communities that are *immediate* to the Empire depend directly on the Emperor and enjoy ^a status of freedom that they will no longer enjoy under the State, which will merge all powers into itself⁹.

In this respect, the idea of Empire is inextricably linked to European political history and belongs to the DNA of all ^{the} European peoples who have been part of it for almost two thousand years, starting from the Roman Empire (which lasted in the West about five centuries, from 27 BC to 476, although in reality the Empire of Alexander the Great – 332 BC-323 BC – also partly involved Europe), restored in the Holy Roman Empire with Charlemagne in 19th century (formally with Otto I in 962), which for 850 years, until 1806, held together more than 300 different entities with common rules, and which finally merged into the Habsburg Empire (first Austrian and then Austro-Hungarian, 1804-1867-1919). The idea of Empire (along with the experience of supranationality) is therefore very ancient and constant among European peoples, who know each other and know the experience of belonging together to a composite political entity, to which moreover Europe itself gave the name, even if Europe did not invent it¹⁰.

⁹ D. de Rougemont, *L'avenir est notre affaire*, Stock, Paris 1977, 97–98.

¹⁰ As Luigi Alfieri states, imperial institutions or experiences were widespread throughout the ancient world before and outside of Europe, which therefore did not invent the Empire, but imported it from Asia

Starting from this recognition, in recent years the notion of Empire has seen a renewed appreciation in many fields, in particular with respect to the idea of European Empire differently expressed and used to describe the EU or to suggest reforms and an alternative vision of the European polity. Regardless of the formula that is used (post-imperial Empire, post-hegemonic Empire, republican Empire, democratic Empire, anti-imperial Empire, neo-medieval Empire...), in these cases the attribution of imperial features to the EU has a positive nuance, not without contentions¹¹. Without wanting to force a classification of the EU as an Empire, many authors underline some characteristics or dynamics, which are at work in the very complicated functioning of the EU, and which can make us think of an imperial feature of the latter. Among them are the cultural, ethnic, linguistic and religious heterogeneity, the absence of officially defined and fixed borders, both internal and external and the process of gradual enlargement, which coincides with the logic of expansion typical of the Empire. Due also to transnational and cross-border cooperation programs and cohesion policies, the integration process has marked the re-emergence of a territorial logic in contrast with the principle of territoriality that was built in the shadow of the Nation-State. This is a typically imperial logic, based on a vertical and asymmetric relationship between a center and a periphery, both at the level of the political-institutional structure (relationship between Brussels and the individual States, which are therefore all peripheral), and within the relationship between the States (a nucleus of larger or more powerful States and the rest of the smaller States). Furthermore, the EU is characterized by a polycentric system and concentric circles of authority which give rise to divided sovereignty and a multilevel

and precisely from the first (partially) European imperial experience, that of Alexander the Great. Cf. L. Alfieri, „Impero: un tentativo di chiarimento storico-concettuale“, in: *L'idea di impero. Riflessioni filosofiche* (cur. F. Sciacca), Artetetra, Capua 2024, 3–18. See also G. Marks, „Europe and Its Empires: From Rome to the European Union“, *Journal of Common Market Studies* 1/2012, 1–20; M. Gravier, „The next European empire?“, *European Societies* 5/2009, 627–647.

¹¹ See for example U. Beck, E. Grande, *Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2004; Id., „Empire Europa: Politische Herrschaft jenseits von Bundesstaat und Staatenbund“, *Zeitschrift für Politik* 2005, 397–420; J. Zielonka, *Europe as Empire, The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford University Press, Oxford 2006; Id., „The International System in Europe: Westphalian Anarchy or Medieval Chaos?“, *Journal of European Integration* 1/2013, 1–18; A. Sepos, „Imperial power Europe? The EU's relations with the ACP countries“, *Journal of Political Power* 2/2013, 261–287; M. Gravier (2009); Id., „Empire vs federation: which path for Europe?“, *Journal of Political Power* 3/2011, 413–431; H. Behr, „The European Union in the Legacies of Imperial Rule? EU Accession Politics Viewed from a Historical Comparative Perspective“, *European Journal of International Relations* 4/2007, 239–262; H. Behr, Y. Stivachtis, *Revisiting the European Union as Empire*, Routledge, New York 2006; G. De Anna, „Il concetto di impero e il problema della legittimità dell'Unione Europea“, in: *L'idea di impero. Riflessioni filosofiche* (cur. F. Sciacca), 79–94, J.-L. Chabot, „L'idée d'empire dans la représentation de la construction européenne“, in: *L'idée d'empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique* (dir. Th. Ménissier), 245–262; P. Moreau Defarges, *L'Union européenne, empire démocratique?*, Notes de l'Ifri, Paris 2002; E. Gallo, „Verso un nuovo impero europeo?“, *Teoria politica* 1/2005, 63–76; J.M. Colomer, „The European Union: a federal, democratic empire?“, in: *Comparative European Politics* (ed. J.M. Colomer), Routledge, London 2008; K. Offe, U. Preuss, „The problem of legitimacy in the European polity. Is democratization the answer?“, *ConWeb papers* 6/2006, <http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb6-2006.pdf>.

governance system based on multiple centers of power, even overlapping, even competing with each other: in some areas the ultimate decision-making power lies within the States, in other areas it lies within the central entities of the EU (whose key institutions are also scattered across many European cities: Brussels, Frankfurt, Strasbourg, Vienna, Prague, Luxembourg, Copenhagen, Parma...)¹².

Also stressing these dynamics, some contemporary philosophers or political scientists use the idea of Empire in a normative sense and find in the paradigm of imperialism – when appropriately reinterpreted and adapted in its content and forms – a fruitful category for planning the future of the European project. Having ascertained the irreversible decline of the Nation-State, these scholars see the imperial model as the only one which could save Europe, allowing it to avoid the double danger of uniformity and of the anarchy of national sovereignties, and providing it an authentic democracy. In their eyes, the imperial model would therefore be the only model within which it is possible to think of a new political space and of a new common political identity, namely a political structure that is capable of uniting all the different European peoples, while respecting their diversity¹³. I do not intend to delve into the reasonableness or the feasibility of these theoretical standpoints in this article. What is worth to point out is that what emerges from them is not the desire to return to the imperial past, but that of recover an imperial vision with which to think about a new European political space. In this respect, with all its limitations, the last heir of the Holy Roman Empire, the Habsburg Empire, appears as the last guardian of the multinational imperial tradition, the last point of reference of a fully European supranational institutional entity and the most recent archetype of the multi-ethnic and multicultural coexistence of European peoples. Forced by historical events to behave with the traits of national States' sovereignty, it nevertheless remained until its end the cultural headquarters of Mitteleuropa, where all the main civilizations that shaped Europe meet¹⁴.

¹² M. Gravier (2009, 627–647); M. Gravier (2011, 413–431); U. Beck, E. Grande (2004); J. Zielonka (2006); B. Pelopidas, „Tout empire. Ou comment ce concept a perdu sa spécificité et comment la restaurer“, *Revue européenne des sciences sociales* 1/2011, 114–115; D. Chandler, *Empire in Denial: The Politics of State-Building*, Pluto Press, London 2006; L. Dijker, „The European Union as Empire: Democratic Political Representation in Empire Europe“, *Audens: revista estudiantil d'anàlisi interdisciplinària* 5/2021, 106–127.

¹³ H. Münkler, *Empires. The Logic of World Domination from Ancien Rome to the United States*, Polity Press, New York 2007; L. Alfieri, „I confini d'Europa“, *Europea* 2/2016, 7–31; G.M. Chiodi, (2023), 5–98; Id., *Impero e bipolarità europea*, in F. Sciacca (2024), 3–18; D. de Rougemont, (1977); Id., „L'État-nation contre l'Europe (Notes pour une histoire des concepts)“, *Cadmos* 25/1984, 88–112; G. Miglio, „Oltre lo Stato nazionale: L'Europa delle città“, *Ideazione* 2/2001, 93–108; A. De Benoist, „The idea of Empire“, *Telos* 98–99/1993-1994, 93–97.

¹⁴ Cf. J. Rupnik, „L'Europe centrale et les Balkans à la recherche d'un substitut d'empire“, in: *Entre Kant et Kosovo. Études offertes à Pierre Hassner* (dir. A.-M. Le Gloannec, A. Smolar), Presses de Sciences Po, Paris 2003, 339–360; G.M. Chiodi, (2023); Id., (2024); P.M. Judson, *The Habsburg Empire: A New History*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London 2016; M. Meriggi, „Impero con stato/Stato con impero. Accentramento e pluralismo nell'Impero asburgico tra Sette e Ottocento“, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1/2021, 435–459; L. Cole, „Il Sacro Romano Impero e la monarchia asburgica dopo il 1806: riflessioni su un'eredità contraddittoria“, in: *Gli Imperi dopo l'Impero nell'Europa del XIX secolo* (cur. M. Bellabarba, B. Mazohl, R. Stauber, M. Verga), il Mulino, Bologna 2008, 241–276; Ch.

In the current political panorama, there is perhaps only one political model that can be compared to the imperial order and that can make us understand the paradigm of imperialism, and that is the Swiss one. Switzerland still retains some important features of the Empire, starting from the federal mentality, which is «the authentic soul of imperialism»¹⁵. Switzerland slowly formed starting from 1291 in the heart of the Holy Roman Empire, *thanks* to the Empire (which delivered to Swiss peoples their first freedoms – and their wealth – in exchange for the guarantee of the defense of the Gotthard), but also *against* the Empire (as it has been regularly at war with the Empire dominated by the House of Habsburg, which as well has Swiss origins). Switzerland is a kind of microcosm of European society and culture, where Latin, Germanic and French civilizations, four languages and different religions converge. Moreover, Switzerland is a unique model of a multinational, multilingual and multiethnic federation, which we could define as a small-scale Empire, made up of 26 republics with their respective systems, laws and customs, and which has preserved the imperial principle of union without unification to this day¹⁶. All this found a meeting point in the Federal Constitution of 1848, with which the Swiss peoples and cantons found a satisfactory solution to the conflicting demands of autonomy and union, they renounced the classic attributes of sovereignty (army, waging war and peace, conclude treaties) and delegated them to the federation, agreeing to strengthen in a federal pact those alliances that had existed between them for centuries, but which had not allowed an effective common defense and which maintained tolls and customs, suffocating the economy¹⁷.

Ultimately, the Swiss model can make us understand more practically the paradigm of imperialism and meanwhile let us imagine a different way of thinking the future of the European Union, that is an alternative model to both the twentieth-century federalist dreams of United States of Europe and the opposite plans of a European Confederation (Europe of homelands or nations). Switzerland is thus the most tangible model of an ideal meta-sovereign European polity, grounded on the interaction between political and social communities of different types and sizes (States, Regions, Cities), in which the administrative power is distributed to different decision-making levels – federal, regional, municipal – requested by the nature of the tasks and interests, by their size and by the size of the community best suited to manage them¹⁸. Far

Lebeau, „Quel gouvernement pour quel empire? Du Saint-Empire à l’empire d’Autriche“, *Monde(s)* 2/2012, 151–166.

¹⁵ G.M. Chiodi, (2023), 57.

¹⁶ Cf. S. Rokkan, „Preface“, in: *Amicable Agreement versus Majority Rule* (J. Steiner), University of North Carolina Press, Chapel Hill 1974; J. Blondel, „Il modello svizzero: un futuro per l’Europa?“, *Rivista italiana di Scienza politica* 2/1998, 203–227; G. Vale, „La Svizzera. Un laboratorio europeo“, *Rassegna Europea* 50/2022, 15–17; G.M. Chiodi, (2023), 83–84.

¹⁷ See M.P. Viviani Schlein, *L’avvento dello Stato federale in Svizzera*, in *Costituzione Federale della Confederazione Svizzera (1848)*, Liberilibri, Macerata 2008.

¹⁸ Cf. J. Blondel; B.S. Frey, R. Eichenberger, *The New Democratic Federalism for Europe. Functional, overlapping and competing jurisdictions*, Edward Elgar, Cheltenham 1999; J. Steinberg, *Why Switzerland?*, Cambridge University Press, Cambridge 2015; D. de Rougemont, *La Suisse ou l’histoire d’un peuple heureux*, L’Âge d’Homme, Lausanne 1989; Id., *Mission ou démission de la Suisse*, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel 1940.

from claiming such a reprehensible and unrealistic European sovereignty, such a polity would instead locally preserve those elements of statehood which are neither transferable on a large scale nor totally manageable by the ancient States. It would then take the form of a *new type of Empire*, founded on a renewed version of the imperial principle of freedom and the plurality of identities, belongings and bonds of loyalty, which materializes in the possibility of binding and subjecting oneself to entities different in nature, functions and dimensions: small homeland of origin and continental culture, national ideal and universal religion, regional community and European belonging, etc. It is certainly a complex system, without a center or a well-defined hierarchy, but which has at its core a fundamental principle and aim, which is to jointly defend the right to remain different. Europe would thus figure not only as the theater of the decline or reconfiguration of the Nation-State, but also as a potential «theatre for the metamorphosis of the Empire»¹⁹. This means rethinking the strengths of the Empire suited for the challenges of the future.

References

- Alfieri, L. „I confini d’Europa“, *Europea*, 2/2016, 7–31.
- Alfieri, L. „Impero: un tentativo di chiarimento storico-concettuale“, *L’idea di impero. Riflessioni filosofiche* (cur. F. Sciacca), Artetetra, Capua, 2024, 3–18.
- Bache, I., Flinders, M. (ed.), *Multi-level Governance: Essential Readings*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015.
- Beaud, O. „Federation and empire: About a conceptual distinction of political form“, *International Journal of Constitutional Law*, 4/2018, 1199–1206.
- Beck, U., Grande, E. „Empire Europa: Politische Herrschaft jenseits von Bundesstaat und Staatenbund“, *Zeitschrift für Politik*, 2005, 397–420.
- Beck, U., Grande, E. *Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2004.
- Behr, H. „The European Union in the Legacies of Imperial Rule? EU Accession Politics Viewed from a Historical Comparative Perspective“, *European Journal of International Relations*, 4/2007, 239–262.
- Behr, H. Stivachtis, Y. *Revisiting the European Union as Empire*, Routledge, New York, 2006.
- Bellini, P. *Cyberfilosofia del potere. Immaginari, ideologie e conflitti della civiltà tecnologica*, Mimesis, Milano-Udine, 2007.
- Blondel, J. „Il modello svizzero: un futuro per l’Europa?“, *Rivista italiana di Scienza politica*, 2/1998, 203–227.
- Bonvecchio, C., Bellini, P. *Introduzione alla filosofia e teoria politica*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

¹⁹ Cf. P. Sloterdijk, *Falls Europa erwacht. Gedanken zum Programm einer Weltmacht am Ende des Zeitalters ihrer politischen Absence*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, 34.

- Boulet-Sautel, M. „Empire“, *Dictionnaire de philosophie politique* (dir. Ph. Raynaud, S. Rials), PUF, Paris, 2003, 224–228.
- Bryce, J. *The Holy Roman Empire*, Macmillan & Co., London, 1889.
- Burbank, J., Cooper, F. *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 2010.
- Cacciari, M. „Impero“, *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2010.
- Chabot, J. L. „L'idée d'empire dans la représentation de la construction européenne“, *L'idée d'empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique* (dir. Th. Ménissier), 245–262.
- Chandler, D. *Empire in Denial: The Politics of State-Building*, Pluto Press, London, 2006.
- Chiodi, G. M. „Considerazioni sulla nozione europea di impero“, *Kadmos*, 1/2023, 54–55.
- Chiodi, G. M. *Impero e bipolarità europea*, in: *L'idea di impero. Riflessioni filosofiche* (cur. F. Sciacca), Artetetra, Capua 2024, 3–18.
- Cole, L. „Il Sacro Romano Impero e la monarchia asburgica dopo il 1806: riflessioni su un'eredità contraddittoria“, *Gli Imperi dopo l'Impero nell'Europa del XIX secolo* (cur. M. Bellabarba, B. Mazohl, R. Stauber, M. Verga), il Mulino, Bologna, 2008, 241–276.
- Colliva, P. „Impero“, in: *Il dizionario di politica* (cur. N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino), UTET, Torino, 2007, 460–464.
- Colomer, J. M. „The European Union: a federal, democratic empire?“ in: *Comparative European Politics* (ed. J.M. Colomer), Routledge, London, 2008.
- De Anna, G. „Il concetto di *impero* e il problema della legittimità dell'Unione Europea“, in: *L'idea di impero. Riflessioni filosofiche* (cur. F. Sciacca), Artetetra, Capua, 2024, 79–94.
- De Benoist, A. „The idea of Empire“, *Telos*, 98–99/1993-1994, 93–97.
- De Rougemont, D. *Mission ou démission de la Suisse*, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1940.
- De Rougemont, D. *L'avenir est notre affaire*, Stock, Paris, 1977.
- De Rougemont, D. „L'État-nation contre l'Europe (Notes pour une histoire des concepts)“, *Cadmos*, 25/1984, 88–112.
- De Rougemont, D. *La Suisse ou l'histoire d'un peuple heureux*, L'Âge d'Homme, Lausanne, 1989.
- Miglio, G. „Oltre lo Stato nazionale: L'Europa delle città“, *Ideazione* 2/2001, 93–108.
- Dijker, L. „The European Union as Empire: Democratic Political Representation in Empire Europe“, *Audens: rivista studentil d'analisi interdisciplinaria*, 5/2021, 106–127.
- Doyle, M.W. *Empires*, Cornell University Press, Ithaca, 1986.
- Duverger, M. (dir.), *Le concept d'empire*, PUF, Paris, 1980.
- Folz, R. *L'idée d'Empire en Occident*, Aubier, Paris, 1953.
- Frey, B. S., Eichenberger, R. *The New Democratic Federalism for Europe, Functional, overlapping and competing jurisdictions*, Edward Elgar, Cheltenham, 1999.

- Gallo, E. „Verso un nuovo impero europeo?“, *Teoria politica*, 1/2005, 63–76.
- Gravier, M. „The next European empire?“, *European Societies*, 5/2009, 627–647.
- Gravier, M. „Empire vs federation: which path for Europe?“, *Journal of Political Power*, 3/2011, 413–431.
- Hooge, L., Marks, G. *Multi-Level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2001.
- Judson, P. M. *The Habsburg Empire: A New History*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London 2016.
- Laghmani, S. *Histoire du Droit des Gens, du Jus Gentium impérial au jus publicum europeum*, Pedone, Paris, 2004.
- Lebeau, Ch. „Quel gouvernement pour quel empire? Du Saint-Empire à l’empire d’Autriche“, *Monde(s)*, 2/2012, 151–166.
- Marks, G. „Europe and Its Empires: From Rome to the European Union“, *Journal of Common Market Studies*, 1/2012, 1–20.
- Ménissier, Th. (dir), *L’idée d’empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique*, L’Harmattan, Paris, 2006.
- Meriggi, M. „Impero con stato/Stato con impero. Accentramento e pluralismo nell’Impero asburgico tra Sette e Ottocento“, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1/2021, 435–459.
- Moreau Defarges, P. *L’Union européenne, empire démocratique?*, Notes de l’Ifri, Paris, 2002.
- Motyl, A. J. *Imperial ends. The decay, collapse, and revival of empires*, Columbia University Press, New York, 2001.
- Münkler, H. *Empires. The Logic of World Domination from Ancien Rome to the United States*, Polity Press, New York, 2007.
- Offe, K., Preuss U. „The problem of legitimacy in the European polity. Is democratization the answer?“, *ConWeb papers*, 6/2006, <http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb6-2006.pdf>.
- Pelopidas, B. „Tout empire. Ou comment ce concept a perdu sa spécificité et comment la restaurer“, *Revue européenne des sciences sociales* 1/2011, 114–115.
- Piattoni, S. *The Theory of Multi-Level Governance. Conceptual, Empirical, and Normative Challenges*, OUP, Oxford, 2010.
- Pomper, Ph. „The history and theory of Empires“, *History and theory*, 4/2005, 1–27.
- Rokkan, S. „Preface“, in: *Amicable Agreement versus Majority Rule* (J. Steiner), University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1974.
- Rupnik, J. „L’Europe centrale et les Balkans à la recherche d’un substitut d’empire“, *Entre Kant et Kosovo. Études offertes à Pierre Hassner* (dir. A. M. Le Gloannec, A. Smolar), Presses de Sciences Po, Paris, 2003, 339–360.
- Sciacca, F. (cur.), *L’idea di impero. Riflessioni filosofiche*, Artetetra, Capua, 2024.
- Sepos, A. „Imperial power Europe? The EU’s relations with the ACP countries“, *Journal of Political Power*, 2/2013, 261–287.
- Sloterdijk, P. *Falls Europa erwacht. Gedanken zum Programm einer Weltmacht am Ende des Zeitalters ihrer politischen Absence*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.

- Snyder, J. *Myths of Empire. Domestic Politics and International Ambition*, Cornell University Press, Ithaca 1991.
- Soutou, G. H. „Des empires dans tous leurs États“, *Politique étrangère*, 1/2018, 37–49.
- Steinberg, J. *Why Switzerland?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Tourme, J. E. „La disparition du concept d’Empire“, *Jus politicum*, 14/2015, 3.
- Vale, G. „La Svizzera. Un laboratorio europeo“, *Rassegna Europea*, 50/2022, 15–17.
- Viviani Schlein, M.P. *L’avvento dello Stato federale in Svizzera*, in *Costituzione Federale della Confederazione Svizzera (1848)*, Liberilibri, Macerata, 2008.
- Willoweit, D. „The Holy Roman Empire as a legal system“, *Legislation and Justice* (ed. A. Padoa Schioppa), Oxford, 1997, 123–130.
- Wilson, P. H. *Heart of Europe. A History of the Holy Roman Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2016.
- Zarka, Y. Ch. „La question de l’empire aujourd’hui“, *L’idée d’empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique* (dir. Th. Ménissier), Paris, 2006, 215–226.
- Zielonka, J. „The International System in Europe: Westphalian Anarchy or Medieval Chaos?“, *Journal of European Integration*, 1/2013, 1–18.
- Zielonka, J. *Europe as Empire, The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Zolo, D. „Contemporary Uses of the Notion of Empire“, *The Monist*, 90/2007, 48–64.

ESTABLISHING NATIONAL SOVEREIGNTY AND NEGOTIATIONAL SOVEREIGNTY IN TURKIYE (1919–1923)

Abstract

On October 1918, Moudros Armistice was signed between the Allies and the Ottoman Government. As a rejection of this agreement, National Struggle War started in 1919 and lasted until 1922 under the leadership of Mustafa Kemal Atatürk, the founder of the country. While fighting to save the country Mustafa Kemal Atatürk tried to establish national sovereignty and made the preliminary preparations for the declaration of the republic in every step he took. As a solid evidence, Turkish Grand National Assembly (TGNA) established in 1920 and thus national sovereignty was declared officially. The National Struggle War organized by TGNA Government using TGNA armies. When the war finished the Allied Powers offered to have peace talks with the TGNA Government at Lausanne, Switzerland. With this diplomatic invitation, the question of who would represent Turkiye in the peace negotiations came to the agenda. In this study importance of national sovereignty for Turkiye and the most prominent steps of establishment of national sovereignty would be discussed.

Keywords: *National Sovereignty, Turkiye, Lausanne Peace Negotiations, Mustafa Kemal Atatürk, Turkish Republic*

* PhD, Associate Professor, Common Courses Department, Izmir University of Economics, Turkiye.
E-mail: elcin.yilmaz@ieu.edu.tr

USPOSTAVLJANJE NACIONALNOG SUVERENITETA I PREGOVARAČKI SUVERENITET U TURSKOJ (1919–1923)

Apstrakt

Tokom oktobra 1918. godine potpisano je Mudrosovo primirje između saveznika i osmanske vlade. Kao odbacivanje tog sporazuma, 1919. godine počeo je nacionalni rat koji je trajao do 1922. godine pod vođstvom Mustafe Kemala Atatürka. On je pokušavao da uspostavi nacionalni suverenitet i vršio je pripreme za proglašenje republike svakim korakom koji je preduzima. Kao čvrst dokaz, Velika nacionalna skupština Turske osnovana je 1920. godine i na taj način je zvanično proglašen nacionalni suverenitet. Kada je rat završen, savezničke sile su ponudile mirovne pregovore sa turskom vladom u Lozani. Tada je na dnevni red došlo i pitanje ko će predstavljati Tursku u mirovnim pregovorima. U ovom radu, autor ukazuje na značaj nacionalnog suvereniteta za Tursku, kao i najistaknutije korake ka njegovom uspostavljanju.

Ključne reči: *nacionalni suverenitet, Turska, mirovni pregovori u Lozani, Mustafa Kemal Atatürk, Turska Republika*

1. Introduction

As a very brief review, Ottoman State founded in 1299 and existed as a state for a period of 600 years. And it exhibits certain features as form of government, mode of production, commerce, regime, culture, religion, language, history and human element. Following the conquest of Istanbul it enlarged its boundaries into Europe and soon became a vast Empire.

The Ottoman state order was based on the belief in the high unity of decision and immunity of the sultanate and authority. The Sultan was the sole owner of the state. According to the Ottoman understanding of the state, as long as this principle was preserved, the state order would be protected from chaos. In the Ottoman state order, every decision was ultimately an absolute order of the sultan. Important decisions were made with the edict written by the sultan himself, that is, “*hatt-i hümayun*”.

State affairs were under the direct control of the sultan. Every order formulated by the bureaucracy was always issued as a sultan's order. Because the person who founded the state and owns the property was the sultan. It was believed that God donated the state to him. The source of authority is essentially God. There could be no authority other than Sultan.¹ To oppose sultan meant to oppose God. All regulations had to be religious and Sultans could order and behave within the limits of the Islamic law. Famous German sociologist Max Weber, in his typology of states, identifies the Ottoman Empire as a despotic autocracy with power over the laws and called this typology as “sultanizm.”² In order to rule the empire the Ottoman sultans developed a complex system of government, based on principles of theocracy, hierarchy, centralization and tradition. In this system the the sultan, assisted by the grand vizier, and the two principal ruling institutions the army and the bureaucracy, ruled over the common people, who were divided up into groups according to their economic function.³

In the periods between 1453 and the 16th century the sultans ruled as true sovereigns. The ottoman sultans until the short experiences of the constitutional monarchy in 1876 and from 1908-1918, were the only leaders who were the decision making authorities. Males in the Ottoman dynasty were potential heirs to the throne and theoretically, each son had equal rights to the throne.⁴

2. National Sovereignty In Ataturk’s Thought

After the defeat of the Ottoman Empire in the First World War, Western powers had sought to divide and control its vast former territory. Turkiye had to defend its very

¹ H.İnalçık, *Seçme Eserleri VII- Devlet-i Aliyye*, İstanbul 2009, 44.

² *İbid.* 45., H. Eroğlu, “Klasik Dönemde Osmanlılarda İktidar ve Muhalefet İlişkisi Üzerine”, in: *XVIII. Türk Tarih Kongresi Bildirileri*, Vol:3, Ankara 2022, 614.

³ A. I. Macfie, *The End Of The Ottoman Empire (1908-1923)*, New York, 1988, 6.

⁴ B.Lewis, *The Emergence of Modern Turkey*, New York 2002, 372.

right to live as an independent country. During the period of National Struggle War (1919-1922), Turks rejected the Allied occupations and established organisations called Defence of Rights and tried to save their homeland. After the victory of Turks, it was time to establish the Republic. The Turkish Republic was founded in 1923. The structure of the Turkish Republic State was formed within the framework of the system of thought of its founder, Atatürk. In very early ages he started to think about national sovereignty.⁵

Mustafa Kemal Atatürk accepts the Republic as the only legitimate regime. Through the republic, political authority is obtained, its legitimacy being derived from the unconditional sovereignty of the people. The source of the political authority is the nation and its people.⁶

National sovereignty was a cornerstone of Mustafa Kemal Atatürk's vision for Türkiye, deeply influencing his reforms and policies. Atatürk believed that the future of Türkiye depended on the complete independence of the nation from foreign intervention and influence. He famously asserted, "Sovereignty is not given, it is taken," emphasizing that sovereignty should be fought for and maintained by the nation itself. This principle guided his efforts to abolish the Ottoman sultanate and establish a republic where the sovereignty belonged to the people of Türkiye. By doing so, Atatürk aimed to create a modern, secular state where the government was accountable to its citizens rather than to any external powers or inherited monarchy.

One of the reasons why Atatürk chose the national sovereignty and so republic as the state's political regime was that he had longed for such a regime for a long time. During Atatürk's youth, he personally witnessed the problems caused by the monarchical administration in the Ottoman Empire. He thought from the very young ages of abolishing the sultanate administration, which brought the empire to the brink of destruction, and establishing a new state based on national sovereignty. He accepted the principle "national sovereignty" as the most effective weapon against internal despotic forces. To him, try to maintain the Ottoman Monarchy was to commit the greatest crime against the Turkish nation; the Turkish nation could only exist as an honourable nation if she had complete freedom and have her independence from internal despotism. Atatürk made great efforts from the beginning to indoctrinate the people as well as their representatives, that sovereignty belongs to the nation and not to a certain person.⁷

The idea of national sovereignty in Mustafa Kemal's mind dates back to 1905.⁸ This is also a result of his intellectual accumulation. He read and studied the thinkers of the Enlightenment Revolution since his youth. He was especially influenced by the French Revolution and the idea of national sovereignty. He was most affected by Jean-Jacques Rousseau thoughts.

⁵ S.Kili, *The Atatürk Revolution- A Paradigm Of Modernization*, İstanbul, 2003, 261.

⁶ *Ibid.* 202-203.

⁷ İ. Arsel, "Constitutional Development of Turkey Since Republic", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol:18/1, 1961, 39.

⁸ Z. Toprak, Atatürk, *Kurucu Felsefenin Evrimi*, İstanbul 2020, 141.

Jean- Jacques Rousseau's "*The Social Contract*" translated into Turkish in 1913s. It is easily understood that he read this book in those years. For instance, He underlined these sentences and wrote "*important*" beside them: "*The sovereign power is simple and single. To divide this power is to destroy it.*" In addition, he wrote "*valuable*" beside these sentences: "*Sovereignty cannot be abandoned or changed. Limiting sovereign power means destroying it.*" Therefore, these sentences were also included in Atatürk's speech to the parliament on December 1, 1921 and formed the main axis of the founding philosophy.⁹

Here are some notable speeches by Mustafa Kemal Atatürk that emphasize the theme of national sovereignty:

1. Speech at the Opening of the Grand National Assembly (April 23, 1920)
"*Sovereignty unconditionally belongs to the nation.*"¹⁰
2. Speech at the Republic Day Ceremony (October 29, 1923)
"*The Republic is a gift of the Turkish nation to itself.*"¹¹
3. Speech in İzmir (September 9, 1923)
"*We will continue to build our future on the foundation of national sovereignty.*"¹²
4. Speech at the 10th Anniversary of the Republic (October 29, 1933)
"*The foundation of our Republic is the absolute sovereignty of the nation*"¹³
5. Speech at a visit to his mother's grave at Izmir (January 27, 1923)
"*My mother is a victim of the sultans: first of Abdülhamit's rule, which had imprisoned and exiled her son, then of Vahdettin's government which harassed her while her son led the struggle in Anatolia. She had been blinded by tears. When recently, I finally saved her from Istanbul, she was dead in body and lived on only in spirit. But the sacrifice has had its reward: national sovereignty had been established for ever. I swear in front of my mother's grave and in the presence of God, that I shall not hesitate to join her if this be necessary for the defence of the sovereignty, which the nation has won at the cost of so much blood. I deem it a debt of conscience and honour to give my life for the sake of national sovereignty.*"¹⁴

3. Important Steps of National Sovereignty in National Struggle War

After the World War I, Ottoman State signed an armistice agreement as a defeated country on October 30, 1918. The conditions of the armistice were very heavy and gave right to the Allies for occupations of Turk's homeland while not giving any right for Turks to live as an independence nation. The occupation of the Allied Powers began

⁹ Ibid., 19.

¹⁰ M. K. Atatürk, *The Speeches of Mustafa Kemal Atatürk*. Volume I, 1920-1921, Ankara 2000, 5.

¹¹ M. K. Atatürk, *The Speech*, 2005, 323.

¹² M. K. Atatürk, *The Speeches of Mustafa Kemal Atatürk*. Volume II, 1923-1938, Ankara 2000, 150.

¹³ M. K. Atatürk, *The Speeches of Mustafa Kemal Atatürk*. Volume II, 1923-1938, Ankara 2000, 356.

¹⁴ A. Mango, *The Biography of the Founder of Modern Turkey*, New York 1999, 377.

on November 3, 1918. At first British forces occupied Mosul, the main town in northern Iraq, second French forces occupied the southern regions of Anatolia. The occupations continued to cover almost all of Anatolia and Thrace by the Allies. Therefore, The Armistice of Moudros marked the final dissolution of the Ottoman Empire. As a reaction to the unfair occupations local resistance movements began to establish in Anatolia under the name of “*Societies for the Defense of Rights*.”

The most prominent in the development of the resistance movements was the occupation of Izmir by the Greek army in May 1919. After the occupation of Izmir by Greek forces local resistance, movements turned into a full-scale national resistance. Mustafa Kemal was on his way to Samsun on the northern Black Sea region to establish the order in the region when İzmir was occupied. Mustafa Kemal and his colleagues landed in Samsun and organized the National Struggle War.

After Atatürk’s arrival in Samsun, in every step he took and, in every decision, he made was in line with national sovereignty. For instance, in the first official paper of National Struggle War, “*Amasya Circular*”, he declared not only the method and the reason of the National Struggle War but also the national sovereignty of Turkish people.

Mustafa Kemal issued a declaration in the town Amasya together with other prominent Ottoman officers Rauf Orbay, Ali Fuad Cebesoy, Refet Bele. The circular urged popular demonstrations against Istanbul’s attempts to cripple the resistance movement by prohibiting the telegraphic communication of defence of rights organisations.¹⁵ The Amasya Circular, issued on June 22, 1919, laid the foundation for the national movement that would eventually lead to the establishment of the Republic of Türkiye. Its significance in relation to national sovereignty cannot be overstated, as it marked a clear declaration of the Turkish nation's right to self-determination and independence. The circular called the Turkish people to reclaim their independence and sovereignty.

The circular declared that the independence of the nation was at risk and that it was the duty of all citizens to defend this independence. This call to action highlighted the fundamental belief that sovereignty could only be preserved through the collective will and effort of the nation. The circular emphasized the need for national unity and solidarity in the face of foreign threats. It called for the establishment of a national assembly that would represent the will of the people, reinforcing the idea that sovereignty resided with the nation as a whole. By advocating for the convening of a national congress, the Amasya Circular underscored the principle of popular sovereignty. It proposed that representatives from all regions should gather to decide the nation's future, thus rejecting the legitimacy of any authority imposed by foreign powers or the discredited Ottoman regime. The circular explicitly stated that the Turkish nation had the right to determine its own fate.

Following the circular's call, the Erzurum Congress (July-August 1919) and the Sivas Congress (September 1919) were convened. These congresses brought together representatives from various regions, further solidifying the movement for national sovereignty. The decisions made at these congresses laid the groundwork for the

¹⁵ H. Kayalı, “The Struggle For Independence”, in: *Turkey Volume: 4 Turkey In The Modern World*, New York 2008, 124.

establishment of a provisional government and the eventual creation of the Turkish Republic. For instance, Erzurum Congress's important resolutions in line with national sovereignty were about preservation of the integrity and independence of the homeland and the nation. The congress also called for the parliament to reconvene and oversee the government's decision.¹⁶ The Sivas Congress adopted Erzurum's resolutions and underlined that without all independence and integrity of homeland National Struggle movement would not stop. Leadership of the national movement, established at the congresses of Erzurum and Sivas, enabled Mustafa Kemal rapidly to secure control of the greater part of both the army and the civil administration in Anatolia and eastern Thrace.

After the Sivas Congress, the National Struggle movement gained strength in Anatolia and after some very prominent internal and external developments¹⁷ Turkish Grand National Assembly (TGNA) were opened in Ankara on April 23, 1920, and the most effective step about the national sovereignty had to be taken.¹⁸

The opening of the TGNA marked a pivotal moment in the establishment of national sovereignty in Türkiye. This event signified a decisive break from the Ottoman Empire's absolute monarchy and the initiation of a new era of self-governance and republicanism. The TGNA provided a platform for representatives from various regions of Anatolia and Thrace to voice the will of the Turkish people, reinforcing the principles of popular sovereignty and democratic participation. The assembly's inauguration underscored the determination of the Turkish National Movement, led by Mustafa Kemal Atatürk, to resist foreign occupation and internal fragmentation following World War I. By asserting legislative power, the TGNA laid the foundational framework for the Republic of Türkiye, enshrining the concepts of national unity, independence, and modern statehood. This transition was crucial in redefining the political landscape, ultimately leading to the abolition of the sultanate in 1922 and the establishment of the Republic in 1923, thereby solidifying Türkiye's commitment to sovereignty and democracy.

TGNA adopted the system of the single representative of the nation, and it had the authority to legislate and to carry out laws. The head of the assembly was also the head of the government. The head of the assembly also carried out the duties of the head of the state. TGNA used its right to legislate and carry out laws without being bound to any condition or limitation. According to Mustafa Kemal Pasha "such a government is one depending on the principle of the sovereignty of the nation, it is a republic."¹⁹

TGNA gathered and worked without a constitution until January 1921. On January 20, 1921 the assembly adopted a new constitution without mentioning Caliphate or the Sultanate. The Constitution used the name of the Turkish State. In this constitution it is stated that sovereignty unconditionally belonged to the nation. The people had the right to determine

¹⁶ *Ibid.* 125.

¹⁷ Information about the developments see: *Ibid.*, 125-128., A.L. Macfie, *The End of the Ottoman Empire (1908- 1923)*, New York 1998, 189.

¹⁸ H. Eroğlu, "Ataturk And The Republic", in: *A Handbook of Kemalist Thought*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2019, 27.

¹⁹ H. Eroğlu, 27-28.

their own fates. The authority to make and carry out laws was gathered in TGNA.²⁰ “*The sovereignty of the people*” and “*the state of Turkiye.*”, these were new and revolutionary ideas, and their appearance in a constitutional enactment marks the first decisive step in the legal processes that transformed Turkiye from a Islamic universal empire into a secular national state. The transitional phase, which began with the formation of the TGN A, was completed with the proclamation of the Republic and the promulgation of the new constitution.²¹

Article 1: *Sovereignty is vested in the nation without condition. Governmental system is based on the principle of self-determination and government by people.*

Article 2: *The executive and legislative powers are exercised by and concentrated in the hands of the TGNA, which is the sole and real representative of the nation.*²²

The 1921 Constitution of Turkiye, formally known as the “*Teşkilât-ı Esasiye Kanunu*” (The Law of Fundamental Organization) holds substantial significance in the context of national sovereignty. It was instrumental in legitimizing the authority of the TGNA as the sole representative of national sovereignty, effectively superseding the Ottoman imperial structure.²³ By emphasizing the principle of national sovereignty and popular representation, the 1921 Constitution marked a departure from monarchical rule and laid the groundwork for a republican form of governance.²⁴ It provided for a unicameral legislature, reinforcing the TGNA's central role in legislative and executive functions, thereby promoting a more inclusive and participatory political system.²⁵

On November 1, 1922, another prominent step taken by the assembly was abolition of the sultanate. By this, TGNA announced that the Ottoman State and its regime, monarchy had passed into history. Furthermore, the abolition of the sultanate paved the way for the proclamation of the Republic of Turkiye on October 29, 1923, and the subsequent implementation of radical reforms aimed at secularizing and modernizing the country such as abolishment of the caliphate, emancipation of the Turkish women, giving political rights to Turkish women etc. This historic transformation emphasized Turkiye's commitment to embracing democratic governance and institutionalizing national sovereignty.

4. Lausanne Peace Negotiations

After the National Struggle War, the ceasefire signed by the delegates of the Ankara government, whose forces had won the wars against the Greek occupation. Allies invited both the Istanbul and the Ankara governments to the peace talks in Lausanne

²⁰ B.Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul 1998, s.42., R.Akın, *TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare*, İstanbul 2001, s.66.

²¹ B. Lewis, *İbid*, 368.

²² See full text in: <http://genckaya.bilkent.edu.tr/1921C.html>, last visited 4 July 2024.

²³ E. J. Zürcher, *A Modern History*, London 1993, 151.

²⁴ F. Ahmad, *The Making of Modern Turkey*, London 1993, 76.

²⁵ A. Mango, *Atatürk: The Biography of the Founder of Modern Turkey*, New York 1999, 215.

in the fall of 1922. Mustafa Kemal and the assembly resolved to eliminate dual authority once and for all. Assembly first voted the separation of the caliphate from sultanate and second abolition of the sultanate. TGNA formally sent the empire to the past. The last Ottoman cabinet resigned on 4 November and last Sultan Vahdeddin left İstanbul for Malta on a British warship, and his cousin, Abdülmecid was appointed caliph the next day. And another step for national sovereignty was taken after 2 years later by abolition of the caliphate. This time national sovereignty was supported with a laic reform.²⁶ Before Ankara sent its delegation to Lausanne they negotiated how to select and appoint the delegates for the negotiations.

5. Appointment Of The Delegates

After the invitation of The Turkish Grand National Assembly Government to the peace talks the selection and the appointment of the Turkish delegates came to the agenda. A tendency arose about Turkish delegation had to be represented by Rauf Bey. Opposition in the assembly to Atatürk especially supported this thought. 15 deputies on the opposition side demanded secret session and gave proposal to select the delegates sent to Lausanne talks. Some prominent delegates claimed that England formed a group of 500 people to work about Türkiye issue seriously at Lausanne. In addition, they claimed Russia, Italy and France formed their groups to defend their interests as most powerful and effective way. For instance, one of the deputies Tevfik Rüştü Aras stated that the first problem of the TGNA is the election of delegates to Lausanne and the second problem is to bring Türkiye to the independence for which the people of Türkiye shed their blood. After the place of the conference came to clear the debate about the Turkish delegation started.²⁷

International law practice generally shows that the negotiation phase is within the powers of the executive branch. So, in the first session of the assembly it was argued that if the negotiation phase is within the powers of the assembly or the government. Rauf Bey, the president of the government, stated that the government could hold the peace talks and able to sign the peace agreement. Rauf Bey, also suggested that if the responsibility of the delegation was given to the government, it would be possible for the Parliament to reject the agreement, if necessary. Opposition part insisted on chosen the Turkish delegates by TGNA.²⁸

As a conclusion, The Turkish Government appointed the delegates and requested authorization from assembly. At the request paper, they stated that İsmet Pasha was decided to be the chief of the Turkish delegation and the other delegates' names were written. Thus, the government requests a vote of confidence from the parliament on this issue. Just like that, the government did not miss the accordance with the wishes of the government. The selection of delegates was submitted to the TGNA for approval. This

²⁶ H. Kayalı, *İbid.* 141.

²⁷ R. Akın, *Türk Siyasi Tarihi* (1908-2000), İstanbul 2019, 221.

²⁸ *Ibid.* 222.

process was an indication that Türkiye was trying to create a democratic structure and that important decisions were approved by the parliament. The delegates were given the task of defending Türkiye's rights at the conference, rejecting the Treaty of Sevres and accepting the National Pact borders.

6. Defending Turkish National Sovereignty in Lausanne Negotiations

The conference started its meetings November 20, 1922, and lasted until July 24, 1923. The members of the conference were Britain, France, Italy, Japan, Romania, Greece, and Serb-Croat-Slovene State on one side and the representatives of the TGNA government on the other. In addition, Soviet Russia and Bulgaria participated when the question of the Straits was discussed. The United States of America participated as an observer.²⁹ The Turks and the Allies came together at the Lausanne Peace Conference with different and opposing agendas. The Allies mainly the British, considered themselves as the victors of the World War I and they were considering this peace conference as an adjustment to the Treaty of Sevres signed earlier. However, the Turkish delegation underlined in every opportunity they found from the very beginning to the last that they were in Lausanne not as a defeated Ottoman Empire but as a victor of National Struggle War. In addition, the Turkish delegation stated that they were there for the peace that would be fair and just. In his speech, Ismet Pasha said: "*in exchange for the sacrifices we had to make, we want freedom and independence just like all other civilized nations, and there will be no concessions on or deviations from this principle*".³⁰

Ismet Pasha also stated that:

*"The State of Ankara is entitled to be proud for everything that it had achieved. Based on the consciousness that the decision of Sevres abolished both the undisputed rights of the Turkish people and the declared principles by the Allies during the determination of the war goals, itSW had taken on a difficult battle of decisions, from point zero, to reach a point that would enable it to fight against the injustice and secure for Türkiye the owed position in the family of civilized nations, from which it was attempted to be expelled. Türkiye managed to cope with the Pan-European injustice that the Greek hands had undertaken to impose, and to accomplish the National Pact of Ankara, which the Decalogue of the just claims of the Turkish people, and is now in the happy position to consider that she had earned her freedom and the right and means to live and advance among the civilized nations as an equal among equals."*³¹

²⁹ İ. Soysal, *Tarihçeleri Ve Açıklamaları İle Birlikte Türkiye'nin Siyasal Antlaşmaları*, Vol.1.(1920-1945), Ankara 1989, 71.

³⁰ Ismet İnönü'nün Hatıraları, *Büyük Zaferden sonra Mudanya Mütarekesi ve Lozan Anlaşması*, İstanbul 1998, 81.

³¹ A. Klapsis, "Turkey's search for a new foreign policy, 1923-1925: The view of Greek Diplomacy", *Balkan Studies*, Vol: 46, 2007, 84.

During the peace meetings the participants, of both sides discussed the topics concerning the minorities in the Ottoman Empire, borders, the Straits, Thrace, Ottoman debts and capitulations, war conception, the Mosul, Orthodox Patriarchate, Sandjak of Alexandretta etc. Turkish delegation had instructions from Ankara not to deviate from the principles set by the National Pact (Misak-ı Milli).³² The National Pact was based on national independence and sovereignty.

When an impasse on capitulations broke of negotiations in February, İsmet returned Türkiye for consultations. The break of the conference started February 5 and continued until April 23, 1923. The Lausanne Peace Treaty was signed July 24, 1923 after the long debates between Türkiye and Allied powers. There were political, social and economic outcomes of the Lausanne Peace Treaty for Türkiye. The treaty was an important step in the establishment of Modern Türkiye as a sovereign state. By this agreement, the participant countries recognized Türkiye as an independent state and the TGNA as the only authority in Türkiye.³³ Throughout the national war of the independence, the TGNA ruled Anatolia through the system of Government by Assembly until 1923 and became the representative of the national will and sovereignty.³⁴ The power and legitimacy of the TGNA depended on the deputies who were elected by the people. Turkish borders were recognized most of which were determined by the National Pact.

The Lausanne Peace Treaty denied complete sovereignty to the new state. Türkiye assumed the bulk of the Ottoman debt to European states. The treaty abolished the capitulations but placed the status of non-Muslims under the protection of the League of Nations. The assembly government formalised in 1920 had followed from the logic of the organisations for defence that had developed in the localities. After Lausanne provided the geo-political and international legal framework for the new state, Mustafa Kemal and his associates proceeded to name it a republic. The assembly's declaration of a republic on 29 October 1923 can be understood as the officialization of a process that had started long ago. TGNA had arrogated to itself sovereign rights the movement it convened in 1920, and formally declared them with the Fundamental Law in 1921. The

³² National Pact is the set of six decisions made by the last term of the Ottoman Parliament. Parliament met on 28 January 1920 and published their decisions on 12 February 1920.

1. The future of the territories inhabited by an Arab majority at the time of the signing of the Armistice of Mudros will be determined by a referendum. On the other hand, the territories which were not occupied at that time and inhabited by a Turkish majority are the homeland of the Turkish nation.
2. The status of Kars, Ardahan and Batum may be determined by a referendum.
3. The status of Western Thrace will be determined by the votes of its inhabitants.
4. The security of Constantinople and Marmara should be provided for. Transport and free trade on the Straits of the Bosphorus and the Dardanelles will be determined by Turkey and other concerned countries.
5. The rights of minorities will be issued on condition that the rights of Muslim minorities in neighbouring countries are protected.
6. In order to develop in every field, the country should be independent and free; all restrictions on political, judicial and financial development will be removed. E. J. Zürcher, *İbid.* 138-139.

³³ S.J. Shaw- E.K. Shaw, *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, Vol: II, New York, 2002, 366.

³⁴ İ. Arsel, "Constitutional Development Of Turkey Since Republic", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol.18/1, 1961, 40.

abolition of the sultanate removed the rationalisation of a temporary transfer of sovereignty from the monarch to the nation.³⁵

After the Lausanne Peace Agreement and announcement of the republican system, positivist development and enlightenment process were radically applied in time with modernization by Turkish reforms. The main evolution from Ottoman Empire to Republic was experienced during the transition period from the multi-national and multi-faith empire order to the secular and single national state system.³⁶ After the War of Independence, Turkiye passed to the modern sovereign nation-state system by making political, economic and cultural reforms in order to become Western and modern, and to reach the level of contemporary civilizations.

7. Conclusions

The 600-century-old monarchy system of the Ottoman Empire was officially abolished with the sultanate system in 1922. The concept that sovereignty belonged to the people was first introduced in Turkish political life by Ataturk. His intellectual accumulation and political and social problems witnessed by him during his youth were the main factors in establishing national sovereignty in Turkiye. Ataturk had tried hard to put this theory into practice since the time he first started the nationalistic movement in Anatolia since 1919. To build the national sovereignty in Turkiye first he and his colleagues had to defend and save the homeland. Because national sovereignty could not be thought without national independence. This could never be achieved in a state where there is international intervention. Ataturk accepted the principle of “National Sovereignty” as the most effective weapon against internal and external despotic forces. As a first step he rendered possible the convening of a representatives parliament in Ankara. Later Fundamental Law Organization was accepted by the TGNA and in the constitution; “national sovereignty” was the first article. Winning the war enabled Turkiye to be invited to the Lausanne peace talks. By this agreement, the participant countries recognized Turkiye as an independent state and the TGNA as the only authority in Turkiye. The territorial integrity of Turkish nation was confirmed. In addition Turkiye was confirmed as a full independent and sovereign state. After this international diplomatic victory, it was time to modernize the country and make it secular, democratic and modern with reforms carried out in all areas of society. As a first step of reforms the first TGNA dissolved itself towards the middle of 1923, due to the conflicting ideas and tendency of its own members. The next assembly consisted of supporters of new ideology of Turkiye. It was the assembly, which officially declared the Republic in 1923.

³⁵ H. Kayalı, *Ibid.* 144.

³⁶ M. Alakel “Turkish Nation State System in the Context of Sovereignty”, *Alternatives: Turkish Journal of International Relations*, Vol. 12/1, 2013, 6.

References

- Ahmad, F. *The Making of Modern Turkey*, London 1993.
- Klapsis, A. “Turkey’s search for a new foreign policy, 1923-1925: The view of Greek Diplomacy”, *Balkan Studies*, Vol: 46, 2007, 81-98.
- Mango, A. *Atatürk: The Biography of the Founder of Modern Turkey*, New York, 1999.
- Macfie, A. I. *The End Of The Ottoman Empire (1908-1923)*, New York, 1988.
- Macfie, A. L. *The End of the Ottoman Empire (1908- 1923)*, New York 1998.
- Mango, A. *The Biography of the Founder of Modern Turkey*, New York 1999.
- Lewis, B. *The Emergence of Modern Turkey*, New York 2002.
- Tanör, B. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul 1998.
- Zürcher, E. J. *A Modern History*, London 1993.
- Eroğlu, H. “Ataturk And The Republic”, in: *A Handbook of Kemalist Thought*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2019.
- Eroğlu, H. “Klasik Dönemde Osmanlılarda İktidar ve Muhalefet İlişkisi Üzerine”, in: *XVIII. Türk Tarih Kongresi Bildirileri*, Vol: 3, 2022, Ankara, 609-630.
- İnalçık, H. *Seçme Eserleri VII- Devlet-i Aliyye*, İstanbul, 2009.
- İsmet İnönü’nün Hatıraları, *Büyük Zaferden sonra Mudanya Mütarekesi ve Lozan Antlaşması*, İstanbul 1998.
- Soysal, İ. *Tarihçeleri Ve Açıklamaları İle Birlikte Türkiye’nin Siyasal Antlaşmaları*, Vol. 1. (1920-1945), Ankara 1989.
- Arsel, İ. “Constitutional Development of Turkey Since Republic”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol: 18/1, 1961, 37-54.
- Alakel, M. “Turkish Nation State System in the Context of Sovereignty”, *Alternatives: Turkish Journal of International Relations*, Vol. 12/1, 2013, 1-17.
- Atatürk, M. K. *The Speech*, Ankara, 2005.
- Atatürk, M. K. *The Speeches of Mustafa Kemal Atatürk*. Volume I, 1920-1921, Ankara 2000.
- Atatürk, M. K. *The Speeches of Mustafa Kemal Atatürk*. Volume II, 1923-1938, Ankara 2000.
- Akın, R. *TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare*, İstanbul 2001.
- Shaw S. J., Shaw, E. K. *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, Vol: II, New York, 2002.
- Kili, S. *The Ataturk Revolution- A Paradigm Of Modernization*, İstanbul, 2003.
- Toprak, Z. *Atatürk, Kurucu Felsefenin Evrimi*, İstanbul, 2020.
- Kayalı, H. “The Struggle For Independence”, in: *Turkey Volume: 4 Turkey In The Modern World*, New York, 2008, 120-150, <http://genckaya.bilkent.edu.tr/1921C.html>, 4 July 2024.
- Akın, R. *Türk Siyasi Tarihi (1908-2000)*, İstanbul, 2019.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341(082)

341.211(082)

341.217(4-672EU)(082)

341.176(4-672EU)(082)

INTERNATIONAL scientific thematic conference From national sovereignty to negotiation sovereignty "Days of Law Rolando Quadri" (2024 ; Beograd)

International scientific thematic conference From national sovereignty to negotiation sovereignty "Days of Law Rolando Quadri", Belgrade, 14 June 2024 : thematic conference proceedings of international significance = Convegno scientifico internazionale Dalla sovranità nazionale alla sovranità negoziale "Giorni del Diritto Rolando Quadri", Belgrado, 14 giugno 2024 : atti di convegni tematici di rilevanza internazionale / [organized by] Institute of comparative law (Istituto di diritto comparato), University "Niccolò Cusano" (Università "Niccolò Cusano") ; editors, a Cura di Jelena Kostić, Valentina Ranaldi, Augusto Sinagra. - Belgrade : Institute of Comparative Law ; Rome : University "Niccolò Cusano", 2024 (Beograd : Birograf comp). - XXI, 375 str. ; 24 cm

Radovi na engl. i ital. jeziku. - Tiraž 150. - Str. IX-XVI: Preface = Preface / Jelena Kostić, Valentina Ranaldi. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Apstrakti.

ISBN 978-86-82582-18-2

а) Европска унија -- Наднационална надлежност -- Зборници б) Сувереност -- Зборници в) Међународно право -- Зборници

COBISS.SR-ID 151823113

ISBN 978-86-82582-18-2