

CAPITOLO SECONDO

**PROBLEMI COMUNI SOTTESI ALL'APPLICABILITÀ DELLE NORME DI DIRITTO
INTERNAZIONALE UMANITARIO E DEI DIRITTI UMANI NEL CONTESTO DELLE
OPERAZIONI MILITARI**

SEZIONE PRIMA

**L'attribuzione delle condotte nel contesto delle operazioni militari istituite dalle
Organizzazioni internazionali**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'attribuzione delle condotte nel contesto delle operazioni militari. – 3. *Segue.* I lavori della Commissione di diritto internazionale. – 4. La prassi delle Nazioni Unite con riguardo al comando ed al controllo nell'ambito delle operazioni militari. – 5. La prassi giurisprudenziale: l'interpretazione votata all'esclusiva attribuzione all'Organizzazione internazionale delle condotte poste in essere nel contesto di operazioni militari. – 6. *Segue.* La prassi giurisprudenziale: l'interpretazione votata alla doppia attribuzione all'Organizzazione internazionale e agli Stati fornitori delle truppe delle condotte poste in essere nel contesto di operazioni militari. – 7. Le teorie sviluppate in dottrina sull'attribuzione delle condotte. – 8. Prospettive *de lege ferenda* e implicazioni sulla portata degli obblighi in materia di diritto umanitario e di diritti umani.

1. Introduzione

L'applicabilità delle norme di diritto internazionale umanitario e di quelle poste a tutela dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari soffre di alcuni problemi comuni ai due sistemi normativi e di altri problemi che li riguardano nello specifico. Nel presente capitolo si vogliono analizzare quelli che sono i problemi riscontrabili tanto nell'applicabilità del diritto internazionale umanitario, quanto nell'applicabilità delle norme sui diritti umani. Nei due capitoli successivi si analizzeranno più nel dettaglio le problematiche specifiche.

I problemi in esame e che sono comuni ai due corpi normativi sono essenzialmente due: l'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni militari istituite dalle organizzazioni internazionali, l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite

e il rapporto tra gli obblighi in materia di mantenimento della pace e la normativa in esame.

2. L'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni militari

Le norme di diritto internazionale umanitario e quelle poste a protezione dei diritti umani si applicano senza dubbio ai soldati impegnati nell'ambito delle operazioni militari istituite dalle Organizzazioni internazionali. Tanto certo è l'enunciato teorico quanto è incerto il regime nella pratica applicabile ai predetti soggetti. Come esposto nel primo capitolo, la peculiarità delle operazioni militari sta nella doppia natura delle truppe impegnate¹: da un lato esse diventano organi delle organizzazioni internazionali, dall'altro rimangono legate agli Stati fornitori dei contingenti². Questa peculiare situazione crea problemi ed incertezze con riguardo al soggetto giuridico destinatario degli obblighi posti a tutela dei diritti umani: l'organizzazione internazionale oppure lo Stato fornitore delle truppe o entrambi i soggetti³. La scelta tra le due soluzioni non è solo formale, bensì porta con sé importanti conseguenze dal punto di vista pratico.

Occorre infatti premettere che emergono due livelli di applicabilità distinti a seconda del soggetto a cui le norme si applicano. Se una norma si applica all'organizzazione internazionale questa sarà automaticamente applicabile a tutti i componenti della missione⁴, se invece una norma si applica allo Stato, questa potrà valere

¹ In questo senso, parla di *bricolage institutionnel* J.M. SOREL, *La responsabilité des Nations Unies dans les opérations de maintien de la paix* In *International Law Forum*, 2001, p. 138.

² Mettono in evidenza la peculiare composizione delle operazioni militari in oggetto R. SIEKMANN, *National contingents in United Nations peace-keeping forces*, New York, 1991, pp. 4-7; R. MURPHY, *Legal framework of UN forces and issues of command and control of canadian and irish forces*, in *Journal of Armed Conflict Law*, 1999, p. 41.

³ M. ZWANENBURG, *Accountability of peace support operations*, L'Aja, 2007, p. 51

⁴ B. AMRALLAH, *The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peacekeeping forces*, in *Revue égyptien de droit international*, 1997, p. 57.

solo per quegli Stati che dalla stessa norma sono vincolati, per essere divenuti parte dello strumento normativo che la enuncia oppure in virtù del diritto consuetudinario⁵.

Quanto sopra dimostra l'esistenza di due livelli di protezione che possono operare in una sorta di complementarità a favore della maggior protezione possibile⁶. Una simile soluzione pare essere stata presagita anche dal Segretario Generale al tempo degli scandali in Somalia nel 1993 quando i peacekeepers belgi, canadesi ed italiani furono coinvolti nelle tristi vicende degli abusi a sfondo sessuale nell'ambito della missione UNOSOM⁷. Sebbene, infatti, le varie commissioni di inchiesta abbiano posto la responsabilità principale per la punizione di quei crimini in capo agli Stati fornitori dei contingenti, l'allora Segretario Generale delle NU, Kofi Annan, dichiarava che:

“While soldiers are under the control of their own superior officer I wish to assure that every possible effort will be made on the part of the United Nations to ensure that such incidents do not recur”⁸.

La dottrina pare concordare sul punto che una simile dichiarazione non sia solo politica ma implichi l'esistenza di obblighi a carico anche della stessa Organizzazione internazionale e non solo obblighi legati ad una semplice condanna, ma anche obblighi di prevenzione⁹. Inoltre, la stessa prassi di quegli anni dimostra come una riflessione sugli obblighi che gravano sulle Nazioni Unite stesse debba porsi¹⁰.

⁵ U. PALWANKAR, *Applicability of international humanitarian law to United Nations peacekeeping forces*, In *International review of the Red Cross*, 1993, p. 227

⁶ A. CLAPHAM, *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford, 2006, p. 114.

⁷ Si veda per un maggiore approfondimento e con riguardo alla posizione dell'Italia F. LATTANZI, *Le accuse al contingente italiano in somalia alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 1995, p. 1131; A. LUPI, *Report by the inquiry commission on the behaviour of Italian peace-keeping troops in Somalia*, in *Italian Yearbook of international law*, 1998, p. 375

⁸ Citato in CLAPHAM, *Human rights obligations of non-state actors*, cit., p. 113

Si può, quindi, sostenere che gli obblighi in materia di diritto internazionale e dei diritti umani si applichino a entrambi i soggetti creando un sistema complementare tra Stato e Organizzazione internazionale¹¹.

Per quanto l'esistenza del summenzionato duplice sistema di protezione renda maggiore la tutela per gli individui nei confronti delle operazioni militari, dubbi permangono su come debba praticamente funzionare la succitata complementarità, e quando si possano ritenere applicabili gli obblighi gravanti sull'Organizzazione internazionale piuttosto che gli obblighi gravanti sugli Stati.

Quanto sopra esposta porta a riflettere sull'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni militari. Gli atti attribuibili alle organizzazioni internazionali saranno evidentemente disciplinati dalla normativa applicabile ad esse, mentre gli atti attribuibili agli Stati saranno posti sotto la disciplina applicabile a questi ultimi¹². Invero, una simile distinzione potrebbe anche non essere così netta, visto l'emergere della teoria della c.d. "dual attribution", che verrà analizzata più avanti.

3. Segue. L'attribuzione delle condotte alla luce dei lavori della Commissione di diritto internazionale

Le norme di riferimento ai fini della presente ricerca vanno individuate nell'opera di codificazione della Commissione di diritto internazionale tanto nel settore della

⁹ Si veda ad esempio CLAPHAM, *Human rights obligations of non-state actors*, cit., p. 112. Cfr. sul punto anche B. TITTEMORE, *Belligerents in blue helmets. Applying international humanitarian law to United Nations peacekeepers*, in *Stanford journal of international law*, 1997, p. 102.

¹⁰ Si pensi ad esempio ai ricorsi contro le Nazioni Unite per i danni subiti nel corso delle operazioni in Somalia. A tal proposito si veda *Report of the Secretary general*, UN Doc. A/C.5/49/65, 24.aprile 1995, § 20.

¹¹ Si veda J. CERONE, *Minding the gap: outlining Kfor accountability in post conflict Kosovo*, in *European journal of international law*, 2001, p. 475.

¹² Sul punto CERONE, *Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation and peace operations*, in *Vanderbilt journal of international law*, 2006, p. 1455.

responsabilità delle organizzazioni internazionali¹³, quanto in quello della responsabilità degli Stati¹⁴, stante la doppia natura dei contingenti messi a disposizione dagli Stati alle organizzazioni internazionali nell'ambito delle operazioni militari. Come visto, tali contingenti operano come organi delle organizzazioni internazionali ma mantengono un forte vincolo con gli Stati di invio.

Tanto gli articoli sulla responsabilità degli Stati¹⁵ quando quelli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali¹⁶ dispongono che uno degli elementi fondanti della responsabilità di uno dei due soggetti è l'attribuzione ad essi di un atto posto in essere in violazione del diritto internazionale. Il parallelismo tra le due discipline è ancora evidente quando si prende in considerazione la norma che disciplina l'attribuzione delle condotte: anche in questo caso la norma degli articoli sulla responsabilità degli Stati¹⁷ è la base per quella sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali¹⁸.

¹³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Responsibility of International Organizations. texts and titles of draft articles 1 to 67 adopted by the drafting committee on second reading in 2011*, in UN Doc. A/CN.4/L. 778, 31 maggio 2011(d'ora in poi DARIO)

¹⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Responsibility of states for internationally wrongful acts. text adopted by the commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session*, risoluzione dell'Assemblea Generale n. 56/83, 12 dicembre 2001, così come riprodotta e corretta in UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4. (d'ora in poi ASR)

¹⁵ Cfr. ASR, Article 2: "There is an internationally wrongful act of a state when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the state under international law [...]"

¹⁶ Cfr. DARIO, Article 4: "There is an internationally wrongful act of an international organization when conduct consisting of an action or omission:(a) is attributable to that organization under international law [...]"

¹⁷ Cfr. ASR, Article 4: "The conduct of any state organ shall be considered an act of that state under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the state, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the state".

¹⁸ Cfr. DARIO, Article 6: "The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization"

Nel caso specifico delle operazioni militari nell'ambito delle quali gli Stati forniscono alle organizzazioni è innanzitutto opportuno tentare di comprendere a quale soggetto si attribuiscono le condotte.

A tal fine, l'articolo rilevante sembra essere il settimo dei DARIO, rubricato: "*Conducts of organs of a State or organs or agents of an International organizations put at the disposal of another International organization*"¹⁹. L'articolo in questione stabilisce come criterio per l'attribuzione di una condotta all'organizzazione internazionale quello del controllo effettivo: se l'organizzazione detiene il controllo effettivo su una determinata condotta, questa è attribuibile ad essa. Le parole dell'articolo sembrano particolarmente rilevanti nel caso della maggior parte, se non quasi totalità, delle operazioni militari attive, che, ricalcando il modello del peacekeeping classico, sono composte da contingenti militari forniti alle organizzazioni internazionali dagli Stati²⁰.

L'articolo 7 dei DARIO sembra all'apparenza richiamare la norma degli articoli sulla responsabilità degli Stati che disciplina la situazione in cui uno Stato mette a disposizione di un altro un suo organo²¹. L'articolo di riferimento è quindi il sesto, il quale, in caso di atti di organi messi a disposizione di uno Stato, dispone che i primi debbano agire "*in the exercise of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed*" affinché la condotta venga attribuita allo Stato stesso²².

La differenza tra l'articolo 7 dei DARIO e l'articolo 6 degli ASR sta nella condizione alla presenza della quale una condotta è attribuita ad un soggetto piuttosto che

¹⁹ Cfr. DARIO, Article 7: "*The conduct of an organ of a state or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct*".

²⁰ Cfr. *supra*, capitolo primo, paragrafo 3

²¹ Cfr. ASR, Article 6: "*The conduct of an organ placed at the disposal of a state by another state shall be considered an act of the former state under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the state at whose disposal it is placed*".

²² *Ibidem*

ad un altro. Nel campo della responsabilità degli Stati rileva, come visto poco sopra, l'esercizio di un potere di governo da parte degli organi "prestati" all'altro Stato. Per quel che concerne la responsabilità delle organizzazioni internazionali, il criterio di riferimento è diverso, dovendo l'organo messo a disposizione dagli Stati agire "*under its [dell'organizzazione] exclusive direction and control*" al fine di essere attribuito all'organizzazione. Per questo specifico aspetto, viene quindi richiamata la formulazione dell'articolo 8 sulla responsabilità degli stati²³ e la disciplina del controllo effettivo che lo Stato deve esercitare sui privati al fine di ritenere attribuibili ad esso le condotte poste in essere da questi ultimi²⁴.

L'utilizzo del criterio del controllo effettivo, tuttavia, differisce nel caso della responsabilità delle organizzazioni internazionali. In questo settore, infatti, il controllo effettivo è il criterio utile per attribuire una condotta ad un soggetto, l'Organizzazione internazionale, appunto, oppure ad un altro, lo Stato²⁵. In questo senso, il ricorso al controllo effettivo nel caso della responsabilità delle organizzazioni internazionali differisce dallo stesso nel caso della responsabilità degli Stati²⁶.

²³ Cfr. ASR, Article 8: "*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a state under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that state in carrying out the conduct*".

²⁴ Sul concetto di controllo effettivo si vedano le note sentenze della Corte internazionale di giustizia nei casi Nicaragua contro Stati Uniti, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America)*, 17 giugno 1986, e nel c.d. "*Genocide Case*", *The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26 febbraio 2007. In generale in dottrina sul grado di controllo per l'attribuzione di un fatto illecito allo stato si veda L. CONDORELLI, *L'imputation a l'etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, 1984, p. 28.

²⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to Draft Articles on Responsibility of International Organization, Article 6*, in *Official Records Of The General Assembly, Fifty-Eighth Session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/58/10, Chap. IV, pp. 63-64, § 4.

²⁶ *Ibidem*. "In the context of the placing of an organ or agent at the disposal of an international organization, control plays a different role. it does not concern the issue whether a certain conduct is attributable at all to a state or an international organization, but rather to which entity - the contributing state or organization or the receiving organization - conduct is attributable".

La posizione delle Nazioni Unite con riguardo alle operazioni di peacekeeping è stata sempre quella di ritenere che i militari impiegati fossero da considerarsi come organi sussidiari dell'Organizzazione²⁷, e come tali posti sotto l'esclusivo controllo delle Nazioni Unite stesse:

“As a subsidiary organ of the United Nations, an act of a peacekeeping force is, in principle, imputable to the Organization, and if committed in violation of an International obligation entails the international responsibility of the Organization and its liability in compensation”²⁸.

In realtà è lo stesso commentario ai DARIO ad ammettere che, nonostante la posizione delle Nazioni Unite, gli Stati mantengano comunque un certo grado di controllo sui contingenti messi a disposizione dell'Organizzazione²⁹. Un tale grado di controllo sarebbe da identificarsi nelle competenze in materia disciplinare e di conseguenza penale che gli Stati d'invio manterrebbero nei confronti dei loro soldati. Questo, sempre secondo il commentario, sarebbe tale da implicare conseguenze anche sul piano dell'attribuzione delle condotte³⁰.

²⁷ Cfr. *supra*, capitolo primo, paragrafo 10

²⁸ Lettera del 3 febbraio 2004 inviata dal servizio giuridico delle Nazioni Unite alla divisione codificazione. Citata nei commenti inviati dalle Nazioni Unite alla Commissione di diritto internazionale a proposito del progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. Cfr. UN Doc. A/CN.4/545, Sect. II.G

²⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to draft article on responsibility of international organization, Article 6*, cit., § 6. Nel paragrafo viene menzionata, inter alia, la *Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora* del 1973 nella quale si legge “*Since the convention places the responsibility for enforcing its provisions on the states parties and since the troop-contributing states retain jurisdiction over the criminal acts of their military personnel, the responsibility for enforcing the provisions of the convention rests with those troop-contributing states which are parties to the convention.*”

³⁰ *Ibidem*. “*Practice relating to peacekeeping forces is particularly significant in the present context because of the control that the contributing state retains over disciplinary and criminal matters [...] attribution of conduct to the contributing state is clearly linked with the retention of some powers by that state over its national contingent and thus on the control that the state possesses in the relevant respect*”

Il commentario, poi, mette anche in luce come non è sempre vero che, pur considerando i contingenti a disposizione delle Nazioni Unite come organi sussidiari di questa organizzazione, non è sempre riscontrabile un controllo su di essi da parte dell'organizzazione stessa³¹. Un possibile esempio di questo orientamento è da ricercarsi nel rapporto della Commissione d'inchiesta su quanto accaduto nell'ambito dell'operazione UNOSOM II, in Somalia. In esso si legge:

“The Force Commander of UNOSOM II was not in effective control of several national contingents which, in varying degrees, persisted in seeking orders from their home authorities before executing orders of the Forces Command. Many major operations undertaken under the United Nations flag and in the context of UNOSOM's mandate were totally outside the command and control of the United Nations, even though the repercussions impacted crucially on the mission of UNOSOM and the safety of its personnel”³².

Sembra evidente, dal passaggio di cui sopra, che vi sia spazio per un controllo da parte degli Stati e che quindi determinate condotte possano essere attribuite ad essi³³.

Occorre, tuttavia, verificare se un tale nuovo approccio sia compatibile con la costruzione delle regole sull'attribuzione elaborata dalla Commissione di diritto internazionale.

Il *rapporteur* sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali, Prof. Giorgio Gaja, aveva già ipotizzato, nel suo secondo rapporto, la possibilità di una doppia attribuzione, se non altro in termini di “non esclusione” della possibilità³⁴. Il pensiero del

³¹Da qui la necessità di ricorrere al criterio del controllo effettivo. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to draft article on responsibility of international organization, Article 6*, cit., § 7. “When an organ or agent is placed at the disposal of an international organization, the decisive question in relation to attribution of a given conduct appears to be who has effective control over the conduct in question”.

³² UN Doc. S/1994/653, §§ 243-244, p. 45. Citato in INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to Draft Article on Responsibility of International Organization, Article 6*, loc. ult. cit.

³³ Sulla prassi degli stati fornitori e delle Nazioni Unite con riguardo al comando e al controllo nell'ambito delle operazioni di peacekeeping si veda *infra*, questo capitolo, paragrafo 3.

³⁴ G. GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, UN Doc., A.CN.4/541, 2 aprile, § 31. “When an organ is placed by a state or an international organization at the disposal of another

Prof. Gaja è chiaro quando si traduce nell'esempio che viene portato con riguardo a quelli che definisce i "joint organ(s)", ossia i cosiddetti organi comuni eventualmente creati da due o più Stati e le cui condotte sono generalmente attribuite ad entrambi gli Stati³⁵. Ancora nel suo rapporto il Prof. Gaja espone un possibile scenario con riguardo ai bombardamenti della NATO sul territorio della Ex Jugoslavia nel 1999. Questi fatti hanno portato a due ricorsi contro gli Stati facenti parte della coalizione NATO che hanno preso parte alle operazioni militari: uno presso la Corte europea dei diritti umani e che è stato alla base della celebre decisione nel caso *Bankovic*, e un ricorso interstatale depositato presso la Corte internazionale di giustizia. Lo *special rapporteur* con riguardo a questa precisa situazione affermava la possibilità di una doppia attribuzione della condotta in questione, i bombardamenti nel caso di specie, ove gli Stati parte della coalizione avessero partecipato attivamente alla pianificazione delle operazioni militari³⁶.

state or another organization, the issue relating to attribution will generally not be whether conduct of that organ is attributable at all to a state or an organization. the question will rather be to which state or organization conduct is attributable: whether to the lending state or organization or to the borrowing state or organization. moreover, dual attribution of the same conduct cannot be excluded". Cfr. anche GAJA, *Responsabilité des Etats et/ou des organisations internationales en cas de violations des droits de l'homme*, in AA. VV., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme: journée d'études de Strasbourg, avril 2008*, Parigi, 2009, p. 10 ss.

³⁵ GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, cit., § 6. "Should one assume that conduct could not be simultaneously attributed to a state and an international organization, the positive criteria for attributing conduct to a state would imply corresponding negative criteria with regard to attribution of the same conduct to an international organization. in many cases the question will in practice be whether a certain conduct should be attributed to one or, alternatively, to another subject of international law. however, conduct does not necessarily have to be attributed exclusively to one subject only. thus, for instance, two states may establish a joint organ, whose conduct will generally have to be attributed to both states. similarly, one could envisage cases in which conduct should be simultaneously attributed to an international organization and one or more of its members".

³⁶ GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, cit., § 7. "A paradigmatic example is offered by the bombing in 1999 of the territory of the federal republic of Yugoslavia. that military action gave rise to much discussion on the point whether conduct had to be attributed to an international organization or to some or all of its members. in relation to the bombing, several members of the North Atlantic Treaty Organization (NATO) were sued before the international court of justice in the cases on legality of use of force and before the European Court of Human Rights in *Bankovic*. in both venues some of the respondent states argued that conduct was to be attributed to NATO and not to themselves, as the claimants contended. while a discussion of this question would not be appropriate here, one may argue that attribution of conduct to an international organization does not necessarily exclude attribution of the same conduct to a state, nor does, vice versa, attribution to a state rule out attribution to an

Il Prof. Giorgio Gaja ha riaffermato la posizione suesposta nel più recente rapporto sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, il settimo, pubblicato nel 2009³⁷.

4. La prassi delle Nazioni Unite con riguardo al comando ed al controllo nell'ambito delle operazioni militari

Al fine di meglio comprendere l'importanza del controllo effettivo quale criterio per l'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni militari, si rende opportuno un excursus sulla pratica delle Nazioni Unite con riguardo al comando ed al controllo nell'ambito delle operazioni di peacekeeping³⁸.

Il sistema di comando e controllo nell'ambito delle operazioni di peacekeeping è stabilito dal Segretario Generale delle Nazioni Unite il quale nomina un capo missione sotto la cui "*operational authority*"³⁹ sono posti anche i contingenti nazionali. Il capo

international organization. thus, one envisageable solution would be for the relevant conduct to be attributed both to NATO and to one or more of its member states, for instance because those states contributed to planning the military action or to carrying it out".

³⁷ GAJA, *Seventh report on responsibility of international organizations*, UN Doc., A.CN.4/610, 27 marzo 2009, § 25. Il riferimento del Prof. GAJA All'articolo 5 dei *DARIO* È da interpretarsi come un riferimento all'attuale Articolo 7. "However, this does not imply that the criterion set out in article 5 is inadequate, but that in many cases its application will lead to the conclusion that conduct has to be attributed both to the lending state and to the receiving international organization".

³⁸ Sul punto e in generale si vedano in dottrina M. BERDAL, *Il sistema delle Nazioni Unite di comando e controllo nelle operazioni di peacekeeping*, e N. RONZITTI, *Comando e controllo nella Carta delle Nazioni Unite*. in RONZITTI (a cura di), *Comando e controllo nelle forze di pace nelle coalizioni militari*, Roma, 1999; A. GIOIA, *The legal position of states contributing troops to United Nations peace-keeping forces: recruitment, control, status and withdrawal of national contingents*, In A. DE GUTTRY (ed.), *Italian and german participation in peace-keeping: from dual approaches to co-operation*, Pisa, 1996; H. MCCOUBREY-N.D. WHITE, *The Blue Helmets: legal regulation of United Nations military operations*, Oxford, 1997; P.C. CAMMAERT-B. KLAPPE, *Authority, command and control in United Nations-led peace operations* e, più in generale, B. CATHCART, *Command and control in military operations*, In T.GILL-D.FLECK, *The handbook of international law of military operations*, Oxford, 2010, pp. 159 ss. e pp. 235 ss.

³⁹ Quanto appena detto è regolato dal modello di accordo tra le Nazioni Unite E Gli Stati fornitori delle truppe, nella versione del 23 Maggio 1991. "[...] The Secretary General Of The United Nations shall have full authority over the deployment, organization, conduct and direction of [the United Nations peacekeeping operation], including the personnel made available by [the participating state]. in the field, such authority shall be exercised by the head of mission, who shall be responsible to the Secretary General.

missione, tipicamente un Rappresentante Speciale del Segretario Generale nomina poi un *Force Commander* o un *Chief Military Observer* per il comando delle operazioni sul campo.⁴⁰

Nello specifico, lo status dei contingenti nazionali messi a disposizione dagli Stati membri è così regolato nell'ultimo documento rilevante sulle missioni di peacekeeping delle Nazioni Unite:

“In the case of military personnel provided by Member States, these personnel are placed under the operational control of the United Nations Force Commander or head of military component, but not under United Nations command”⁴¹

Viene quindi a crearsi una catena di comando che parte dal Consiglio di Sicurezza⁴², passa per il Segretario Generale, il capo missione e si concretizza nel *Force Commander*, figura che ha il comando delle operazioni sul campo⁴³. Quest'ultimo ha l'autorità delegata di prendere le decisioni operative più immediate, anche se esiste un continuo flusso di informazioni tra la figura del *Force Commander* e quella del capo missione e di conseguenza tra il *Force Commander* e il Segretario Generale⁴⁴. Il *Force*

The Head Of Mission shall regulate the further delegation of authority”. Si veda *Draft model agreement between the United Nations and member states contributing personnel and equipment to the United Nations peace-keeping operations*, UN Doc. A/46/185, 23 Maggio 1991, § 7.

⁴⁰ P.C. CAMMAERT-B. KLAPPE, *Authority, command and control in United Nations-led peace operations*, cit., nota 40, p. 160

⁴¹ Si veda United Nations, Department Of Peacekeeping Operations (DPKO), *United Nations Peacekeeping Operations. Principles And Guidelines*, 2008, p. 9 E p. 68. Reperibile sul sito internet www.un.org

⁴² Attraverso la creazione della missione e della definizione del mandato. Si vedano MC COUBREY-WHITE, *The Blue Helmets*, cit., p. 139; P.C. CAMMAERT-B. KLAPPE, *Authority, command and control in United Nations-led peace operations*, cit.

⁴³ MCCOUBREY-WHITE, *The Blue Helmets*, cit., p. 144

⁴⁴ Interessante a questo proposito quanto dottrina riproduce con riguardo alla catena di comando dell'operazione ONUC, in Congo, Nel 1961. “[...] The political officer, as head of onuc passed on whatever instructions he received from the Secretary-General to the commander of the force, who directed the military activities”. Si veda P. SIMMONDS, *Legal aspects of United Nations Operation in Congo*, in *American Journal Of International Law*, 1963, p. 160.

Commander, inoltre, è la figura di raccordo tra il comando della missione e i contingenti nazionali, come lo stesso Segretario Generale ha avuto modo di affermare nel caso dell'operazione UNFICYP, a Cipro⁴⁵.

I contingenti nazionali inviati nell'ambito di operazioni di peacekeeping mantengono tuttavia la loro struttura interna⁴⁶. In dottrina è stato notato come i contingenti nazionali siano posti sotto il comando delle Nazioni Unite attraverso le loro rispettive strutture di comando nazionali e interne⁴⁷. Questo è giustificato dal fatto che molti Stati fornitori delle truppe non permettono che le loro truppe siano formalmente sotto il comando di un comandante straniero, essendo solo possibile che un comandante diverso da quello nazionale impartisca direzioni ma nei limiti concordati dagli Stati stessi con le Nazioni Unite⁴⁸. Di fatto, quindi, il capo missione e il *Force Commander* non possono imporre ai contingenti nazionali quanto non previamente concordato dagli Stati di invio con l'organizzazione⁴⁹.

Questo sistema ha tuttavia creato diverse incertezze nel corso degli anni. Nel 1995, in risposta a questo primo documento, lo *Special Committee on Peacekeeping Operations*, principalmente composto da rappresentanti degli Stati fornitori, arrivava a

⁴⁵ “The contingents comprising the force are integral parts of it and take their orders exclusively from the commander of the force”. Cfr. *l'aide-memoire* del Segretario generale Con riguardo alla missione UNFICYP, *Aide-Mémoire concerning some questions relating to the function and operation of the United Nations peace-keeping force in Cyprus*, UN Doc. S/5653, 10 Aprile 1964, § 7.

⁴⁶ F.J. HAMPSON-A.KIHARA-HUNT, *The Accountability Of Personnel Associated With Peacekeeping Operations*, in C. AOI-C. DE CONING-R. THAKUR, *Unintended Consequences Of Peacekeeping Operations*, New York, p. 198.

⁴⁷ SIEKMANN, *National contingents*, cit., p. 119. “National contingents in Un peace-keeping forces are under the Un command through the commanders of those contingents.”

⁴⁸ Si veda sul punto Lo *U.S. Army field manual for peace operations* il quale dispone che “A foreign Un commander cannot change the mission or deploy us forces outside the area of responsibility agreed to by the us”. Citato da J. BOYD, *United Nations peacekeeping operations: a political and military appraisal*, Boston, 1971, P. 145.

⁴⁹ M. BOTHE, *Peace-Keeping*, In B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, Oxford, 2002, p. 688

questa conclusione con riguardo al rapporto tra i diversi soggetti in un'operazione di peacekeeping:

“the authority of the United Nations Force Commander is based on the concept of operational control, in which, inter alia, the tasks, as well as duration and zones of deployment of contingents have been fixed by agreement between troop-contributing countries and the Secretary-General”⁵⁰

Curiosamente, il glossario *on line* del Dipartimento per le operazioni di *peacekeeping* descrive così l'*operational authority* (o *control*):

“it is a more restrictive level of authority [...] a commander cannot change the mission of those forces [sic] or deploy them outside the area of responsibility previously agreed to by the troop-contributing country without the prior consent of this country; further [the commander] cannot separate contingents by assigning tasks to components of the units concerned”⁵¹.

Merita di essere menzionato il materiale distribuito nell'ambito di un corso dell'UNITAR⁵²: “*Commanding United Nations Peacekeeping Operations*”:

“issues pertaining to the employment of national contingents in peacekeeping missions are resolved through mutual consultation between the contributing countries and the United Nations [...] . [The UN] might accept some restrictions on the use of these contingents without compromising the operational effectiveness of the mission [...]. Normally, such restrictions result from national concerns about force protection or the safety and security of nationals in accordance with national policy”⁵³.

⁵⁰ Special Committee On Peacekeeping Operations, *Comprehensive review of the whole question of peace-keeping operations in all their aspects: report of the Special Committee on peacekeeping operations*, UN Doc. A/50/230, 22 Giugno 1995, § 11

⁵¹ <http://www.un.org/depts/dpko/glossary/html>

⁵² United Nations Institute For Training And Research, www.unitar.org

⁵³ UNITAR, *Commanding United Nations peacekeeping operations. A course produced by the United Nations Institute for training and research*, New York, 2004, p. 122

Da quanto fin qui visto appare evidente come i contingenti militari messi a disposizione delle Nazioni Unite siano dispiegati solo a seguito di accordi specifici tra l'organizzazione e gli Stati fornitori e che tale dispiegamento debba essere conforme a tali accordi e non possa essere modificato se non con l'assenso degli Stati stessi⁵⁴.

Ne deriva, inoltre, che se ai soldati impegnati in un'operazione di peacekeeping viene chiesto di adempiere ad ordini che contrastano con gli obblighi che normalmente gravano su di essi quando operano nell'ordinaria capacità nazionale, essi non siano tenuti ad seguirli⁵⁵. Di particolare interesse quest'ultima circostanza, dal momento che gli eserciti nazionali sono tenuti al rispetto degli obblighi derivanti dalle norme di diritto internazionale umanitario e dei diritti umani che gravano sugli Stati di appartenenza⁵⁶.

È anche vero che quanto appena detto va bilanciato con la necessità di portare a compimento il mandato del Consiglio di Sicurezza e quindi con la necessità di non compromettere la buona riuscita missione. In questo senso depongono alcuni documenti

⁵⁴ A tal proposito la dottrina ha rilevato come "There is usually not much command and only some control vested in any multinational or joint-service headquarters". Si Veda R. PASCHALL, *Solving the command and control problems*, in B. BENTON (ed.) *Soldiers for peace, 50 years of United Nations peacekeeping*, New York, 1996, p. 57 e p. 62.

⁵⁵ In questo senso si veda il *Peacekeeper's Handbook* pubblicato nel 1984 dalla International Peace Academy: "If soldiers of a contingent are required to undertake duties or acts which in any way clash with the normal principles under which they would be expected to operate in their own army, the contingent commander has the right to refer to his own minister of defence". INTERNATIONAL PEACE ACADEMY, *The Peacekeeper's Handbook*, New York, 1984, p. 365

⁵⁶ A conferma di ciò può deporre il Commento generale n. 31 del Comitato dei diritti umani con il quale l'organo chiamato ad interpretare le disposizioni del Patto sui diritti civili e politici ha affermato l'obbligo per gli Stati contraenti di rispettare gli obblighi del Patto anche quando inviano i loro contingenti all'estero nell'ambito di operazioni di *peacekeeping* o *peace-enforcement*. "States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. [...] This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation". Cfr. Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26 maggio 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 10

contenenti linee guida per gli Stati fornitori nell'ambito di missioni di *peacekeeping*⁵⁷. Stante il valore importante di queste linee guida, non manca chi⁵⁸ rileva il valore meramente declaratorio e non vincolante delle stesse, prevalendo, sempre l'impostazione di cui sopra.

È ancora da menzionare la prassi degli Stati di invio delle truppe di influenzare la condotta dei loro militari impegnati in operazioni di *peacekeeping*⁵⁹. Non esiste, di fatto, un sistema formale di consultazioni tra le Nazioni Unite e gli Stati fornitori delle truppe⁶⁰, ma esistono punti di contatto tra i due soggetti per consultazioni *ad hoc*⁶¹.

La prassi delle operazioni, seppur non riscontrabile tramite documenti ufficiali può essere tracciata attraverso alcune testimonianze come nel caso dell'ex comandante della missione UNPROFOR, in ex Jugoslavia il quale riporta che “*there was a clear limit set to the UN's use of force by troop contributing nations who were rightly concerned*

⁵⁷ Si veda ad esempio il documento intitolato: “*Guidelines For TCCs — UNMIL*”, Con riguardo all'operazione Unmil. Cfr. DPKO, *Guidelines for troop contributing countries deploying military units to the United Nations Mission in Liberia*, 1° dicembre 2003. Si veda ancora il manuale dell'UNITAR, già citato, Quando recita “[The UN] might accept some restrictions on the use of these contingents without compromising the operational effectiveness of the mission [...] [a]ny restriction placed by a TCC on the deployment location and the tasks that may be undertaken by a national contingent or asset create the greatest difficulties in a mission [...]”. Cfr. Xx

⁵⁸ CATHCART, *Command and control in military operations*, cit., pp. 235-237

⁵⁹ Opinione consolidata in dottrina è che i contingenti nazionali mantengano un forte rapporto con i loro stati di invio anche con riguardo alle istruzioni. Si veda MURPHY, *Legal framework of UN forces and issues of command and control of canadian and irish forces*, cit., p. 145 (“Even a superficial knowledge of United Nations peacekeeping indicates that the reality is much more complex. few states ever relinquish full operational control to the United Nations”); MCCOUBREY-WHITE, *Blue Helmets*, p. 145 (“Generally, a pragmatic modus vivendi must be found between the international or transnational authority of a Un force commander and the national authority and responsibility of contingent commanders”); HAMPSON-KIHARA HUNT, *The Accountability Of Personnel Associated With Peacekeeping Operations*, cit., p. 199 (“It is absolutely clear that in practice the majority of contingents reserve the right to consult their own capital”). In generale si veda SIEKMANN, *National contingents*, cit., p. 113.

⁶⁰ Esisteva in passato, come riporta SIEKMANN, *National contingents*, cit., pp. 100 ss.

⁶¹ Questo è previsto nel modello di accordo tra stati e Nazioni Unite: “*The government of [participating state] may raise with the Secretary-General any matter relating to its personnel serving with [the U.N. peace-keeping operations]*”. Cfr. *Draft model agreement between the United Nations and member states contributing personnel and equipment to the United Nations peace-keeping operations*, cit., § 10

*that their soldiers were not caught up in a war*⁶². Anche con riguardo alla missione UNOSOM II, come si è già visto, le stesse Nazioni Unite hanno rilevato l'impossibilità di controllare quando alcuni contingenti operassero sotto il controllo dei loro stati di invio⁶³. Nella prassi giurisprudenziale è interessante notare come uno scenario di questo tipo sia stato portato all'attenzione della Corte di prima istanza in Belgio.

Il caso *Mukeshimana-Ngulinzira*⁶⁴ origina da diversi ricorsi presentati dai famigliari di alcune vittime del genocidio dei *Tutsi*, in Ruanda, nel 1994. Nella domanda i ricorrenti chiedevano al Belgio un risarcimento per la condotta dei *peacekeepers* impegnati nella missione UNAMIR, i quali avrebbero contribuito, con la loro condotta omissiva, all'uccisione dei famigliari dei ricorrenti. Nello specifico, veniva rimproverato al governo belga, attraverso le decisioni dei suoi ufficiali a capo del contingente di UNAMIR fornito dal Belgio, di aver lasciato senza protezione un edificio dove erano rifugiati diversi individui di etnia *Tutsi*, che poco dopo venivano attaccati e uccisi dalle milizie *Hutu*⁶⁵.

Il governo belga opponeva la non imputabilità degli atti al contingente inviato come parte dell'operazione UNAMIR, bensì sosteneva l'attribuzione di quelle condotte alle Nazioni Unite, con la conseguente assenza di responsabilità in capo al Belgio.

La Corte di prima istanza, dando ragione ai ricorrenti, rileva come gli ordini dati ai soldati belgi appartenenti ad UNAMIR, con riguardo all'evacuazione di quell'area, fossero stati impartiti ad essi dal Capo di Stato Maggiore belga, Lt. Gen. Charlier, senza una previa consultazione con il capo missione di UNAMIR, Gen. Dallaire e senza passare

⁶² SIR M. ROSE, *Fighting for peace*, New York, 1998, P. 242.

⁶³ Cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo 3

⁶⁴ Corte di prima istanza, Belgio, *Mukeshimana-Ngulinzira and others c. Belgium*, Mukeshimana-04/4807/A e Ngulinzira-07/15547/A, 8 dicembre 2010. Reperibile sul sito internet <http://www.scribd.com/doc/45040491/jugementeto-08-12-2010>

⁶⁵ *Ibidem*, §§ 7 – 24

per il suo tramite⁶⁶. Una simile circostanza, nel ragionamento dei giudici di prime cure, era sufficiente a rendere attribuibile la condotta al Belgio, piuttosto che alle Nazioni Unite.

La decisione nel caso Mukeshimana-Ngulinzira appena esposta dimostra come la complessità delle operazioni di peacekeeping non possa far propendere per un approccio semplicistico alla materia dell'attribuzione delle condotte, essendo ormai prassi il ruolo degli Stati nei processi decisionali riguardanti i contingenti messi a disposizione nell'ambito di operazioni solo formalmente sotto il comando delle organizzazioni internazionali.

A quanto appena esposto si potrebbe aggiungere, come suggeriscono alcuni autori, che la volontarietà della messa a disposizione dei contingenti da parte degli Stati nazionali, con la conseguente possibilità per gli stessi di ritirarli dalle operazioni, sia uno strumento a disposizione degli Stati per imporre le proprie condizioni alle Nazioni Unite⁶⁷. Oltre a quanto appena detto con riguardo ai limiti imposti al *Force Commander* dagli Stati fornitori di truppe, occorre anche ricordare che in determinati settori la competenza di questi ultimi, rispetto a quella dell'organizzazione, è esclusiva. Questi settori sono quelli legati all'addestramento, alla determinazione della catena di comando interna, all'organizzazione interna della missione, ai poteri in materia sanzionatoria e disciplinare⁶⁸.

⁶⁶ Ibidem, § 37 e § 38. Nello specifico, gli ordini impartiti dal Lt. Gen. Charlier avevano come obiettivo quello di spostare il contingente posto a protezione di quell'area da un'operazione ad un'altra. più nel dettaglio, la decisione del capo di stato maggiore belga riguardava l'allocazione di militari dall'operazione *Amaryllis* (con l'obiettivo di evacuare i cittadini europei in ruanda) All'operazione *Silver Back*, avente lo stesso obiettivo, ma con un'altra zona di competenza. nello spostare le truppe gli ufficiali belgi avevano trascurato la protezione dei civili rifugiati in una scuola.

⁶⁷ Si Vedano SIMMONDS, *Legal aspects*, cit., p. 145; S. GORDON, *Icarus rising and falling: the evolution of UN command and control structures*, In D.S. GORDON-F.H. TOASE (Eds.), *Aspects of peacekeeping*, New York, 2001, p. 21; F.H. FLEITZ, *Peacekeeping fiascoes of the 1990s*, New York, 2002, p. 77

⁶⁸ HAMPSON-KIHARA HUNT, *The accountability*, cit., p. 198.

Nel settore disciplinare il capo missione sarebbe solo nominalmente responsabile per il rispetto del “*good order and discipline*”⁶⁹ ma la responsabilità primaria per la disciplina delle truppe rimane di esclusiva competenza nazionale. Si vedano, a tal proposito le direttive pubblicate dalle Nazioni Unite sulle questioni disciplinari che coinvolgono i membri dei contingenti nazionali: “*the responsibility to discipline military members of National contingents remains a National responsibility*”.⁷⁰ Al capo missione, può, al più, essere riconosciuto il potere di iniziare un’eventuale indagine, ma sul punto la decisione finale è comunque degli Stati nazionali⁷¹. Inoltre, è lo stesso modello si SOFA a garantire che, in caso di arresto di un membro di un contingente nazionale questo vada immediatamente trasferito al suo contingente nazionale affinché questo prenda le adeguate misure sanzionatorie o disciplinari⁷². Quanto appena detto vale, a maggior ragione, per gli eventuali illeciti commessi dai peacekeepers sul territorio degli Stati ospite e che siano di rilievo penale⁷³.

Il complicato scenario presentato rende palese il ricorso al criterio del controllo effettivo al fine di stabilire se una condotta sia imputabile all’organizzazione oppure allo Stato di invio.

⁶⁹ Si veda *Draft model agreement between the United Nations and member states contributing personnel and equipment to the United Nations peace-keeping operations*, cit., § 8,

⁷⁰ Cfr. DPKO, *Directives for disciplinary matter involving military members of national contingents*, UN Doc. DPKO/MD/03/00993, luglio 2003, § 28.

⁷¹ Si veda MCCOUBREY-WHITE, *Blue Helmets*, cit., p. 407

⁷² Si veda *Draft model status-of-forces agreement between the United Nations and host countries*, 9 ottobre 1990, in UN Doc. A745/594, Annex, § 41

⁷³ Si veda *Draft model status-of-forces agreement between the United Nations and host countries*, cit., § 47.

5. La prassi giurisprudenziale: l'interpretazione votata all'esclusiva attribuzione all'Organizzazione internazionale delle condotte poste in essere nel contesto di operazioni militari

Quanto appena esposto con riguardo al controllo nelle operazioni di peacekeeping è stato oggetto di un'interessante prassi giurisprudenziale. Pare opportuno, dunque, un *excursus* le maggiori e più influenti decisioni giurisprudenziali sul tema, al fine di tracciare un quadro complessivo dell'orientamento internazionale e provare a trarre alcune conclusioni. Sul punto è, infatti, possibile distinguere tra due approcci, uno restrittivo, consolidato forse maggiormente nella giurisprudenza, ed uno, più recente, favorevole ad un'interpretazione più votata a quella complementarietà cui si faceva riferimento.

a) *Behrami, Behrami e Saramati dinanzi alla CorEDU*

Senza dubbio la sentenza di riferimento per quello che abbiamo definito come approccio "restrittivo" è quella resa dalla Corte europea dei diritti umani nei casi *Behrami, Behrami e Saramati*, rispettivamente contro Francia, Germania, e Norvegia⁷⁴. Il

⁷⁴ Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, 71412/01, decisione; *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, decisione, 78166/01, 2 maggio 2007. Per un commento alla sentenza si vedano P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle nazioni unite davanti alla corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 681 ss.; G. C. BRUNO, *La corte europea dei diritti umani e il consiglio di sicurezza delle nazioni unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.; A. BREITEGGER, *Sacrificing the effectiveness of the european convention on human rights on the altar of the effective functioning of peace support operations: a critique of Behrami & Saramati and Al Jedda*, in *International community law review*, 2009, pp. 155-183; H. KRIEGER, *A credibility gap: the Behrami and Saramati decision of the European Court of Human Rights*, in *Journal of international peacekeeping*, 2009, pp. 159-180; M. MILANOVIC-T. PAPIC, *As bad as it gets: the European Court of Human Rights' Behrami and Saramati decision and general international law*, in *international and comparative law quarterly*, 2009, pp. 267-296; A. SARI, *Jurisdiction and international responsibility in peace support operations: the Behrami and Saramati cases*, in *Human rights law review*, 2008, pp. 150 ss.; K.M. LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, in *European journal of international law*, 2008, pp. 509 ss.; R. LAGRANGE, *Responsabilité des états pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, in *Revue general du droit international public*, 2008, pp. 85 ss.; C.A. BELL, *Re-assessing multiple attribution: the International Law Commission and the Behrami and Saramati decision*, in *International law and politics*, 2009, pp. 501-548

caso riguardava due distinte situazioni. Il primo ricorso, quello presentato da Agim e Bekir *Behrami*, rispettivamente padre e figlio ed entrambi Kosovari di orine albanese, riguardava la morte del figlio e fratello dei ricorrenti, Gadaf *Behrami*, e il ferimento di Bekir *Behrami* a causa dell'esplosione di un ordigno rimasto sul territorio Kosovaro a seguito dei bombardamenti NATO del 1999. I ricorrenti chiedevano l'accertamento delle responsabilità della Francia, in quanto Stato fornitore dei contingenti di UNMIK⁷⁵, competenti per l'attività di sminamento nell'ambito di quella missione⁷⁶.

Il caso *Saramati* originava invece da un ricorso proposto da un individuo che allegava istanze di detenzione extra-giudiziale da parte della missione KFOR⁷⁷, presuntivamente illegittima e avverso la quale non gli era stata consentita la presentazione di alcun ricorso⁷⁸.

La Grande Camera della Corte europea si è trovata a giudicare sulla sussistenza della giurisdizione *ratione personae* della CorEDU nei confronti dei contingenti messi a disposizione dai tre Stati sopra citati alla missione UNMIK e alla missione KFOR.

La CorEDU ha dapprima enunciato le norme sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali come base per la propria decisione, ma poi ha deciso senza fondare su di esse le motivazioni. I giudici di Strasburgo hanno dato un'interpretazione di "controllo effettivo" cercando di applicare il criterio nel contesto delle operazioni in questione. L'interpretazione fornita dalla Corte era nel senso di definire il controllo effettivo come

⁷⁵ United Nations Interim Administration In Kosovo, istituita con la risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1244 del 1999. Cfr. UNSC Res. 1244 (1999), 10 giugno 1999

⁷⁶ Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, cit., *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, cit., §§ 5-7

⁷⁷ Nato Kosovo Force, autorizzata con la risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1244 del 1999, cfr. *supra*, nota 75.

⁷⁸ Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, cit., *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, cit., §§ 8-17

“*ultimate authority and control*”⁷⁹ e riconoscendo l’esistenza di questa forma di controllo nel Consiglio di Sicurezza, che aveva autorizzato entrambe le operazioni⁸⁰. L’interpretazione in questo senso del controllo effettivo e la collocazione dello stesso nel Consiglio di Sicurezza aveva portato come conseguenza l’attribuzione delle condotte contestate alle Nazioni Unite piuttosto che agli Stati fornitori dei contingenti. La CorEDU aveva, peraltro, considerato anche l’esistenza di un “*operational control*” da parte degli Stati fornitori delle truppe⁸¹, riconoscendo ad essi i già menzionati poteri in materia disciplinare e sanzionatoria⁸², ma aveva concluso nel senso di considerare questo grado di controllo come semplicemente “delegato” dal Consiglio di Sicurezza agli attori sul campo⁸³, continuando a rimanere rilevante, ai fini dell’attribuzione, l’ “*ultimate authority and control*”, sempre nelle mani del Consiglio⁸⁴.

Il caso più controverso riguardava la missione KFOR, nel caso *Saramati*. La Corte riconosce che effettivamente il comando delle operazioni era nelle capacità della NATO e dei comandanti della missione, i quali, tuttavia, stavano esercitando poteri delegati loro dal Consiglio di Sicurezza sulla base di una risoluzione ex capitolo VII della Carta⁸⁵ e che, quindi, la condotta andava, in principio, attribuita alle Nazioni Unite⁸⁶.

La base per l’attribuzione di entrambe le condotte alle Nazioni Unite, tramite, come detto, l’ “*ultimate authority and control*” nelle mani del Consiglio di Sicurezza, veniva ricercata dalla CorEDU nei limiti imposti dal Consiglio nella stessa risoluzione n. 1244 la

⁷⁹ Ibidem, § 133: “*The Court considers that the key question is whether the UNSC retained ultimate authority and control so that operational command only was delegated*”.

⁸⁰ Ibidem, §§ 134-141

⁸¹ Ibidem, § 139

⁸² Ibidem, § 138

⁸³ Ibidem, § 140

⁸⁴ Ibidem, § 141

⁸⁵ Ibidem, § 129

⁸⁶ Ibidem, § 141

quale, oltretutto, richiedeva un dettagliato e costante rapporto alle Nazioni Unite sullo svolgimento della missione⁸⁷.

L'impostazione della Corte europea dei diritti umani nei due casi appena descritti non può andare esente da critiche. La stessa Commissione di diritto internazionale, nel commentario all'articolo 7 (già 6) ha preso le distanze dalle sentenze *Behrami* e *Saramati* affermando che: “*when applying the criterion of effective control, ‘operational’ control would seem more significant than ‘ultimate’ control, since the latter hardly implies a role in the act in question*”⁸⁸. Di interesse è anche il rapporto del 2008 Segretario Generale delle Nazioni Unite con riguardo a UNMIK. In esso, la stessa Organizzazione sembra preferire un'interpretazione del criterio del controllo effettivo che sia più vicina all'“*operational control*” piuttosto che all'“*ultimate authority and control*”⁸⁹. Negli stessi commenti inviati alla Commissione di diritto internazionale le Nazioni Unite hanno sostenuto che:

“While the submission of [periodic] reports provides the Council with an important ‘oversight tool’, the Council itself or the United Nations as a whole cannot be held responsible for an unlawful act by the State conducting the operation, for the ultimate test of responsibility remains effective command and control”⁹⁰.

La dottrina si è quasi all'unanimità schierata contro la decisione della CorEDU, criticando l'impostazione da più punti di vista⁹¹. È stato ad esempio sostenuto come il

⁸⁷ Ibidem, § 134 e § 135

⁸⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to draft article on responsibility of international organization, Article 6, cit.*, § 9

⁸⁹ “It is understood that the international responsibility of the united nations will be limited in the extent of its effective operational control.” Cfr. UN Doc. S/2008/354, § 16

⁹⁰ Si vedano i commenti inviati dalle organizzazioni internazionali alla Commissione di diritto internazionale a proposito del progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. Cfr. UN Doc. A/CN.4/545

criterio utilizzato fosse troppo astratto e come fosse irrealistico immaginare una catena di comando che nella pratica arrivi davvero fino al Consiglio di Sicurezza⁹².

Secondo un'altra critica, l'errore commesso dalla Corte sarebbe stato quello di limitarsi a considerare come unica possibilità l'attribuzione alle Nazioni Unite di quelle specifiche condotte, escludendo a priori la possibilità di una attribuzione a più soggetti⁹³. Sulla stessa linea si colloca chi ritiene che proprio nell'ottica di una possibile "dual attribution" la Corte abbia fallito nel non voler approfondire il grado di controllo esercitato dagli Stati sulle truppe, quasi evitando di affrontare l'argomento⁹⁴.

L'impostazione della CorEDU nella decisione *Behrami* e *Saramati* è stata seguita dalla medesima istanza giurisdizionale in alcuni casi successivi ad essa⁹⁵.

b) Al Jeddah dinanzi alla Camera dei Lords

Una sostanziale conferma dell'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Behrami* e *Saramati* arriva con la sentenza della Camera dei Lords britannica nel caso *Al Jeddah*⁹⁶ origina da un ricorso proposto dinanzi alla corti inglesi da

⁹¹ Il maggiore criticismo riguarda senza dubbio la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso *Saramati* e quindi con riguardo all'attribuzione degli atti dell'operazione KFOR alla Nato (e quindi agli stati membri di questa organizzazione) oppure all'organizzazione. nel senso che la decisione della corte sia stata corretta per quel che riguarda l'attribuzione delle condotte di UNMIK, ma scorretta per quel che riguarda l'attribuzione delle condotte di KFOR, si vedano BREITEGGER, *Sacrificing the effectiveness*, cit., p. 168; MILANOVIC-PAPIC, *As bad as it gets*, cit., p. 275; PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate*, cit., p. 708; SARI, *Jurisdiction and International responsibility*, cit., p. 601.

⁹² MILANOVIC-PAPIC, *As bad as it gets*, cit., p. 286

⁹³ BELL, *Re-assessing multiple attribution*, cit., p. 515. L'autrice fa riferimento alle modifiche introdotte a tal proposito nel 2008 dalla Commissione di diritto internazionale ai DARIO e al rapporto dello *special rapporteur*, Prof. Giorgio Gaja, sul quale si tornerà più avanti.

⁹⁴ KRIEGER, *A credibility gap*, cit., p. 164

⁹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Kasumaj C. Grecia*, 6974/05, Decisione del 5 luglio 2007; *Gajic C. Germania*, 31446/02, Decisione Del 28 Agosto 2007; *Beric And Others C. Bosnia E Herzegovina*, 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05, 25496/05, decisione del 16 ottobre 2007.

un individuo, cittadino iracheno, arrestato e detenuto dalla Coalition Provisional Authority (CPA) dal 10 ottobre 2004⁹⁷.

La CPA, giova ricordarlo, era l'amministrazione provvisoria costituita dalle forze alleate di Stati Uniti e Gran Bretagna in Iraq nel 2003⁹⁸. L'interpretazione che la Camera dei Lords ha dato del rapporto tra le operazioni sul campo e l'autorizzazione (o presunta tale) del Consiglio di Sicurezza è comunque utile per comprendere appieno il filone giurisprudenziale che stiamo analizzando.

La presenza delle truppe britanniche sul suolo iracheno era stata autorizzata dalla risoluzione 1546 del 2004 che, tuttavia, e come nel caso della risoluzione n. 1244 del 1999 concernente il Kosovo, non conteneva alcun riferimento alla possibilità per le truppe di detenere individui. La Camera dei Lords adottava la medesima interpretazione della Corte europea dei diritti umani nei casi *Behrami* e *Saramati*, enfatizzata dall'opinione di Lord Rodger:

“Just as the members of KFOR were exercising powers of the Security Council lawfully delegated to them by the Council, so also the members of the MNF were exercising powers of the Security Council lawfully delegated to them by the Council under Resolution 1546. That being so, the court would hold, first, that the Council retained ultimate authority and control and so remained responsible in law for the exercise of those powers and, secondly, that the

⁹⁶ Si veda House of Lords, *R (on the application of Al Jedda) (appellant) V. Secretary of State for Defence (respondent)*, [2007] UKHL 58, 12 dicembre 2007. La causa originava dal ricorso proposto in primo grado, si veda [2005] EWHC 1809 (Admin) e dal susseguente giudizio in appello, si veda [2006] EWCA Civ 327. Per una nota sulle decisioni dei primi due gradi di giurisdizione si rinvia a M. ARCARI, *Autorizzazioni del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso Al Jedda di fronte ai giudici britannici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 1083 Ss.

⁹⁷ Si vedano R. SAPIENZA, *Occupazione britannica dell'Irak e tutela dei diritti dell'uomo: il caso Al Jedda dinanzi alla Camera dei Lords*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 548 Ss; F. MESSINEO, *The House Of Lords in Al-Jedda and public international law: attribution of conduct to unauthorized forces and the power of the Security Council to displace human rights*, in *Netherlands international law review*, 2009, pp. 35 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *R (on the Application of Al-Jedda) (Fc) v. Secretary Of State For Defence. [2007] Ukhl 58*, in *American journal of international law*, 2008, pp. 338 Ss.; C. TOMUSCHAT, *R (on the Application of Al-Jedda) (Fc) v. Secretary of State for Defence. Human rights in a multilevel system of governance and the internment of suspected terrorists*, in *Melbourne journal of international law*, 2008, pp. 391 ss.

⁹⁸ Per una panoramica sugli aspetti giuridici delle operazioni militari appena menzionate si rinvia a U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, Bari, 2005; A. CARCANO, *L'occupazione dell'Iraq nel diritto internazionale*, Milano, 2010.

action of the British troops, as members of the MNF, in detaining Mr Al-Jedda was in principle attributable to the United Nations in terms of article 3 of the draft articles on the Responsibility of International Organisations”.⁹⁹

Stante l'opinione prevalente (maggioranza di 4 a 1) nella Camera dei Lords sul parallelismo tra la decisione della CorEDU nei casi *Behrami* e *Saramati* e il caso in esame, merita di essere menzionata la nota opinione di Lord Bingham of Cornhill, al quale si aggiungevano altri tre Law Lords (Lord Carswell e Lady Hale e con distinzioni non rilevanti Lord Brown), sembrava comunque aprire ad una possibilità in senso opposto, affermando che sarebbe stato irrealistico pensare che l'atto specifico del detenere fosse da attribuirsi alle Nazioni Unite in quanto sotto il controllo effettivo di questa Organizzazione¹⁰⁰. Lord Bingham sembrava effettivamente privilegiare il controllo effettivo rispetto all' "ultimate control" utilizzato dalla Corte europea, affermando, appunto, come il singolo atto non potesse rientrare sotto il controllo delle Nazioni Unite¹⁰¹. Purtroppo Lord Bingham non approfondiva l'opinione sul controllo effettivo, limitandosi poi a discutere sulla "delega" del Consiglio di Sicurezza e sul fatto che, una volta divenute potenze occupanti, le truppe di Stati Uniti e Gran Bretagna non fossero più "delegate" dalle Nazioni Unite¹⁰².

c) *I casi "olandesi"*

I casi in questione generavano da diversi ricorsi presentati da membri delle famiglie delle vittime del genocidio di *Srebrenica*. Tutti i casi venivano sottoposti alla Corte distrettuale dell'Aia, in Olanda, alla quale istanza veniva chiesto di pronunciarsi sulla

⁹⁹ House of Lords, *R (on the application of Al Jedda) (appellant) V. Secretary of State for Defence (respondent)*, cit., opinione di Lord Rodger, § 54-55

¹⁰⁰ House of Lords, *R (on the application of Al Jedda) (appellant) V. Secretary of State for Defence (respondent)*, cit., opinione di Lord Bingham Of Cornhill, § 24. "[It cannot] "realistically be said that US and UK forces were under the effective command and control of the UN, or that UK forces were under such command and control when they detained the appellant".

¹⁰¹ BREITEGGER, *Sacrificing the effectiveness*, cit., p. 176

¹⁰² *Ibidem*.

responsabilità del governo olandese per la condotta delle proprie truppe accusate di aver forzatamente espulso bosniaci musulmani dalla base delle Nazioni Unite facendo così venire meno loro la protezione necessaria contro gli attacchi da parte dei serbi di Bosnia, le cui truppe erano comandate dal Generale *Ratko Mladic*. Il punto di diritto cruciale in tutti i casi era l'attribuzione delle condotte nel contesto dell'operazione di peacekeeping delle Nazioni Unite UNPROFOR, dislocata nell'area con il mandato di proteggere la popolazione civile¹⁰³. La Corte distrettuale dell'Aia rigettava i ricorsi sulla base dell'esclusiva attribuibilità delle condotte alle Nazioni Unite, con conseguente esclusione della responsabilità dello Stato olandese¹⁰⁴.

Il primo di questi casi è il caso *Nuhanovic*,¹⁰⁵ che poi verrà ripreso, come vedremo¹⁰⁶, in appello, giudicato insieme al suo caso gemello, il caso *Mustafic*¹⁰⁷.

Il caso concerne i ricorsi presentati da *Hasan Nuhanovic* per la morte di *Ibro Nuhanovic*, *Nasiha Nuhanovic* e *Muhamed Nuhanovic*, rispettivamente padre, madre e fratello del ricorrente, un interprete che lavorava per il Dutchbat, il battaglione olandese sotto il comando della missione di peacekeeping UNPROFOR, in ex Jugoslavia. Il 12 luglio del 1995 *Hasan Nuhanovic* era con altri rifugiati dentro il compound protetto dalle forze ONU. Dopo la caduta di Srebrenica tali rifugiati venivano portati via dalle truppe serbo-bosniache del generale Mladic. Lo staff locale del Dutchbat, impiegato dalle Nazioni Unite, e dotato di un apposito documento di riferimento, veniva autorizzato a

¹⁰³ Si vedano le risoluzioni del Consiglio di sicurezza n. 743/1992, 21 febbraio 1992, 758/1992, 8 giugno 1992, 836/1993, 4 giugno 1993.

¹⁰⁴ Si veda per un commento A. ANNONI, *Violazioni dei diritti umani e responsabilità dello stato di invio per la condotta di contingenti nazionali nell'ambito di una missione di peace-keeping: il caso Nuhanovic*, In *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 177 ss.

¹⁰⁵ Corte distrettuale dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, causa n. 265615/Ha Za 06-17671. 10 settembre 2008

¹⁰⁶ Cfr. *infra*, questo capitolo, paragrafo 15

¹⁰⁷ Corte distrettuale dell'Aja, *Mustafic c. The State of the Netherlands*, causa n. 265218/Ha Za 06-1672, 10 settembre 2008

stare all'interno del compound. Il *Nuhanovic* aveva questo documento, ma i suoi prossimi congiunti venivano forzati a lasciare il compound e venivano poi uccisi.

Vicenda simile per quanto riguarda il secondo ricorrente, Rizo *Mustafic*, egli lavorava come elettricista nel compound del Dutchbat ma, come la famiglia *Nuhanovic*, veniva costretto a lasciare quel luogo. In seguito all'allontanamento il *Mustafic* veniva ucciso dalle truppe del Gen. Mladic. Verrà presa come punto di riferimento la sentenza nel caso *Nuhanovic*, essendo identici i risultati per quel che riguarda la sentenza *Mustafic*.

Nel decidere in merito alla responsabilità dello Stato olandese, la Corte distrettuale dell'Aia rilevava l'assenza di un controllo di quest'ultimo sulla condotta delle truppe messe a disposizione della missione UNPROFOR. La stessa Corte riconosceva l'esistenza di un preciso ordine dato al contingente olandese di *"take all reasonable measures to protect refugees and civilians in your care"*¹⁰⁸. La Corte distrettuale dell'Aia, tuttavia, concludeva a favore della difesa, escludendo, quindi, una qualsiasi forma di responsabilità da parte del governo olandese sulla base del seguente ragionamento: *"actions of a contingent of troops made available to the United Nations for the benefit of the UNPROFOR mission [...] should be attributed strictly, as a matter of principle, to the United Nations"*. Interessante, comunque, l'apertura della Corte distrettuale dell'Aia alla possibilità che in determinate circostanze fosse il governo olandese ad essere in una posizione di controllo effettivo sulle truppe di UNPROFOR. I giudici di prime cure olandesi, infatti, considerano questa possibilità qualora le truppe avessero ricevuto disposizioni dal governo olandese di contravvenire un ordine emanante dalla catena di comando delle Nazioni Unite¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Corte distrettuale dell'Aia, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 2.12

¹⁰⁹ Corte distrettuale dell'Aia, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 4.14.1. "[If] Dutchbat was instructed by the dutch authorities to ignore un orders or to go against them, and Dutchbat behaved in accordance with this instruction from the Netherlands, this constitutes a violation of the factual basis on which the attribution to the UN rests"

Merita di essere menzionato anche il caso cosiddetto delle “madri di Srebrenica”, sul quale, allo stato attuale, vi è una decisione dalla Corte distrettuale dell’Aja¹¹⁰ confermata dalla Corte d’appello nel medesimo distretto sulla giurisdizione delle corti olandesi sull’attività delle Nazioni Unite¹¹¹. Il caso originava da un ricorso proposto da un’associazione, “*The Mothers of Srebrenica*”, nata per assistere i famigliari delle vittime del genocidio di Srebrenica e altri dieci ricorrenti. Nel caso in questione, l’attribuzione delle condotte non veniva presa in esame in quanto veniva preliminarmente sollevata una questione con riguardo all’immunità delle Nazioni Unite.

La Corte d’appello nel caso “madri di Srebrenica” confermava quanto aveva già affermato la Corte distrettuale, ossia la sussistenza dell’immunità per le Nazioni Unite. La Corte d’appello, a supporto della sua decisione sosteneva che nessuna delle disposizioni invocate dai ricorrenti fosse tale da caducare l’immunità dalla giurisdizione delle organizzazioni internazionali¹¹².

Fatta esclusione per il caso da ultimo citato, le sentenze “olandesi” nei casi *Nuhanovic* e *Mustafic* sembrano comunque collocarsi diversamente rispetto ai casi *Behrami* e *Al Jedda* e soprattutto rispetto al primo. Innanzitutto, è stato realmente utilizzato il criterio del controllo effettivo in una forma più vicina all’idea di controllo fattuale, già concettualizzata dalla Commissione di diritto internazionale e dalle Nazioni Unite stesse¹¹³. In secondo luogo, e con riferimento ancora al caso *Nuhanovic*, la Corte

¹¹⁰ Corte distrettuale dell’Aja, *Mothers of Srebrenica Foundation and others c. The State of the Netherlands and the United Nations*, causa n. 295247/HA ZA 07-2973, 10 luglio 2008

¹¹¹ Corte d’appello dell’Aja, *Mothers of Srebrenica Foundation and others c. The State of the Netherlands and the United Nations*, causa n. 200.022.151/01, 30 marzo 2010

¹¹² Nello specifico l’articolo 14 del Patto sui diritti civili e politici e l’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Sul punto si veda O. SPIJKERS, *The immunity of the United Nations in relation to the genocide in Srebrenica in the eyes of a dutch district court*, In *Journal of international peacekeeping*, 2009, Pp. 197 Ss.

¹¹³ ANNONI, *Violazioni dei diritti umani e responsabilità dello stato di invio per la condotta di contingenti nazionali nell’ambito di una missione di peace-keeping: il caso Nuhanovic*, cit., p. 180. In questo senso anche il commentario della commissione di diritto internazionale sull’articolo 6. Cfr.

distrettuale non esclude la possibilità di un'attribuzione della condotta allo Stato olandese, nel caso in cui, ad esempio, e come già evidenziato, il comandante delle truppe avesse dato un ordine contrario interrompendo quindi la catena di comando delle Nazioni Unite¹¹⁴.

La Corte quindi elabora un ragionamento in virtù del quale un simile scenario sarebbe la base fattuale della responsabilità dello Stato essendo attribuibile ad esso la condotta solo nel caso in cui la catena di comando delle Nazioni Unite fosse stata interrotta da un ordine in senso contrario da parte del comando olandese. Veniva tuttavia confermato che, in caso di istruzioni parallele da parte del comando ONU e del governo olandese, sarebbe stata l'attribuzione all'organizzazione a prevalere¹¹⁵.

6. *Segue.* La prassi giurisprudenziale: l'interpretazione votata alla doppia attribuzione all'Organizzazione internazionale e agli Stati fornitori delle truppe delle condotte poste in essere nel contesto di operazioni militari

Come detto poco sopra, vi è una nuova tendenza della giurisprudenza nazionale ed internazionale nel considerare l'argomento dell'attribuzione delle condotte nell'ambito di operazioni militari condotte in seno ad organizzazioni internazionali. Se, infatti, le sentenze nei casi *Behrami* e *Saramati* e nei casi decisi dalle corti distrettuali olandesi hanno provvisoriamente chiuso la porta ad un'attribuzione di responsabilità agli Stati fornitori dei contingenti nazionali, alcuni nuovi giudizi rimettono in gioco questa interpretazione restrittiva aprendo alla possibilità di una duplice attribuzione della condotta, tanto allo Stato quanto all'organizzazione internazionale. Questo ha delle implicazioni interessanti per quel che riguarda l'applicabilità della normativa sui diritti umani e la complementarità alla quale si faceva riferimento poc'anzi. Le sentenze a cui si

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to draft article on responsibility of international organization*, Article 6, cit., § 12.

¹¹⁴ Corte distrettuale dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 4.8, § 4.14.5

¹¹⁵ *Ibidem*, § 4.14.1

fa riferimento in questa “seconda fase” sono quelle relative ai casi *Nuhanovic-Mustafic* (Corte d’Appello dell’Aia in Olanda) e *Al Jedda* contro Regno Unito, dinanzi alla Corte europea dei diritti umani.

Preliminarmente all’indagine sulle sentenze appena menzionate occorre ricordare che il primo precedente giurisprudenziale nel quale una condotta nell’ambito di un’operazione di peacekeeping è stata attribuita da uno Stato fornitore delle truppe è il caso *Nissan* portato dinanzi alla Camera dei *Lords* britannica¹¹⁶. In quell’occasione, tuttavia, non era stato utilizzato il criterio del controllo effettivo, bensì la condotta era stata attribuita al Regno Unito per il fatto che i contingenti inviati “*remain[ed] in their own National service*”¹¹⁷ e quindi “*continued to be soldiers of Her Majesty*”¹¹⁸.

a) *Il caso Nuhanovic dinanzi alla Corte d’appello dell’Aia*

Le sentenze della Corte d’Appello dell’Aia nei casi *Nuhanovic*¹¹⁹ e *Mustafic*¹²⁰ originano dall’appello interposto dai ricorrenti alla sentenza di primo grado della Corte distrettuale dell’Aia che aveva, come già visto, attribuito la condotta dei militari di

¹¹⁶ Si veda House Of Lords, *Attorney General V. Nissan*, [1970] UKHL A.C. 179, 11 febbraio 1969. Il caso riguardava una richiesta di indennizzo da parte di cittadini britannici ai quali erano state confiscate svariate proprietà da parte dei militari inglesi impegnati nell’operazioni di peacekeeping UNFICYP a Cipro.

¹¹⁷ *Ibidem*, § 223

¹¹⁸ *Ibidem*, § 222

¹¹⁹ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, 200.020.174/01, 5 luglio 2011. Traduzione in Inglese sul sito internet <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=br5388>

¹²⁰ Corte d’appello dell’Aja, *Mustafic –Mujic, Mustafic e Mustafic c. The State Of The Netherlands*, 200.020.173/01, 5 luglio 2011. Traduzione in Inglese sul sito Internet <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=br5386>

UNPROFOR interamente alle Nazioni Unite rilevando poi l'immunità di questa Organizzazione dalle giurisdizioni nazionali¹²¹.

La decisione nel caso *Nuhanovic* (identica a quella nel caso *Mustafic*, ma per comodità si farà riferimento solo al caso *Nuhanovic*) è di cruciale importanza per la definizione dei criteri di attribuzione di una condotta nell'ambito di operazioni di peacekeeping. Come visto, la prassi giurisprudenziale ha finora optato per un approccio più restrittivo teso a considerare attribuibile solo alle organizzazioni internazionali le condotte nell'ambito delle operazioni di peacekeeping sia utilizzando un criterio poco adatto¹²², ma anche utilizzando in maniera poco approfondita il criterio del controllo effettivo¹²³.

La sentenza in esame è importante in quanto la Corte d'Appello dell'Aia, elaborando una propria interpretazione del criterio del "controllo effettivo", già utilizzato nella sentenza di primo grado, delinea alcuni elementi fondanti di questo concetto da ritenersi applicabili non solo nel caso di specie ma anche nel più ampio contesto delle operazioni militari.

In primo luogo la sentenza sancisce quanto già era emerso, come si è visto, dai lavori della Commissione di diritto internazionale, ossia che il criterio del controllo effettivo si applica tanto all'organizzazione internazionale quanto agli Stati fornitori delle truppe. In secondo luogo, il controllo effettivo in sé non riguarda solo la facoltà di dare ordini, ma anche il potere, giuridico e fattuale, di prevenire il verificarsi di un illecito: la Corte

¹²¹ Per i primi commenti alle sentenze si vedano A. NOLLKAEMPER, *Dual attribution. Liability of the Netherlands for conduct of Dutchbat in Srebrenica*, In *Journal of international criminal justice*, 2011, pp. 1143 ss. Si vedano anche i commenti reperibili su internet, nello specifico, NOLLKAEMPER, *Dual attribution: liability of the Netherlands for removal of individuals from the compound of Dutchbat*, reperibile sul sito internet <http://www.sharesproject.nl/dual-attribution-liability-of-the-netherlands-for-removal-of-individuals-from-the-compound-of-dutchbat/>; T. DANNENBAUM, *The Hague Court of appeal on Dutchbat at Srebrenica part 2: attribution, effective control, and the power to prevent*, reperibile sul sito internet del blog legato allo *European journal of international law*, <http://www.ejiltalk.org/the-hague-court-of-appeal-on-dutchbat-at-srebrenica-part-2-attribution-effective-control-and-the-power-to-prevent-2/>.

¹²² Come nei casi *Behrami* e *Al Jedda*.

¹²³ Come nei casi *Nuhanovic* e *Mustafic* in primo grado.

sembra indicare una sorta di “*power to prevent*”. In terzo luogo, i giudici d’appello sembrano voler derivare la responsabilità degli Stati fornitori delle truppe dalla loro autorità in materia disciplinare e repressiva nei confronti dei militari che contravvengono ad ordini delle Nazioni Unite.

Interessante partire, sul punto dell’attribuzione, dall’argomentazione delle parti. I ricorrenti, forse per evitare un uso per loro negativo della decisione della CorEDU nel caso *Behrami* e *Saramati*, chiedevano alla Corte d’appello di giudicare sulla base della legge bosniaca¹²⁴, trovando tuttavia opposizione nei giudici stessi i quali infine decretavano la necessità di fondare la decisione solo sulla base del diritto internazionale¹²⁵.

Partendo da questo presupposto, ossia il riferimento necessario al diritto internazionale, la Corte d’appello prende subito le distanze da quanto avevano determinate tanto la Corte distrettuale nello stesso caso, quanto la CorEDU in *Behrami* e *Saramati*: il criterio da utilizzare nel caso di operazioni quali UNPROFOR è il controllo effettivo e non l’ “*ultimate authority and control*”¹²⁶. In questo senso i giudici d’appello sembrano allinearsi con la dottrina prevalente¹²⁷ e i lavori della Commissione di diritto internazionale¹²⁸. Inoltre, la Corte, come già anticipato, sancisce l’applicabilità di detto

¹²⁴ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.2

¹²⁵ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.3. Precisando che anche facendo ricorso alla legge bosniaca, le eventuali lacune di quell’ordinamento sarebbero state necessariamente colmate dal diritto internazionale (§ 5.4)

¹²⁶ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, § 5.8 “In international law literature, as also in the work of the ILC, the generally accepted opinion is that if a state places troops at the disposal of the un for the execution of a peacekeeping mission, the question as to whom a specific conduct of such troops should be attributed, depends on the question which of both parties has ‘effective control’ over the relevant conduct”.

¹²⁷ Cfr. *infra*, questo capitolo

¹²⁸ Cfr. *supra*, questo capitolo

principio anche agli Stati fornitori delle truppe, non solo alle Organizzazioni internazionali¹²⁹.

Di particolare interesse quest'ultimo passaggio. *In primis* va detto che non vi sono dubbi sull'applicabilità del criterio del controllo effettivo, essendo la Corte particolarmente categorica nell'affermarlo e in questo senso nel superare il precedente di *Behrami* e *Saramati*. In secondo luogo, la Corte, nel dire che il controllo effettivo si applica tanto agli Stati quanto alle Organizzazioni internazionali, non pone alcuna presunzione su una delle due entità, ma applica il criterio ugualmente ad entrambe, confermando quanto sostenuto dalla Commissione di diritto internazionale¹³⁰.

La Corte, elaborando ancora sul punto, sembra accettare che una simile interpretazione del controllo effettivo porti con sé una necessaria implicazione: che il criterio non possa ridursi ad un semplice riferimento agli ordini dati alle truppe. In parole diverse, il controllo effettivo non è solo dettato dagli ordini che una delle due entità impartisce ai militari sul campo, bensì è un discorso più ampio ed articolato che riguarda la capacità, tanto giuridica, quanto fattuale, di prevenire un atto in violazione dei diritti umani¹³¹. La Corte fa derivare questa conseguenza dall'applicabilità del criterio del controllo effettivo simultaneamente ed egualmente ad entrambi i soggetti rilevando che, effettivamente, molti illeciti vengono commessi contrariamente ad ordini specifici.

¹²⁹ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.8. "Although strictly speaking this provision only mentions 'effective control' in relation to attribution to the 'hiring' international organization, it is assumed that the same criterion applies to the question whether the conduct of troops should be attributed to the state who places these troops at the disposal of that other international organization".

¹³⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to draft article on responsibility of international organization, Article 6*, cit., § 7. Si veda anche il rapporto dello *special rapporteur*, Prof. Giorgio Gaja. Cfr. GAJA, *Second Report*, cit., §§ 40-45.

¹³¹ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.9. "The question whether the state had 'effective control' [...] must be answered in view of the circumstances of the case. this does not only imply that significance should be given to the question whether that conduct constituted the execution of a specific instruction, issued by the un or the state, but also to the question whether, if there was no such specific instruction, the un or the state had the power to prevent the conduct concerned".

Da un punto di vista pratico, la Corte rileva come la simultanea applicabilità del controllo effettivo porta come conseguenza l'esclusiva indagine sull'attribuzione della condotta allo Stato e non anche all'Organizzazione internazionale¹³². Essendo quindi il controllo effettivo il criterio da utilizzarsi per tutti i soggetti, risulta superfluo per i giudici di seconde cure, indagare sull'attribuzione alle Nazioni Unite, bastando un'analisi sull'attribuzione all'Olanda. Parrebbe quindi irrilevante che una condotta possa anche essere attribuita ad un altro soggetto, se è comunque attribuibile allo Stato¹³³.

Nell'applicare il criterio del controllo effettivo, la Corte d'appello in primo luogo enfatizza la catena di comando delle Nazioni Unite sotto la quale il Dutchbat si trovava ad operare. Il battaglione era posto sotto una catena di comando Nazioni Unite che partiva dal Comandante delle forze, Janvier e passava attraverso i comandanti del quartier generale di UNPROFOR, Smith e Gobillard. Formalmente, e come accertato dalla Corte, i militari olandesi di UNPROFOR erano autorizzati a prendere ordini solo dalla predetta catena di comando, e non dall'Olanda¹³⁴. Stante questo scenario, la Corte d'appello rileva che a seguito della caduta di Srebrenica in mano alle truppe serbo-bosniache, si verificava una situazione definita come straordinaria dai giudici, nella quale il governo olandese diveniva in un certo senso coinvolto nel processo decisionale legato a UNPROFOR¹³⁵. Questa circostanza ha permesso ai giudici di distanziarsi dalla pronuncia nel caso *Behrami e Saramati*¹³⁶ e considerare il periodo in esame come una fase di transizione nel

¹³² Ibidem. “[t]he court adopts as a starting point that the possibility that more than one party has ‘effective control’ is generally accepted, which means that it cannot be ruled out that the application of this criterion results in the possibility of attribution to more than one party. for this reason the court will only examine if the state exercised ‘effective control’ over the alleged conduct and will not answer the question whether the un also had ‘effective control’.”

¹³³ NOLLKAEMPER, *Dual Attribution*, cit., p. 1147

¹³⁴ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.7

¹³⁵ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.10. Nello specifico, la decisione di ritirarsi sarebbe stata presa di concerto tra il governo olandese e il comando di UNPROFOR.

quale tra le altre cose la questione dei rifugiati, inclusa l'assistenza durante l'evacuazione, era tra le priorità¹³⁷.

Durante il periodo di transizione appena menzionato la Corte rileva il ruolo importante del governo olandese, provato anche dalla presenza di due alti ufficiali che hanno preso le decisioni importanti con Janvier. Inoltre, il Generale olandese Nicolai Smith, capo dello staff al quartier generale di UNPROFOR, aveva la duplice veste di funzionario ONU e rappresentante del governo olandese. Attraverso questi soggetti il governo olandese è stato in grado di dare determinati ordini alle truppe sul campo durante la transizione e concernenti l'evacuazione dei profughi¹³⁸.

A seguito di questi ragionamenti e dei riscontri di tipo fattuale, la Corte rileva che il governo olandese:

“would have had the power to prevent the alleged conduct if it had been aware of this conduct at the time. The facts do not leave room for any other conclusion than that, in case the Dutch Government would have given the instruction to Dutchbat not to allow *Nuhanovic* (as well as his father Ibro *Nuhanovic*) to leave the compound or to take him along respectively, such an instruction would have been executed”¹³⁹.

In questo senso rilevando che il governo olandese aveva il controllo effettivo sulla condotta del Dutchbat con riguardo agli illeciti contestati¹⁴⁰.

La Corte, peraltro, ribadisce come non ci sia stato alcun ordine da parte del governo olandese o del comando delle Nazioni Unite nel senso di porre in essere determinati atti lesivi dei diritti fondamentali dei ricorrenti¹⁴¹, aggiungendo quindi che il

¹³⁶ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.11

¹³⁷ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.17

¹³⁸ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.18

¹³⁹ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.18

¹⁴⁰ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.20

¹⁴¹ Corte d'appello dell'Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 6.8

criterio del controllo effettivo nel caso di specie abbia assunto la forma di una sorta di “*power to prevent*” nel senso di potere/dovere di prevenzione piuttosto che di un controllo diretto sulla condotta¹⁴².

Nel commentario all’articolo 7 dei DARIO non è possibile rinvenire alcun riferimento alla configurabilità di un obbligo di prevenire una condotta come criterio per attribuire quella condotta ad un determinato soggetto¹⁴³. Detto ciò, il fatto che non vi sia una tale specificazione non significa che essa sia remota¹⁴⁴.

La posizione poco sopra spiegata apre effettivamente le porte ad un nuovo e interessante scenario in quanto gli Stati, in un’operazione di peacekeeping, sono quasi sempre nella posizione di prevenire una determinata condotta. Si pensi alla possibilità per i comandanti dei contingenti nazionali di inviare ordini ai loro soldati al fine di prevenire una determinata condotta¹⁴⁵. Di fatto, una simile impostazione renderebbe quasi sempre attribuibile sia all’Organizzazione che agli Stati una determinata condotta in quanto la prevenzione della stessa sarebbe pressoché sempre possibile per entrambi i soggetti¹⁴⁶.

b) *Al Jeddah dinanzi alla CorEDU*

¹⁴² Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 6.20

¹⁴³ NOLLKAEMPER, *Dual Attribution*, cit., p. 1147

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ Cfr. *supra*, questo capitolo.

¹⁴⁶ In questo senso, invero, già autorevole dottrina si era espressa. L. CONDORELLI, *Le statut des forces de l’onu et le droit international humanitaire*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 881; CONDORELLI, *Le statut des forces des nations unies et le droit international humanitaire*, in C. EMMANUELLI (ed.), *Les Casques Bleus: policiers ou combattants?*, Montreal, 1997, p. 87. Contra, NOLLKAEMPER, *Dual attribution*, cit., p. 1148. L’autore rileva la carenza di prassi sul punto: “While there is much to say for this position from a theoretical and a normative perspective, there is little practice that supports this broad construction. equally, the comments by states and international organizations to the DARIO do not offer much support for this construction”. Invero, come visto sopra, la prassi depone per un controllo degli stati molto presente nell’ambito delle operazioni di peacekeeping. Cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo x.

Quasi contemporaneamente alla sentenza della Corte d'appello dell'Aia nei casi *Nuhanovic* e *Mustafic* la Corte europea dei diritti umani emanava la sentenza nel caso *Al Jedda*¹⁴⁷ che segna un punto di svolta rispetto alla giurisprudenza precedente e può portare ad alcune riflessioni sulla possibilità di una duplice attribuzione di una condotta tanto alle organizzazioni internazionali, quanto agli Stati, nel caso di specie al Regno Unito.

La Corte di Strasburgo ha analizzato il caso a seguito di un ricorso proposto da *Al Jedda*, individuo detenuto dalle forze armate del Regno Unito durante l'occupazione militare irachena del 2003. *Al Jedda* veniva detenuto non sulla base di un obbligo derivante dal diritto dell'occupazione bellica e neanche per motivi di custodia cautelare, bensì, sulla base della risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1546 del 2004 che avrebbe autorizzato in tal senso le forze occupanti¹⁴⁸.

Il ricorrente lamentava il fatto che la detenzione preventiva da egli patita fosse contraria all'articolo 5 della ConvEDU, da ritenersi applicabile in quanto lo stesso ricorrente affermava di essere in quello specifico momento sotto la giurisdizione del Regno Unito, Stato al quale andava ascritta la condotta¹⁴⁹. Di converso lo Stato resistente contestava in primis la giurisdizione della Corte, andando infatti la condotta ascritta alle Nazioni Unite stante l'autorizzazione di cui alla risoluzione n. 1546, e in secondo luogo

¹⁴⁷ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda* c. Regno Unito, 27021/08, sentenza del 7 luglio 2011. Per i primi commenti in dottrina si vedano R. NIGRO, *I casi Al Skeini e Al Jedda dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, In *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 616 ss.; MILANOVIC, *Al Jedda And Al Skeini In Strasbourg*, di prossima pubblicazione in *European journal of international law*, reperibile sul sito internet <http://ssrn.com/abstract=1917395>

¹⁴⁸ La risoluzione 1546 del 2004, adottata dal Consiglio di sicurezza ex Capitolo VII della Carta la quale prevedeva che “*the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed to this resolution expressing, inter alia, the iraqi request for the continued presence of the multinational force and setting out its tasks, including by preventing and deterring terrorism*”. Le lettere alle quali veniva fatto riferimento nella risoluzione erano quelle scambiate tra il primo ministro ad interim dell'Iraq e l'allora Segretario di Stato degli Stati Uniti Colin Powell, nelle quali veniva specificato che le misure da adottare contro il terrorismo “*will include combat operations against members of [insurgent] groups, internment where this is necessary for imperative reasons of security, and the continued search for and securing of weapons that threaten Iraq's security*”. si veda UNSC Res. 1546 (2004), § 10.

¹⁴⁹ Si veda Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda* c. Regno Unito, cit., §§ 60 ss.

affermando la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite sugli obblighi contratti attraverso la ConvEDU¹⁵⁰.

La sentenza nel caso *Al Jedda* si colloca, quindi, nel solco tracciato dalla sentenza nel caso *Saramati*, del quale si è già discusso. I fatti dei due ricorsi, infatti, presentano molte similitudini riguardando entrambi casi di detenzioni preventive da parte di forze internazionali.

Invero, la CorEDU nell'affrontare la questione dell'attribuzione ha distinto lo scenario fattuale nel caso *Al Jedda* da quello nel caso *Saramati*¹⁵¹, sottolineando che nel caso di specie la presenza delle truppe americane ed inglesi in Iraq è stata soltanto riconosciuta dalle Nazioni Unite, in primis con la risoluzione 1483¹⁵². Inoltre, la Corte ricorda che la risoluzione 1511, la quale conteneva un'autorizzazione ex capitolo VII a che la forza multinazionale prendesse tutte le misure necessarie al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale in Iraq, nulla implicava con riguardo ad un eventuale controllo da parte delle Nazioni Unite¹⁵³, di certo non riconducibile al dovere degli Stati occupanti di presentare costanti rapporti al Consiglio di Sicurezza¹⁵⁴. La Corte, poi, anche con riguardo alle risoluzioni 1546 del giugno del 2004 ha adottato lo stesso approccio,

¹⁵⁰ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., §§ 70 ss.

¹⁵¹ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., § 80: "The court does not consider that, as a result of the authorisation contained in resolution 1511, the acts of soldiers within the multi-national force became attributable to the United Nations or – more importantly – ceased to be attributed to the troop-contributing nations".

¹⁵² *Ibidem*. "The multi-national force had been present in Iraq since the invasion and had been recognised already in resolution 1483, which welcomed the willingness of member states to contribute personnel".

¹⁵³ *Ibidem*. "The unified command structure over the force, established from the start of the invasion by the United States and United Kingdom, was not changed as a result of resolution 1511. Moreover, the United States and the United Kingdom, through the Coalition Provisional Authority which they had established at the start of the occupation, continued to exercise the powers of government in Iraq".

¹⁵⁴ *Ibidem*. "Although the United States was requested to report periodically to the Security Council about the activities of the multi-national force, the United Nations did not, thereby, assume any degree of control over either the force or any other of the executive functions of the coalition provisional authority".

sostenendo come neanche questa risoluzione fosse tale da far assumere alle Nazioni Unite un qualsiasi grado di controllo sull'operazione che le forze della coalizione stavano portando avanti già da prima¹⁵⁵. Anche la presenza di un rappresentante delle Nazioni Unite, la missione UNAMI non è stata ritenuta capace di imputare all'organizzazione una qualsiasi forma di controllo¹⁵⁶.

Stante, quindi, i rilievi fattuali sopra esposti, la Corte opera un'importante apertura alla multipla attribuzione delle condotte e quindi alla presenza di obblighi internazionali gravanti tanto sulle organizzazioni internazionali quanto sugli Stati che forniscono le truppe¹⁵⁷.

Rimangono tuttavia dei dubbi sulla portata che potrà avere questa sentenza in relazione allo "scomodo" precedente dei casi *Behrami* e *Saramati*. Effettivamente la Corte non prende le distanze da quella sentenza e, soprattutto, non sembra comprensibile quale criterio sia stato utilizzato, se quello da essa stessa enunciato, l'ultimate authority

¹⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., § 81. "There is no indication in resolution 1546 that the Security Council intended to assume any greater degree of control or command over the multi-national force that it had exercised previously".

¹⁵⁶ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., § 82. "It is difficult to conceive that the applicant's detention was attributable to the United Nations and not to The United Kingdom when the United Nations organs, operating under the mandate of resolution 1546, did not appear to approve the practice of indefinite internment without trial and, in the case of UNAMI, entered into correspondence with the united state embassy in an attempt to persuade the multi-national force under american command to modify the internment procedure".

¹⁵⁷ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., § 84. "It would appear from the opinion of Lord Bingham in the first set of proceedings brought by the applicant that it was common ground between the parties before the House of Lords that the test to be applied in order to establish attribution was that set out by the International Law Commission, in article 5 of its draft articles on the responsibility of international organisations and in its commentary thereon, namely that the conduct of an organ of a state placed at the disposal of an international organisation should be attributable under international law to that organisation if the organisation exercises effective control over that conduct (see paragraphs 18 and 56 above). for the reasons set out above, the court considers that the united nations security council had neither effective control nor ultimate authority and control over the acts and omissions of troops within the multi-national force and that the applicant's detention was not, therefore, attributable to the United Nations".

and control, oppure quello consacrato dalla Commissione di diritto internazionale e favorito dalla dottrina, l'effective control¹⁵⁸.

Ferma restando la critica sulla mancanza di coraggio da parte della CorEDU è possibile comunque notare il passo in avanti della stessa nel considerare la possibilità della *dual attribution* e consacrando l'esistenza di obbligazioni a carico degli Stati quando questi mettono a disposizione delle truppe in operazioni autorizzate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

7. Le teorie sviluppate in dottrina in merito all'attribuzione delle condotte

La dottrina ha esplorato la materia dell'attribuzione con ampiezza, soprattutto in relazione alle recenti sentenze in materia¹⁵⁹.

Una parte della dottrina ha evidenziato come in generale la condotta dei *peacekeepers* debba ascrivarsi esclusivamente alle organizzazioni internazionali, almeno durante il periodo in cui le truppe siano a disposizione di queste ad eccezione dei casi in cui uno Stato assuma il controllo dando un ordine esplicitamente contrario a quello di cui

¹⁵⁸ MILANOVIC, *Al Jedda and Al Skeini*, cit., p. 30

¹⁵⁹ Si vedano in generale I. BROWNLIE, *The responsibility of states for the acts of international organizations*, in M. RAGAZZI (ed.), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Leida-Boston, 2005, p. 350 ss.; M. HIRSCH, *The responsibility of international organisations towards third parties*, New York, 1966; C. LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, in *Melbourne journal of international law*, 2009, pp. 346-364; T. DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control into a system of effective accountability: how liability should be apportioned for violations of human rights by member state troop contingents serving as United Nations peacekeepers*, in *Harvard international law journal*, 2010, pp. 113-192; A. REINISCH, *Aid or assistance and direction and control between states and international organizations in the commission of internationally wrongful acts*, in *International and community law review*, 2010, pp. 63-77; C. DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 903 ss.; A. LUDER, *Responsibility of states and international organizations in respect to united nations peacekeeping missions*, in *International peacekeeping*, 2008, p. 83 ss.; J. D'ASPREMONT, *Abuse of the legal personality of international organizations and the responsibility of member states*, in *International organizations law review*, 2007, p. 91 ss. Nello specifico come commento alle ultime sentenze si rimanda agli autori ed alle opere citate *supra*, questo capitolo, paragrafo x, nota x.

alla catena di comando dell'organizzazione¹⁶⁰. Questa impostazione è fatta derivare da quella parte di dottrina che inquadra le operazioni militari di questa natura all'interno di un modello che vede le Nazioni Unite come unico soggetto a cui attribuire le condotte poste in essere nell'ambito di operazioni militari autorizzate dal Consiglio di Sicurezza ex Capitolo VII¹⁶¹.

Parte della dottrina, invece, ritiene, in linea con lo *special rapporteur* della Commissione di diritto internazionale, che gli Stati fornitori delle truppe possano detenere una qualche forma di controllo sulla base dei loro poteri disciplinari e sanzionatori¹⁶². In questo senso, i contingenti nazionali ricoprirebbero un duplice ruolo: da un lato sarebbero organi dell'organizzazione internazionale nell'ambito della quale operano¹⁶³, dall'altro manterrebbero un collegamento con lo Stato di invio, in quanto ancora organi di questo¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Si vedano ZWANENBURG, *Accountability of peace support operations*, cit., p. 129; HIRSCH, *The responsibility of international organizations towards third parties*, cit., pp. 66-67

¹⁶¹ D. SAROOSHI, *The United Nations and the development of collective security: the delegation by the UN Security Council of its Chapter VII powers*, Oxford, 1999, pp. 163-166. *Contra* sullo specifico punto della delega di poteri da parte del consiglio di sicurezza si veda I. BROWNLIE, *The responsibility of states for the acts of international organizations*, cit., p. 355. In generale, sul fatto che le Nazioni Unite sarebbero responsabili solo per la delega di poteri e non anche per le condotte dei soggetti di delegati si veda J.A. FROWEIN-N. KRISCH, *Introduction to Chapter VII*, in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations*, cit., p. 722. Quanto appena detto varrebbe anche per la delega alle organizzazioni regionali, cfr. G. RESS-J. BROHMER, *Article 53*, in SIMMA (ed.), *ibidem*, cit., p. 934. La soluzione che vede la responsabilità delle Nazioni Unite a seguito di una delega da parte del Consiglio di sicurezza ex Cap. VII è stata adottata dalla Corte europea dei diritti umani nei casi *Behrami*, *Behrami e Saramati* e sul punto è stata critica da H. KRIEGER, *A credibility gap*, cit., p. 166; P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate*, cit., p. 690; M. MILANOVIC-T. PAPIĆ, *As bad as it gets*, cit., p. 291.

¹⁶² SARI, *Jurisdiction and state responsibility*, cit., p. 150; LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., pp. 509 e 517.

¹⁶³ Cfr. *supra*, capitolo i, paragrafo X. quanto appena detto deriva dall'articolo V (7) del Model agreement between the United Nations and member states contributing personnel and equipment to United Nations peacekeeping operations. Report of the Secretary General, 23 maggio 1991, Un Doc. A/46/185

¹⁶⁴ DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite*, cit., pp. 927-932

Altri ancora suggeriscono la possibilità di una multipla attribuzione, come appunto prefigurato anche dalla Commissione di diritto internazionale¹⁶⁵. A tal riguardo è stato fatto notare come molto spesso venga ignorato il coinvolgimento degli Stati fornitori nei processi decisionali con riguardo alle operazioni militari, nell'ambito dei quali, invece, gli stessi Stati rivestirebbero un ruolo di assoluta rilevanza¹⁶⁶. A questo riguardo, non manca chi fa notare come la stessa pronuncia della Corte europea dei diritti umani nel caso *Saramati*, per quel che concerne l'attribuzione delle condotte dei militari impegnati nell'operazione KFOR, abbia in un certo senso prefigurato questa possibilità¹⁶⁷, sollevata, peraltro, dagli stessi ricorrenti¹⁶⁸.

Per quel che concerne il criterio da adottarsi per decidere quando una condotta debba attribuirsi allo Stato piuttosto che all'organizzazione internazionale, vi è unanimità di vedute nel ritenere che, nel caso delle operazioni militari del tipo che si sta analizzando la questione dell'attribuzione debba essere regolata dall'articolo 7 del progetto di articoli, data la natura delle operazioni¹⁶⁹. La norma, che, come visto¹⁷⁰, utilizza il criterio del

¹⁶⁵ LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 360; BELL, *Re-assessing multiple attribution*, cit., p. 352. Si vedano anche CONDORELLI, *Le statut des forces de l'Onu et le droit international humanitaire*, loc. ult. cit.

¹⁶⁶ LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, loc. ult. cit. L'autore nota come il coinvolgimento degli stati fornitori delle truppe nelle operazioni militari sia molto forte, potendo essi influire in una certa maniera sulla catena di comando e sulla definizione di alcuni aspetti, quali ad esempio la definizione delle regole d'ingaggio. si veda quanto rilevato sopra a proposito della prassi delle Nazioni Unite. Cfr. *supra* questo capitolo, paragrafo 3.

¹⁶⁷ LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 361

¹⁶⁸ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, cit., *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, cit., 138. "The Court considers it essential to recall at this point that the necessary (see paragraph 24 above) donation of troops by willing TCNs means that, in practice, those TCNs retain some authority over those troops (for reasons, inter alia, of safety, discipline and accountability) and certain obligations in their regard (material provision including uniforms and equipment). NATO's command of operational matters was not therefore intended to be exclusive, but the essential question was whether, despite such TCN involvement, it was "effective"

controllo effettivo, si applicherebbe in queste situazioni in quanto gli Stati mantengono sempre un certo grado di controllo sulle truppe messe a disposizione delle Organizzazioni internazionali, anche fosse solo con riguardo alle questioni disciplinari, come già enunciato dalla Commissione di diritto internazionale¹⁷¹.

Per quanto riguarda la specifica situazione delle operazioni militari, la dottrina ha nel corso degli anni elaborato il c.d. criterio dell'*operational control*¹⁷². Rilevano le posizioni espresse da chi ritiene che nell'ambito delle operazioni militari sotto l'egida delle Nazioni Unite le condotte vadano attribuite a questa organizzazione quando le condotte siano poste in essere nell'esercizio delle funzioni delle Nazioni Unite e "*under its real and exclusive operational control*"¹⁷³. Un simile criterio, sempre secondo dottrina, andrebbe interpretato in termini quantitativi, misurando "[t]he amount of operational control or authority which is exercised over the U.N. force".¹⁷⁴ Vi è poi chi specifica meglio questo concetto ritenendo che "*[t]he question of who makes the political, strategic, and operational decisions that together comprise the right to command and control United Nations forces is central to determining who is responsible for actions taken by U.N. soldiers*"¹⁷⁵.

A seguito dei lavori della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, la dottrina ha poi avallato il ricorso al

¹⁶⁹ LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 362

¹⁷⁰ Cfr. *supra*, questo capitolo

¹⁷¹ MILANOVIC-PAPIC, *As bad as it gets*, cit., p. 282

¹⁷² LARSEN, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 513

¹⁷³ Cfr. AMRALLAH, *The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces*, In *Revue égyptienne de droit international*, 1976, p. 66

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ C. PECK, *The U.N. and the laws of war: how can the world's peacekeepers be held accountable*, in *Siracuse journal of international law*, 1995, P. 293

criterio del controllo effettivo nella determinazione del soggetto a cui attribuire le condotte nell'ambito di un'operazione militare, in questo senso criticando l'impostazione della Corte europea dei diritti umani nei casi *Behrami* e *Saramati*, adducendo come il criterio dell' "ultimate authority and control", enunciato dalla Corte europea, non fosse il più adatto¹⁷⁶.

Il criterio dell'ultimate authority and control potrebbe essere ancorato, nel diritto internazionale, al criterio dell'overall control, utilizzato dal Tribunale penale per l'ex Jugoslavia nel caso *Tadic*¹⁷⁷ per attribuire determinate condotte penalmente rilevanti ad una delle parti in conflitto. Sostiene che il criterio dell'overall control possa essere utilizzato, più in generale, nella materia della responsabilità internazionale, il compianto Prof. A. Cassese¹⁷⁸ e una minoranza di autori¹⁷⁹.

Invero, vi è chi solleva dubbi anche sull'utilità del criterio del controllo effettivo, inteso come controllo fattuale, nel contesto delle operazioni militari nelle quali gli Stati e le organizzazioni internazionali esercitano entrambi una forma di controllo¹⁸⁰. Questa

¹⁷⁶ Sul punto, è riscontrabile una pressoché totale unanimità di vedute. Cfr. LARSEN, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 518; MILANOVIC-PAPIC, *As bad as it gets*, cit., p. 282; BREITEGGER, *Sacrificing the effectiveness*, cit., p. 180; KRIEGER, *A credibility gap*, cit., p. 166.

¹⁷⁷ Cfr. ICTY, *Prosecutor c. Tadic*, It-94-1-A, Judgment, 15 luglio 1999, § 120

¹⁷⁸ A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia*, in *European journal of international law*, 2007, p. 649. "Under the overall control standard, responsibility will be borne by the particular international subject (state or organization) which was exercising a global control over the relevant members of military contingent. this, it would seem, is precisely the approach recently taken by the European Court of Human Rights in *Behrami* and *Behrami v. France* and *Saramati v. France, Germany and Norway*".

¹⁷⁹ M. SASSOLI, *State responsibility for violations of international humanitarian law*, in *International review of the Red Cross*, 2004, p. 408. *Contra*, LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., p. 515.

¹⁸⁰ LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., p. 518. L'autore nota come vi siano dubbi sulla stessa natura consuetudinaria dell'articolo 7 dei DARIO, essendo possibile un'analisi solo sulla prassi esistente con riguardo alle forze di peacekeeping, non esistendo prassi ulteriore. *Contra*, il secondo rapporto dello *special rapporteur*, Prof. Giorgio Gaja, a parere

visione è supportata da chi ritiene che il coinvolgimento degli Stati fornitori nei processi decisionali renda nella pratica difficile utilizzare il criterio del controllo effettivo e soprattutto dimostri quanto in realtà le Nazioni Unite esercitino un grado di controllo minore rispetto a quello degli Stati¹⁸¹.

Ulteriori incertezze vengono rilevate con riguardo all'adattabilità del criterio del controllo effettivo nei casi di violazioni dei diritti umani¹⁸². Queste incertezze derivano dall'articolo 55 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati che esclude l'applicabilità di quelle norme nei casi in cui la responsabilità degli Stati sia regolata da leggi speciali, come nel caso dei diritti umani¹⁸³.

A questo riguardo la dottrina si è posta l'interrogativo sulla possibilità o meno di utilizzare gli standard di attribuzione tipici degli organi di supervisione degli obblighi in materia di diritti umani per determinare a quale soggetto attribuire la condotta in un'operazione militare del tipo in analisi¹⁸⁴. Nella dottrina sono da evidenziarsi due posizioni distinte sul punto. In primo luogo vi è chi ritiene che le regole sull'attribuzione delle condotte di cui al lavoro di codificazione della Commissione di diritto internazionale vadano escluse dall'ambito di applicazione della protezione dei diritti umani, essendo quest'ultimo un ambito indipendente¹⁸⁵. D'altro canto, vi è chi ritiene che

del quale, nei commenti inviati dagli stati e dalle organizzazioni internazionali, non vi sarebbe alcuna critica alla norma in questione. Cfr. GAJA, *Second Report*, cit., § 7.

¹⁸¹ LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 365

¹⁸² LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., pp. 517-518

¹⁸³ ASR, cit., article 55. "These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a state are governed by special rules of international law".

¹⁸⁴ LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., p. 518

gli articoli sulla responsabilità degli Stati possano servire come strumento interpretativo laddove le norme poste a tutela dei diritti umani si rivelino carenti¹⁸⁶.

A prescindere dal ruolo delle regole sulla responsabilità internazionale nell'ambito della tutela dei diritti umani¹⁸⁷, occorre notare come effettivamente le norme secondarie legate a quest'ultimo ambito possano offrire una specificazione del criterio del controllo effettivo utile anche con riguardo allo scenario delle operazioni militari in esame¹⁸⁸. Sembra pertinente il caso degli obblighi positivi in materia di diritti umani, dottrina sviluppatasi in seno tanto alla Corte europea dei diritti umani¹⁸⁹ quanto in seno alla Corte inter-americana dei diritti umani¹⁹⁰. A questo proposito sembra rilevante mettere in evidenza come l'attitudine di queste Corti sia quella di attribuire violazioni dei diritti umani commesse da privati cittadini agli Stati quando questi abbiano tollerato le condotte dei primi o comunque non abbiano preso misure sufficienti al fine di prevenirle¹⁹¹.

¹⁸⁵ A. CLAPHAM, *Human rights obligations of non-state actors*, cit., p. 318

¹⁸⁶ B. SIMMA-D. PULKOWSKI, *Of planets and the universe: self-contained regimes in international law*, in *European journal of international law*, 2006, p. 485; SIMMA, *Human rights and state responsibility*, in A. REINISCH-U. KRIEBAUM (ed.), *The law of international relations*, Oxford, 2007, p. 365

¹⁸⁷ Vi è comunque chi ritiene che, nello specifico caso della responsabilità degli stati per violazioni dei diritti umani commesse nell'ambito di operazioni militari ex capitolo VII della carta delle Nazioni Unite, gli organi posti a sorveglianza delle norme sui diritti umani debbano applicare il diritto internazionale pubblico e le regole sulla responsabilità degli stati. Cfr. SARI, *Jurisdiction and state responsibility*, cit., p. 169.

¹⁸⁸ LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., p. 319

¹⁸⁹ Cfr. A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano 2007, pp. 53 ss.; F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli stati in materia penale*, Milano, 2003, Pp. 25-34; F. SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence des droits de l'homme*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363 ss.

¹⁹⁰ J. PASQUALUCCI, *The practice and procedure of the inter american court of human rights*, Cambridge 2003, pp. 219-227.

¹⁹¹ Si veda ad esempio il celebre caso *velasquez rodriguez* dinanzi alla corte inter-americana, nel quale la corte ha ritenuto di dover attribuire la condotta all'honduras sulla scorta di questo ragionamento: "an illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a state (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the state, not because of the act itself, but because of the lack of

La dottrina degli obblighi positivi può essere utile come base per l'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni militari quando, nella realtà sul campo, il comando nazionale dei contingenti a disposizione delle organizzazioni internazionali sia in grado di prendere delle decisioni per prevenire una determinata condotta¹⁹². Come già notato, questo è possibile stante l'effettivo coinvolgimento degli Stati fornitori nella determinazione di molti aspetti legati allo svolgersi delle operazioni militari¹⁹³. In ogni caso, anche non volendo fondare una simile conclusione sul coinvolgimento degli Stati fornitori nei processi decisionali, potrebbe essere sufficiente considerare i poteri di questi soggetti nel sanzionare eventuali violazioni commesse dai loro militari all'estero¹⁹⁴, come peraltro già sottolineato dalla Commissione di diritto internazionale.

Sul punto, è interessante una recente opinione in dottrina che interpreterebbe il concetto di controllo effettivo alla luce di una combinazione di elementi giuridici e fattuali e che si colloca sul filone interpretativo sugli obblighi positivi appena menzionato¹⁹⁵. A tal proposito, eserciterebbe controllo effettivo su di una determinata condotta nell'ambito di un'operazione militare il soggetto meglio posizionato per prevenirla¹⁹⁶. Il "miglior posizionamento" di un soggetto andrebbe valutato alla luce tanto

due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the convention". Si veda Corte Inter-Americana dei Diritti Umani, Velasquez-Rodriguez c. Honduras, Judgment, (Ser. C) No. 4, 29 luglio 1998, § 172

¹⁹² LARSEN, *Attribution of conduct in peace operations: the "ultimate authority and control" test*, cit., p. 520

¹⁹³ LECK, *International responsibility in United Nations peacekeeping operations: command and control arrangements and the attribution of conduct*, cit., p. 370.

¹⁹⁴ In questo senso anche un rapporto preparato dalla *International Law Association: "Responsibility of an io does not preclude any separate or concurrent responsibility of a state or of another io which participated in the performance of the wrongful act or which has failed to comply with its own obligations concerning the prevention of that wrongful act"*. Cfr. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final conference report*, Berlino, 2004, p. 28.

¹⁹⁵ DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., pp. 113-192

¹⁹⁶ DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., p. 157. "Defined succinctly, "effective control," for the purposes of apportioning liability in situations of the kind addressed by draft

degli obblighi giuridici che gravano su di esso, quanto alla luce delle circostanze fattuali relative al caso di specie¹⁹⁷.

8. *Segue. Prospettive de lege ferenda e implicazioni sulla portata degli obblighi in materia di diritto umanitario e dei diritti umani*

L'approccio teorico da ultimo citato è stato, come visto, avvalorato dalla prassi giurisprudenziale nel caso *Nuhanovic* dinanzi alla Corte d'appello dell'Aia che, non solo ha aperto la strada alla c.d. *dual attribution*, ma ha anche confermato che gli obblighi in materia di formazione e disciplina delle truppe inviate nell'ambito delle operazioni militari sotto il formale comando di organizzazioni internazionali possono effettivamente essere una solida base per l'attribuzione delle condotte¹⁹⁸.

Non manca, occorre notare, chi ritiene che la recente sentenza della Corte d'appello dell'Aia vada interpretata con tutte le cautele possibili, essendo quello uno scenario fondato su elementi fattuali peculiari¹⁹⁹. Invero, le cautele sono giustificate dall'approccio più restrittivo utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel già esaminato caso *Al Jedda*²⁰⁰.

article 5, is held by the entity that is best positioned to act effectively and within the law to prevent the abuse in question”.

¹⁹⁷ Si rinvia a DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., pp. 158-192

¹⁹⁸ In questo senso riprendendo un'opinione dottrinale già citata, quella Del Prof. Condorelli e il pensiero dello *special rapporteur* sulla responsabilità delle oi, Prof. Giorgio Gaja: “however, attribution of conduct of national contingents should also take into account the fact that the respective state retains control over disciplinary matters and has exclusive jurisdiction in criminal affairs.this is generally specified in the agreements that the united nations concludes with the contributing states. thus the national contingent is not fully placed at the disposal of the united nations and this may have consequences with regard to attribution of conduct”, in GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, cit., § 38.

¹⁹⁹ A. NOLLKAEMPER, *Dual attribution*, cit., pp. 165-166. L'autore rileva addirittura come l'operazione UNPROFOR, di cui era causa, fosse conclusa e che quindi la valutazione della Corte d'appello fosse essenzialmente circoscritta a quel momento di passaggio di consegne.

²⁰⁰ Si veda *supra*, questo capitolo

Le due decisioni nei casi *Nuhanovic* ed *Al Jedda* aprono interessanti scenari con riguardo ai soggetti ai quali si applicano gli obblighi in materia di diritti umani nell'ambito di operazioni militari. Tra le due sentenze sicuramente quelle più avanguardista sembra essere la sentenza *Nuhanovic*.

Rispetto alla sentenza *Al Jedda*, infatti, la pronuncia nel caso *Nuhanovic* è più netta nel ritenere il criterio del controllo effettivo come la regola di attribuzione applicabile nel caso di operazioni militari. In *Al Jedda* la CorEDU è effettivamente più vaga nell'indicare quale criterio sia da applicarsi, lasciando di fatto vivere il criterio dell' "ultimate authority and control" di cui al caso *Behrami e Saramati*²⁰¹.

Ancora, il caso *Nuhanovic* è importante in quanto afferma con una pronuncia giurisprudenziale il principio della "dual attribution", già sancito dalla Commissione di diritto internazionale e dal suo relatore speciale, il Prof. Giorgio Gaja e lo afferma con conseguenze importanti: il criterio del controllo effettivo si applica sia all'Organizzazione internazionale sia allo Stato, senza alcuna presunzione di attribuzione all'uno o all'altro soggetto. Ne deriva che l'attribuzione di una condotta è essenzialmente un'operazione "positiva" e non "negativa" *ad excludendum*: un obbligo sarà attribuibile allo Stato se questi eserciterà il controllo sulla condotta, non se l'Organizzazione internazionale non eserciterà tale controllo. In questo senso la decisione della Corte d'appello pare allinearsi a una recente dottrina²⁰².

Ancora, un'altra conclusione interessante riguarda il cosiddetto "power to prevent", ossia il potere/dovere giuridico in capo ad un soggetto di prevenire una determinate condotta. Un simile potere sarebbe tale da far ritenere che il soggetto titolare sia anche il soggetto al quale la condotta viene attribuita. Questa asserzione è molto simile ad una posizione espressa in una già citata dottrina, ossia che il soggetto al quale si

²⁰¹ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., § 84.

²⁰² DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., p. 141

attribuisce la condotta è quel soggetto “*best positioned to act effectively and within the law to prevent the abuse in question*”²⁰³.

A parere, condivisibile, dei primi commentatori della sentenza, la Corte avrebbe invero potuto adottare un approccio più semplice, applicando il controllo effettivo in maniera più secca ed esplicita. La Corte, infatti, nota come l’ordine del generale *Gobillard* dell’11 luglio 1995 fosse effettivamente nel senso di garantire la massima tutela possibile ai rifugiati e ai civili sotto le cure del *Dutchbat*²⁰⁴. Ne consegue come le truppe olandesi abbiano disatteso un simile ordine che, in quel momento era diventato il comando a cui tutti i militari dovevano obbedire²⁰⁵.

In una recente dottrina una simile situazione fattuale è stata presa a modello per trarre alcune conclusioni sul punto dell’attribuzione. In casi del genere, infatti, laddove vi sia una chiara disobbedienza agli ordini scaturiti nell’ambito della catena di comando delle Nazioni Unite, la condotta illecita sarebbe da attribuirsi agli Stati fornitori delle truppe²⁰⁶. La *ratio* sottesa ad una simile presa di posizione sarebbe da individuarsi nei poteri disciplinari e di repressione penale che gli Stati comunque mantengono nei confronti delle truppe che mettono a disposizione dell’Organizzazione²⁰⁷. Dal momento che la prevenzione di condotte illecite passa essenzialmente dall’addestramento e anche

²⁰³ DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., p. 157.

²⁰⁴ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 2.12 “[T]ake all reasonable measures to protect refugees and civilians in your care.”

²⁰⁵ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic*, cit., § 6.8

²⁰⁶ DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., p. 160. “By disobeying [the U.N. commander’s] direct orders, peacekeepers undermine the bases for effective U.N. control. The acts fall beyond the reach of that control precisely because by their very nature they deny the efficacy of that control.”

²⁰⁷ DANNENBAUM, *Translating the standard of effective control*, cit., p. 164. Ma, come visto, anche la Commissione di diritto internazionale conferma questa impostazione.

dalla selezione delle truppe, attività degli Stati, questi compiti sono espressione di un controllo effettivo da parte degli Stati sui loro contingenti²⁰⁸.

In questo senso la Corte avrebbe effettivamente potuto applicare il criterio del controllo effettivo senza alcuna necessità di verificare il coinvolgimento del governo olandese nei processi decisionali di quella fase transitoria. Tuttavia, la Corte riconosce questo approccio più semplice quando afferma che:

When applying the ‘effective control’ criterion it is important to establish that it is not disputed that the state that provides the troops keeps control over the personnel matters of the assigned soldiers, who are and will remain employed by the state, as well as the power to take disciplinary action and start criminal proceedings against these soldiers.²⁰⁹

Nel concreto la Corte rileva quindi che:

[I]t is important [to the issue of attribution] that ... the alleged conduct was contrary to the instruction given by General Gobillard to protect the refugees as much as possible, and that the State held it in its power to take disciplinary actions against that conduct²¹⁰.

La posizione della Corte è quindi quella di ritenere che, nel caso di condotte illecite, il criterio del controllo effettivo deve applicarsi tenendo conto della disciplina e dell’obbedienza delle truppe, elementi che possono avere un impatto sulla condotta. Essendo queste di esclusiva competenza degli Stati, sono questi ultimi ad essere responsabili delle condotte che sempre ad essi vanno attribuite.

Questo risultato sembra essere effettivamente in grado di portare qualche novità nel dibattito sul controllo effettivo e sull’attribuzione delle condotte nell’ambito delle operazioni militari condotte dalle organizzazioni internazionali.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic*, cit., § 5.10

²¹⁰ Corte d’appello dell’Aja, *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., § 5.18

SEZIONE SECONDA

L'operatività dell'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite nel contesto delle operazioni militari istituite dalle Organizzazioni internazionali

SOMMARIO: 1. L'Articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite. – 2. Il contrasto tra obblighi derivanti dalla Carta e diritto umanitario e diritti umani nella dottrina. – 3. Il contrasto tra obblighi derivanti dalla Carta e diritto umanitario e diritti umani nella prassi giurisprudenziale. – 4. *Segue*. I casi *Behrami*, *Behrami* e *Saramati* dinanzi alla CorEDU, *Al Jedda* dinanzi alla Camera dei *Lords*, *Sayadi* dinanzi al Comitato dei diritti umani. – 5. *Segue*. I casi *Kadi* dinanzi agli organi giudiziari dell'Unione europea. – 6. *Segue*. L'interpretazione evolutiva più recente, il caso *Al Jedda* dinanzi alla CorEDU. – 7. Prospettive de *lege ferenda*.

1. L'articolo 103 della Carta delle Nazioni unite

L'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite²¹¹ è storicamente stato ostativo alla piena garanzia dei diritti dell'uomo in operazioni militari autorizzate dalle Nazioni Unite, anche se istituite da altre Organizzazioni internazionali.

La disposizione in esame, infatti, dispone che in caso di conflitto tra un obbligo derivante dalla Carta delle Nazioni Unite e un obbligo derivante da norme pattizie di diritto internazionale, la prima categoria di obblighi debba prevalere²¹².

La portata dell'art. 103 rimane dubbia ed equivoca²¹³, in quanto il Consiglio di Sicurezza ha raramente richiamato l'art. 103 della Carta nelle sue risoluzioni²¹⁴,

²¹¹ *The Charter of the United Nations*, 33 UNTS 993, San Francisco, 26 giugno 1945, Article 103. "In the event of a conflict between the obligations of the members of the United Nations under the present charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail".

²¹² Sul punto si veda B. FASSBENDER, *The United Nations as constitution of the international community*, in *Columbia journal of transnational law*, 1998, pp. 529-577. Per un'opinione contraria, nel senso di mettere in dubbio il valore gerarchico dell'art. 103 della Carta si veda H.H. WEILER-A.PAULUS, *The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law?*, in *European journal of international law*, 1997, pp. 545, 557-559.

²¹³ In generale sull'interpretazione dell'articolo 103 si vedano sull'articolo 103 in generale si veda, R. BERNHARDT, *Article 103*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, cit., pp.

preferendo un generico riferimento all'obbligo degli Stati di rispettare le risoluzioni “*notwithstanding the existence of any rights or obligations conferred or imposed by any international agreements*”²¹⁵.

Occorre premettere che ai fini dell'applicabilità dell'articolo 103 è necessario che ci sia un conflitto tra, da un lato, un obbligo discendente dalla Carta delle Nazioni Unite e, dall'altro lato, una qualsiasi altra regola di diritto internazionale²¹⁶.

Si rende, quindi, necessario analizzare quando esista un simile contrasto. La dottrina e la giurisprudenza hanno seguito orientamenti diversi e, spesso, soprattutto l'ultima, cambiando approccio alla materia.

La dottrina ha sovente fatto notare come l'articolo 103 si applichi solo quando esista un conflitto effettivo tra una norma di diritto derivato dalla Carta delle Nazioni Unite e una norma di diritto internazionale pattizio. In questo contesto si è affermato che, laddove uno Stato, nel porre in essere una misura autorizzata o richiesta dal Consiglio di Sicurezza, possa farlo conformemente al diritto internazionale, il conflitto tra norme non esisterebbe²¹⁷.

1292 ss.; T. FLORY, *Article 103*, in J.P. COT-A. PELLET, *La Charte des Nations Unies, commentaire*, Parigi, 1991, pp. 1381 ss.; L.M. GOODRICH-E. HAMBRO-A.P. SIMONS, *Charter of the United Nations. Commentary ad documents*, New York, Londra, 1969, pp. 614-617; B. CONFORTI, *Cours general de droit international public*, in *Recueil des cours de l'academie de droit international*, 1988, p. 129 ss.; P.M. DUPUY, *The constitutional dimension of the Charter of the United Nations*, in *Max Planck United Nations Yearbook*, 1997, pp. 529 ss.; E. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Bari, 1986, pp. 276 ss.; P. DE SENA-M.C. VITUCCI, *The european courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing of values*, in *European journal of international law*, 2009, pp. 193 ss.

²¹⁴ Si veda ad esempio la risoluzione 670 del 1990 con riguardo alla situazione in Kuwait a seguito dell'invasione da parte dell'Iraq. UN Doc. S/RES/670 (1990)

²¹⁵ Si veda ad esempio la risoluzione 733 del 1992 sulla situazione in Somalia. UN Doc. S/RES/733 (1992)

²¹⁶ J.K. KLEFFNER, *Human rights and international humanitarian law*, in D.FLECK-T.GILL, *Handbook of the law of military operations*, cit., p. 75

²¹⁷ D. SCHEFFER, *The Security Council and international law on military operations*, in V. LOWE-A. ROBERTS-J. WELSH-D. ZAUM, *The United Nations Security Council and war*, Oxford, 2008, p. 236.

Un conflitto, invece, effettivo nascerebbe ove il Consiglio di Sicurezza esplicitamente derogasse ad alcuni obblighi, specialmente in materia di diritto umanitario²¹⁸ e diritti umani. Questo sarebbe accaduto, secondo parte della dottrina²¹⁹, con la risoluzione 1483 del 2003 sulla situazione in Iraq. Adottata ai sensi del capitolo VII della Carta, la risoluzione abrogava implicitamente alcuni specifici diritti che le potenze occupanti durante un'occupazione dovrebbero rispettare. In un caso del genere, sempre secondo dottrina, il conflitto esisterebbe e andrebbe risolto a favore degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, secondo, appunto l'art. 103²²⁰.

Quanto sopra tuttavia, non deve fare pensare ad un'assenza totale di limiti all'azione del Consiglio di Sicurezza. La dottrina individua due categorie di norme che operano come limite all'azione del Consiglio: la Carta delle Nazioni Unite stessa e le norme di *jus cogens*²²¹.

Sul fatto che l'azione del Consiglio di Sicurezza debba essere conforme alla Carta delle Nazioni Unite è la Carta stessa ad affermarlo, nell'articolo 24 che impone la conformità ai fini e principi delle Nazioni Unite²²².

²¹⁸ Cfr. *supra*, questo capitolo

²¹⁹ KLEFFNER, *Human rights and international humanitarian law*, cit., in D.FLECK-T.GILL, cit., p. 76

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Le norme di *jus cogens* sono quelle norme di diritto internazionale considerate imperative, alle quali nessuna deroga è concessa. la prima enunciazione della portata di queste norme è rinvenibile nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nell'articolo 53. Cfr. *United Nations Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1155 UNTS 331, Vienna, 23 maggio 1969, Article 53 “[...]a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

²²² *The Charter of the United Nations*, cit., Article 24 “[...] In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII [...]”

Vi è incertezza interpretativa anche sull'estensione stessa dell'articolo 103 e, nello specifico, sotto due profili: quali obblighi giuridici derivanti dalla Carta devono prevalere su obblighi imposti da altri accordi internazionali e, in secondo luogo, quali obblighi derivanti da accordi internazionali debbano cedere il passo ai primi.

2. Il contrasto tra articolo 103 e diritto internazionale umanitario e diritti umani nella dottrina

a) Gli obblighi derivanti dalla Carta contemplati dall'articolo 103

Sotto il primo profilo, vi è chi ritiene che gli obblighi che debbono prevalere sono quegli obblighi derivanti direttamente dalla Carta²²³ e chi, partendo da un simile presupposto, tenderebbe addirittura ad escludere che un obbligo derivante da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza possa prevalere su altri obblighi internazionali²²⁴. Sul punto vi è chi la pensa in modo radicalmente opposto²²⁵. Alla luce di questo dibattito, si può ritenere che il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale rientri tra gli obblighi imposti agli Stati che devono prevalere su altri obblighi²²⁶.

Parte della dottrina limita l'applicabilità dell'articolo 103 alle decisioni degli organi delle Nazioni Unite, mentre altri rilevano come l'articolo 103 imponga un generale controllo di compatibilità con le disposizioni della Carta²²⁷. Ancora vi è chi ritiene che

²²³ BERNHARDT, *Article 103*, cit., in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, cit., pp. 1120-1125.

²²⁴ D. BOWETT, *The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures*, in *European Journal Of International Law*, 1994, P. 4.

²²⁵ FASSBENDER, *UN Security Council reform and the right of veto: a constitutional approach*, Oxford, 1998.

²²⁶ BERNHARDT, *Article 103*, cit., in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, loc. ult cit.

²²⁷ BERNHARDT, *Article 103*, cit., in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, cit., p. 1297

l'articolo 103 determini l'invalidità di atti che contrastano con un obbligo derivante dalla Carte delle Nazioni Unite quando questo è un obbligo che coincide con una norma di *jus cogens*, il divieto di uso della forza, ad esempio²²⁸. La stessa dottrina ritiene, al contrario, che, laddove l'obbligo derivi da una decisione del Consiglio di sicurezza, questo causi una sospensione delle norme pattizie contrastanti con esso: norme pattizie che riprenderebbero a produrre effetti dal momento della cessazione degli effetti delle decisioni del Consiglio²²⁹.

Per altri autori, l'articolo 103 costituisce la base delle norme imperative di diritto internazionale (*jus cogens*), le quali sarebbero identificabili nella gerarchia delle fonti contenuta nella Carta²³⁰.

Vi sono poi incertezze con riguardo alla possibile estensione dell'articolo 103 alle autorizzazioni date dal Consiglio di sicurezza agli Stati oppure alle organizzazioni regionali, le quali possono istituire su tale base operazioni militari²³¹. Il problema è particolarmente sentito con riguardo alle operazioni militari autorizzate dal Consiglio di Sicurezza ma condotte sotto il comando ed il controllo degli Stati membri oppure di Organizzazioni regionali²³². In questi casi, il Consiglio di sicurezza non decide nel senso stretto del termine, ma autorizza gli Stati a prendere determinate decisioni per portare a termine un mandato.

La dottrina su questo specifico punto si è divisa. Da un lato vi è chi considera che l'articolo 103 debba applicarsi solo alle decisioni in senso stretto, essendo questa una

²²⁸ R. KOLB, *Ius contra bellum. Le droit international relative au maintien de la paix*, Bruxelles, 2003, p. 150.

²²⁹ Ibidem

²³⁰ Si veda CONFORTI, *Cours general de droit international public*, cit., p. 129

²³¹ Il problema è sollevato e discusso da R. KOLB, *Does Article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorization adopted by the Security Council?* Reperibile su www.zaerv.de

²³² Si veda sul punto D. SAROOSHI, *The United Nations and the development of collective security. The delegation by the Un Security Council of its Chapter VII powers*, cit., pp. 167 ss.

norma di contrasto ed essendo quindi necessario interpretarla con le più ampie cautele possibili²³³. In questo senso depone anche l'opinione di chi ritiene che, laddove il Consiglio di sicurezza voglia derogare ad una norma di diritto internazionale, esso debba farlo esplicitamente con una decisione obbligatoria²³⁴. Ancora più semplicemente, vi è chi ritiene che l'articolo 103 rappresenti una sospensione del fondamentale principio di diritto internazionale *pacta sunt servanda* e che quindi vada applicato solo alle decisioni di carattere vincolante²³⁵.

Di altro avviso quegli autori che ritengono che l'articolo 103 debba estendersi alle autorizzazioni. Costoro rilevano come la prassi delle Nazioni Unite deponga ormai nel senso di ritenere le autorizzazioni come sostitutive dei poteri del Consiglio di sicurezza ex articoli 41 e 42 e che, di conseguenza, ritenere questa prassi esclusa dall'applicabilità dell'articolo 103 di fatto svuoti le competenze del Consiglio di sicurezza in materia di pace e sicurezza internazionale²³⁶. La prassi recente sarebbe, a parere di altra dottrina, una giustificazione per un'interpretazione più estensiva della norma²³⁷.

²³³ J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Parigi, 1974, p. 284. Lo stesso autore fa notare come l'uso della parola "*obligations*" implichi per se un obbligo giuridico che può discendere solo da una decisione a carattere vincolante, come le risoluzioni del Consiglio di sicurezza ex Capitolo VII in virtù dell'articolo 25 della Carta.

²³⁴ S. MARCHISIO, *L'Onu. Il Diritto Delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000, p. 234.

²³⁵ BERNHARDT, *Article 103*, in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, cit., p. 1296. L'autore fa riferimento a "*recommendations*" e "*non-binding pronouncements*". Di questo avviso anche R.H. LAUWAARS, *The interrelationship between United Nations law and the law of other international organizations*, in *Michigan law review*, 1984, p. 1604.

²³⁶ Si Veda SAROOSHI, *The United Nations and the development of collective security. The delegation by the Un Security Council of its Chapter VII powers*, cit., p. 151

²³⁷ J.A. FROWEIN-N. KRISCH, *Article 42*, cit., in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, cit., p. 729. A sostegno si veda anche V. GOWLLAND DEBBAS, *The limits of unilateral enforcement of community objectives in the frame work of UN peace maintenance*, in *European journal of international law*, 2000, p. 371

b) *Le eccezioni, con specifico riguardo al diritto internazionale umanitario e ai diritti umani*

Per quel che concerne il secondo aspetto, occorre precisare che l'articolo 103 nell'imporre tale prevalenza menziona, dal lato passivo, solo quegli obblighi derivanti da "international agreements", mentre non vi è accenno agli obblighi derivanti dal diritto consuetudinario. Ciò potrebbe lasciare aperta la porta all'applicabilità del diritto umanitario a prescindere dall'articolo 103²³⁸, anche se potrebbe essere obiettato che, avendo il diritto consuetudinario lo stesso rango del diritto convenzionale²³⁹, la previsione normativa di cui all'articolo 103 si estenderebbe a entrambe le fonti normative.

Sul punto, la storia della redazione dell'articolo 103 sembrerebbe offrire una sponda a coloro i quali tendono ad escludere le consuetudini dalle "obligations under any international agreement" e, quindi, a considerare le stesse come un limite all'esercizio dei poteri del Consiglio di Sicurezza²⁴⁰.

²³⁸ Sul punto si veda SIMMONDS, *Legal aspects of United Nations operation in Congo*, cit., p. 180. A proposito dell'operazione ONU in Congo, l'autore ritiene che, essendo il diritto di guerra ampiamente riprodotto del diritto consuetudinario, questo dovesse ritenersi applicabile alle Nazioni Unite a tal punto da ritenerle, de facto, destinatarie delle norme convenzionali.

²³⁹ Invero l'articolo 38, comma primo, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia suggerirebbe una gerarchia tra le fonti normative di diritto internazionale: "The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law". Cfr. *Statute of the International Court of Justice*, 33 UNTS 993, San Francisco, 26 giugno 1945, articolo 38.

²⁴⁰ In questo senso J. G. GARDAM, *Legal restraints on security council military enforcement action*, in *Michigan journal of international law*, 1996, p. 303. L'autrice nota come non sia possibile giustificare "the view that the security council is at liberty to completely disregard the purposes and principles of the charter, and even less for the denial that it operates to a certain extent within the general system of international law". Invero la questione è dibattuta, essendo la consuetudine una norma per sua natura flessibile e che, nel caso di contrasto con un obbligo di natura pattizia, quale, ad esempio, un obbligo derivante da una risoluzione del consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

L'articolo 103, infatti, ha visto la redazione di due versioni molto diverse. Nella prima, il riferimento agli obblighi degli Stati risultava così: “*any other obligations to which they are subject*”. La versione finale, invece, riportava, e riporta tuttora, il riferimento agli obblighi derivanti da “any other international agreement”.

Tra i fini delle Nazioni Unite, occorre ricordarlo, vi è la promozione del rispetto dei diritti umani, già nel Preambolo della Carta, e poi ribadito nell'art. 1 par. 3. Come già visto prima, inoltre, l'organizzazione si impegna a rafforzare la cooperazione internazionale nella risoluzione dei problemi di carattere umanitario. A quanto detto va aggiunto che l'art 13 della Carta attribuisce direttamente agli organi delle Nazioni Unite l'autorità di sviluppare, interpretare ed applicare il diritto internazionale. Ciò è rafforzato dal legame con la Corte Internazionale di Giustizia che, in virtù dell'art. 92 della Carta, è il principale organo di giustizia delle Nazioni Unite e, in quanto tale, deve applicare le fonti normative di cui all'art. 38 del suo Statuto, tra cui le norme consuetudinarie.

È ragionevole che, viste le disposizioni di cui sopra, si possa attendere che le Nazioni Unite rispettino e ritengano ad esse applicabili, le norme la cui promozione e rispetto rientra tra i loro fini.

Per quel che concerne nello specifico il diritto umanitario, le Nazioni Unite, nella prassi, hanno sovente ritenuto che determinate violazioni del diritto umanitario e dei diritti umani possano costituire una minaccia alla pace ai sensi dell'art. 39. Inoltre, con l'istituzione dei Tribunali ad hoc per l'ex Jugoslavia ed il Ruanda, le Nazioni Unite hanno ricoperto un ruolo importante nella fase sanzionatoria delle violazioni del diritto umanitario e, ne consegue, del rispetto di quelle norme. Proprio con riguardo a quest'ultimo punto, si può ancora dire che l'effettività stessa dell'organizzazione nell'assicurare il rispetto delle norme DIU potrebbe essere minata se non venisse garantita, alle altre parti di un conflitto nel quale le forze ONU sono coinvolte, la reciprocità del rispetto delle norme umanitarie. Se, infatti, il fine dell'organizzazione è quello di garantire il rispetto del DIU, dovrebbe garantirne l'estensione al maggior numero di persone possibile. Tale risultato è più facilmente raggiungibile garantendo,

appunto la reciprocità e, quindi, applicando in primis alle proprie forze armate le suddette norme²⁴¹.

3. Il contrasto tra obblighi derivanti dalla Carta e diritto umanitario e diritti umani nella prassi giurisprudenziale

Per quanto la dottrina sia quasi concorde nel ritenere che le azioni del Consiglio di sicurezza debbano essere rispettose dei diritti umani e, nel caso di coinvolgimento nei conflitti armati, del diritto internazionale umanitario, la giurisprudenza ha mostrato orientamenti diversi soprattutto in relazione agli obblighi che gravano sugli Stati a tal proposito.

La giurisprudenza internazionale ha seguito diversi orientamenti e ha esaminato tanto l'operatività dell'articolo 103 quanto la possibilità per una Corte di sindacare la compatibilità di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza ex Capitolo VII con il diritto internazionale umanitario e i diritti umani. Il primo approccio, che potremmo definire come tradizionale, ha visto una netta contrapposizione tra l'articolo 103 della Carta e eventuali altri obblighi contratti dagli Stati, comprese quelle in tema di diritti umani, con una prevalenza del primo sulle seconde. L'approccio più recente e più innovativo, poggia sull'assenza di contrasto tra gli obblighi internazionali quando questi riguardino i diritti umani, essendo impossibile per le Nazioni Unite derogare a questi. Meritano poi un discorso a parte le sentenze relative al caso *Kadi* dinanzi agli organi giudiziari dell'Unione europea.

4. *Segue*. I casi *Behrami* e *Saramati* dinanzi alla CorEDU, *Al Jedda* dinanzi alla Camera dei Lords, *Sayadi* dinanzi al Comitato dei diritti umani

²⁴¹ Sul punto si veda T. MERON, *Of the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument*, in *American journal of international law*, 1983, pp. 589, 592. L'autore indica la reciprocità come strumento importante per garantire l'effettività del rispetto delle norme del diritto dei conflitti armati.

Nell'ambito di questo primo filone giurisprudenziale, le istanze adite hanno sempre dato prevalenza agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, individuando sempre un contrasto tra questa e le norme sui diritti umani, oppure evitando di prendere posizione sulla questione, ritenendola assorbita nel ragionamento sull'attribuzione delle condotte. Solo, da ultimo, l'opinione separata di Sir Nigel Rodley nel caso *Sayadi* contro Belgio dinanzi al Comitato dei diritti umani ha aperto ad un'evoluzione in senso diverso.

a) *Behrami, Behrami e Saramati dinanzi alla CorEDU*

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Behrami, Behrami e Saramati*²⁴² è ancora una volta significativa di un orientamento giurisprudenziale di questa natura. La CorEDU premette che la Convenzione deve essere interpretata alla luce di tutti gli strumenti di diritto internazionale e, nel caso di specie, alla luce degli articoli 25 e 103 della Carta delle Nazioni Unite. Partendo da questo assunto i giudici rilevano come gli Stati siano obbligati dal rispetto delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e che questi obblighi prevalgono su qualsiasi altro contratto dagli Stati.

Per quanto la Corte sembri effettivamente voler analizzare un potenziale conflitto tra l'articolo 103 e le norme della ConvEDU, alla fine segue un approccio che merita di essere analizzato. I giudici di Strasburgo, infatti, più che sindacare sulla reale operatività dell'articolo 103 della Carta, affermano come questo sia posto a garanzia del perseguimento di uno dei fini principali delle Nazioni Unite, ossia il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale²⁴³. In questo senso la Corte, più che valutare se l'articolo 103 riguardi misure delegate, imposte o semplicemente autorizzate, si limita ad

²⁴² Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, cit., *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, cit.

²⁴³ Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, cit., *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, cit., § 148

affermare che questo articolo si estende a qualsiasi atto adottato da qualsiasi soggetto seguito di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza²⁴⁴, sancendo la propria impossibilità a sindacare questi atti poiché essi sono funzionali al perseguimento del fine principale delle Nazioni Unite: il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale²⁴⁵.

La Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di confermare l'approccio della decisione *Behrami* nella di poco successiva pronuncia di ammissibilità nel caso *Beric and others*²⁴⁶. In questo caso è stato applicato *mutatis mutandis* il ragionamento di cui alla decisione *Behrami*, agli atti dell'Alto Rappresentante per la Bosnia Erzegovina²⁴⁷. Gli atti lamentati dai ricorrenti riguardavano la rimozione degli stessi dagli uffici dell'Alto

²⁴⁴ In questo senso DE SENA-VITUCCI, *The european courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing of values*, cit., p. 205

²⁴⁵ DE SENA-VITUCCI, *The european courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing of values*, cit., pp. 205-206. Gli Autori notano come la decisione della grande camera nei casi *Behrami* e *Saramati* sia sintomatica di un atteggiamento della Corte europea votato più ad un bilanciamento di valori che ad una reale analisi dell'operatività dell'articolo 103. seguendo questo approccio, la corte rileva la primazia del fine delle nazioni unite del mantenimento della pace e giustifica in base a ciò l'impossibilità di sindacare la conformità di una risoluzione del consiglio di sicurezza con le norme della convenzione europea. a tal proposito viene richiamato in questo lavoro il paragrafo n. 149 della decisione della Corte che si richiama qui di seguito per comodità: "since operations established by UNSC resolutions under chapter VII of the un charter are fundamental to the mission of the un to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of contracting parties which are covered by UNSC resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the court. to do so would be to interfere with the fulfilment of the un's key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations . it would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC resolution which were not provided for in the text of the resolution itself. this reasoning equally applies to voluntary acts of the respondent states such as the vote of a permanent member of the UNSC in favour of the relevant chapter vii resolution and the contribution of troops to the security mission: such acts may not have amounted to obligations flowing from membership of the un but they remained crucial to the effective fulfilment by the UNSC of its chapter vii mandate and, consequently, by the UN of its imperative peace and security aim"

²⁴⁶ Corte europea dei diritti umani, *Beric and others c. Bosnia and Herzegovina*, 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05, 25496/05, 16 ottobre 2007

²⁴⁷ Autorizzato con la risoluzione ex capitolo VII del Consiglio di sicurezza n. 1031 del 1995. Si veda UNSC res. 1031 (2005).

Rappresentante, atto avverso al quale non erano riusciti a proporre alcun ricorso; essi lamentavano quindi la violazione dell'articolo 6 della Convenzione europea²⁴⁸.

b) Al Jedda dinanzi alla Camera dei Lords

La Camera dei Lords britannica ha affrontato la questione dell'operatività dell'articolo 103 e della possibilità di sindacare risoluzioni del Consiglio di Sicurezza nel caso *Al Jedda*. L'opinione dei *Law Lords* è stata nel senso di considerare esistente un conflitto tra la risoluzione 1483 del 2003 e l'articolo 5 della CEDU, risolvendolo a favore degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. Rilevanti a tal proposito le opinioni di Lord Bingham of Cornhill e di Lord Brown of Eaton-under-Heywood. Entrambi i *Lords*, soprattutto il primo, si sono interrogati sull'effettiva esistenza di un obbligo, ragionando sul fatto che la risoluzione del Consiglio di Sicurezza di fatto autorizzava e non obbligava gli Stati a prendere determinate misure in Iraq. Lord Bingham concorda con il dubbio che le semplici autorizzazioni possano essere considerate come obblighi, ma conclude in senso positivo, affermando la necessità di un'interpretazione non restrittiva dell'articolo 103 tale da permettere al Consiglio di Sicurezza, e alle Nazioni Unite, di perseguire il fine fondamentale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale²⁴⁹. Applicando una simile interpretazione, a parere di Lord Bingham, anche se solo formalmente autorizzati, gli Stati che rispondono alla

²⁴⁸ Si veda per un commento L. GRADONI, *L'alto rappresentante per la Bosnia-Erzegovina dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 621 Ss.

²⁴⁹ House of Lords, *R (on the application of Al Jedda) (appellant) V. Secretary of State for Defence (respondent)*, cit., § 34, "I am further of the opinion, thirdly, that in a situation such as the present "obligations" in article 103 should not in any event be given a narrow, contract-based, meaning. the importance of maintaining peace and security in the world can scarcely be exaggerated, and that (as evident from the articles of the Charter quoted above) is the mission of the un. Its involvement in Iraq was directed to that end, following repeated determinations that the situation in Iraq continued to constitute a threat to international peace and security. as is well known, a large majority of states chose not to contribute to the multinational force, but those which did (including the UK) became bound by articles 2 and 25 to carry out the decisions of the security council in accordance with the charter so as to achieve its lawful objectives. it is of course true that the uk did not become specifically bound to detain the appellant in particular. but it was, i think, bound to exercise its power of detention where this was necessary for imperative reasons of security. it could not be said to be giving effect to the decisions of the security council if, in such a situation, it neglected to take steps which were open to it".

chiamata del Consiglio di Sicurezza sono poi obbligati dall'articolo 25 della Carta (letto in combinato disposto con l'articolo 2) dalle risoluzioni ex capitolo VII²⁵⁰. Più articolata sembra essere la posizione di Lord Brown sul punto. Aderendo all'interpretazione di Lord Bingham, egli si spinge più in là dicendo che la forza multinazionale presente in Iraq aveva l'autorità di prendere tutte le misure necessarie al fine di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza e che la possibilità di internamento era a tutti gli effetti da esser compresa tra queste misure²⁵¹. Lord Brown ritiene quindi che la possibilità di adottare tali misure sia da considerarsi come un obbligo ai sensi dell'articolo 25 della Carta delle Nazioni Unite, aggiungendo che il rifiuto di internare il ricorrente sarebbe stato un venir meno agli obblighi derivanti dalla risoluzione²⁵².

La decisione della House of *Lords*, quindi, sembra optare per un'interpretazione estensiva dell'articolo 103, tale da comprendere conflitti con qualsiasi norma di diritto internazionale anche di semplici risoluzioni autorizzative.

c) Il caso Sayadi dinanzi al Comitato dei diritti umani

²⁵⁰ Ibidem

²⁵¹ House of Lords, *R (on the application of Al Jedda) (appellant) V. Secretary of State for Defence (respondent)*, cit., § 151. “but the sounder and more fundamental reason for holding the article 5(1) proscription on internment to be qualified or displaced here is that article 25 of the charter requires member states to accept and carry out Security Council decisions and article 103 provides that in the event of a conflict between that obligation and the member state’s obligations under any other international agreement, the former are to prevail. the SC’s decision here (see para 10 of UNSCR 1546) was “that the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed...” (which included amongst the MNF’s “tasks” “internment where this is necessary for imperative reasons of security”).

²⁵² House of Lords, *R (on the application of Al Jedda) (appellant) V. Secretary of State for Defence (respondent)*, cit., § 152. “I find it quite impossible to regard that “task” as anything other than an article 25 (charter) obligation which is to prevail over the article 5(ECHR) obligation not to intern. Mr Starmer argues that the UK could decline to intern a prisoner just as it could decline to execute him. as, however, Lord Bingham points out (at para 34) if, as is here to be assumed, internment is indeed necessary for imperative reasons of security, a decision not to intern would be a refusal to carry out the UK’s allotted task. no such reasoning, of course, would apply in the case of capital punishment. in short, on this issue i agree with all that Lord Bingham has said”.

Il caso *Sayadi* contro Belgio²⁵³, portato dinanzi al Comitato dei diritti umani, non riguarda specificamente le operazioni militari ma le misure del Consiglio di Sicurezza ex articolo 41 della Carta di congelamento di beni di presunti terroristi inclusi nelle cosiddette blacklist: un caso molto simile alla vicenda *Kadi* dinanzi alle istanze giurisdizionali dell'Unione europea che si vedrà più avanti²⁵⁴. Nello specifico, ad essere contestata dal ricorrente era la risoluzione 1267 del 1999, considerata lesiva dei suoi diritti, tra i quali senz'altro l'assenza di un equo processo e l'impossibilità di ricorrere contro l'inclusione in quelle liste.

Questo caso è interessante perché è significativo di una tendenza a “dimenticare” l'esistenza dell'articolo 103 della Carta a favore di interpretazioni quanto meno curiose²⁵⁵. Se da un lato, infatti, il Comitato sembra ammonire gli Stati sulla necessità di non adottare atti in violazione dei diritti umani solo per aderire ad un obbligo derivante da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza²⁵⁶, dall'altro fa questo senza analizzare il possibile conflitto tra articolo 103 e norme del Patto²⁵⁷ ed escludendo l'applicabilità dell'articolo 46 del Patto stesso²⁵⁸.

²⁵³ Comitato dei diritti umani, *Sayadi and Vinck v. Belgium*, CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 dicembre 2008

²⁵⁴ Cfr. *infra*, questo capitolo

²⁵⁵ Per una critica su questo punto si veda M. MILANOVIC, *The Human Rights Committee's View In Sayadi v. Belgium*, in *Göttingen journal of international law*, 2009, p. 536

²⁵⁶ Non solo, ma sindacando nei fatti e nel dettaglio l'inclusione del ricorrente nelle blacklists. Si veda MILANOVIC, *The Human Rights Committee's View In Sayadi v. Belgium*, cit., p. 535

²⁵⁷ Esplicitamente affermando che l'articolo 46 del Patto non risulta applicabile al caso di specie: “although the parties have not invoked article 46 of the covenant, in view of the particular circumstances of the case the committee decided to consider the relevance of article 46. the committee recalls that article 46 states that nothing in the covenant shall be interpreted as impairing the provisions of the charter of the united nations. however, it considers that there is nothing in this case that involves interpreting a provision of the covenant as impairing the provisions of the charter of the united nations. the case concerns the compatibility with the covenant of national measures taken by the state party in implementation of a security council resolution. consequently, the committee finds that article 46 is not relevant in this case”.

Il caso *Sayadi* è scarsamente utilizzabile per chiarire il ruolo dell'articolo 103, ma può essere utile per trarre una duplice conclusione. In primo luogo si può affermare come il Comitato abbia avuto difficoltà a considerare una soluzione a favore della normativa sui diritti umani di qualsiasi conflitto ex articolo 103 della Carta. In secondo luogo, tuttavia, è possibile concludere che l'analisi nel merito del caso e l'affermazione di un'assenza di contrasto tra obblighi diversi può essere letta come un tentativo del Comitato di trovare un'armonizzazione tra Carta delle Nazioni Unite e Patto, evitando quindi la via del conflitto²⁵⁹.

Di interesse, nel caso *Sayadi*, è l'opinione dissenziente di Sir Nigel Rodley il quale pone l'accento sull'esistenza di una presunzione di compatibilità dell'azione del Consiglio di sicurezza con la normativa sui diritti umani²⁶⁰. Una simile presa di posizione apre gli scenari attesi giunti poi con la sentenza *Al Jedda* della Corte europea dei diritti umani²⁶¹.

²⁵⁸ L'articolo 46 del Patto impone un'interpretazione del patto conforme alle norme della Carta delle Nazioni Unite. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 UNTS 171, New York, 16 dicembre 1966, article 46: "Nothing in the present covenant shall be interpreted as impairing the provisions of the charter of the united nations and of the constitutions of the specialized agencies which define the respective responsibilities of the various organs of the united nations and of the specialized agencies in regard to the matters dealt with in the present covenant".

²⁵⁹ In questo senso, MILANOVIC, *The Human Rights Committee's View In Sayadi v. Belgium*, cit., p. 527. L'autore critica comunque questa impostazione considerandola in generale un'occasione persa per chiarire l'interpretazione dell'articolo 103.

²⁶⁰ Comitato dei diritti umani, *Sayadi and Vinck v. Belgium*, cit., opinione separata di Sir Nigel Rodley. "this then begs the question of what criteria should be applied in interpreting the resolutions for the purposes of establishing whether there is indeed a conflict. article 24 of the charter obliges the security council to act "in accordance with the purposes and principles of the united nations". article 1, paragraph 3, of the charter establishes that one of the purposes of the united nations is "promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms". a strict interpretation of this language could suggest that the security council cannot act in a way that requires disrespect for those rights and freedoms. i would not go that far. however, the charter wording strongly suggests that the first interpretation criterion is that there should be a presumption that the security council did not intend that actions taken pursuant to its resolutions should violate human rights".

²⁶¹ Cfr. *infra*, questo capitolo, paragrafo X

5. *Segue. I casi Kadi dinanzi agli organi giudiziari dell'Unione europea*

a) *Il caso Kadi dinanzi al Tribunale di primo grado dell'Unione europea*

Il caso in oggetto riguardano la competenza delle istanze giurisdizionali europee sugli atti dell'allora Comunità europea attuativi di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che disponevano sanzioni nei confronti di presunti terroristi²⁶². I ricorsi venivano proposti da due individui *Kadi*²⁶³ e *Yusuf*²⁶⁴ (i casi sono identici e quindi verrà utilizzato come riferimento il caso *Kadi*) che lamentavano la violazione di alcuni loro diritti fondamentali²⁶⁵ a causa dell'inclusione nelle liste di soggetti presunti terroristi nei confronti dei quali gli Stati membri dell'Unione erano obbligati ad applicare le sanzioni di cui alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e, di riflesso, alla normativa comunitaria²⁶⁶.

Nel settembre del 2005 il Tribunale di primo grado dell'Unione europea decideva sui ricorsi affrontando, tra le altre questioni, la prevalenza degli obblighi di cui alla

²⁶² Si trattava delle risoluzioni seguenti a quella numero 1267 del 1999 che disponevano sanzioni economiche nei confronti dei terroristi talebani e di coloro che li sostenevano. gli stati dell'unione europea decidevano di dare attuazione a questi obblighi attraverso un atto della comunità europea, il regolamento n. 881 del 2002, che aveva, in allegato, una lista di presunti terroristi i cui fondi sarebbero dovuti essere congelati. tra questi vi erano i ricorrenti, *Kadi* e *Yusuf*.

²⁶³ Tribunale di primo grado, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, T-315/01, 21 settembre 2005

²⁶⁴ Tribunale di primo grado, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, T-306/01, 21 settembre 2005

²⁶⁵ Nello specifico si trattava del diritto alla proprietà (articolo 1 protocollo 1 Convenzione europea dei diritti umani), del diritto ad un equo processo (articolo 6 Convenzione europea dei diritti umani), del diritto ad un rimedio effettivo (articolo 13 Convenzione europea dei diritti umani), del diritto al rispetto della vita privata e familiare (articolo 8 Convenzione europea dei diritti umani). la presunta violazione dei diritti appena elencati è stata allegata dai ricorrenti sulla base dell'articolo 6 comma 2 del trattato sull'Unione europea. Cfr. Tribunale di primo grado, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, cit., §§ 138-148.

²⁶⁶ Nello specifico il regolamento del Consiglio n. 881 (Ce) del 27 maggio 2002

risoluzione del Consiglio di Sicurezza sugli obblighi derivanti dalla tutela dei diritti umani e gravanti sugli Stati dell'Unione europea²⁶⁷.

Di interesse particolare risultavano essere gli argomenti dei ricorrenti, i quali chiedevano che il Tribunale decidesse per la violazione degli obblighi in materia di diritti umani nonostante la risoluzione ONU, stante l'indipendenza dell'ordinamento dell'Unione europea rispetto alla Carta delle Nazioni Unite²⁶⁸.

L'argomento da affrontare per il Tribunale, quindi, era innanzitutto quello di considerare o meno l'Unione europea come un'entità indipendente dalle Nazioni Unite. In caso di risposta affermativa, l'articolo 103 non avrebbe trovato applicazione, in caso di risposta negativa, sì.

Il Tribunale optava per una risposta negativa, considerando quindi l'Unione europea come parte di un unico sistema di diritto internazionale governato dalla Carta delle Nazioni Unite²⁶⁹. In questo senso, stante l'applicabilità dell'articolo 103, rilevava l'impossibilità di procedere alla revisione di un atto che proveniva dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e che né gli organi dell'Unione, né gli Stati avevano avuto possibilità di modificare.

Rilevata l'impossibilità di sindacare un atto comunitario riproduttivo di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, il Tribunale, tuttavia, valutava incidentalmente la conformità della risoluzione in questione, la numero 1227, alle garanzie comunitarie in

²⁶⁷ Per un commento si vedano B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del tribunale comunitario di primo grado*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2006, pp. 333 ss.; E. CANNIZZARO, *A machiavellian moment? the Un Security Council and the rule of law*, in *International organization law review*, 2006, pp. 189 ss.; A. GIANELLI, *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 131 ss.;

²⁶⁸ Tribunale di primo grado, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, cit., § 140.

²⁶⁹ Vi è chi ha tentato di dare una spiegazione di questa sentenza ipotizzando una sorta di ordine costituzionale internazionale. Si veda B. EVENO, *Le contrôle juridictionnel des résolutions du conseil de sécurité: vers un constitutionnalisme international ?*, in *Revue general de droit international public*, 2006, pp. 836-837

materia di diritti fondamentali²⁷⁰ essendo questi parte dello *jus cogens*. Il tentativo non aveva comunque effetto per il fatto che il Tribunale riconosceva che nell'essenza di *jus cogens* delle norme sui diritti umani non vi è solo la loro enunciazione ma altresì la possibilità per gli Stati di derogare ad essi²⁷¹.

La prima giurisprudenza *Kadi*, se da un lato ribadiva la forza delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza nell'ordinamento comunitario²⁷², dall'altro apriva ad alcune riflessioni sull'operatività dell'articolo 103 e sui limiti ad essa imposti dallo *jus cogens*. Inoltre era possibile rinvenire un'apertura al sindacato, da parte di un'istanza giurisdizionale, della validità di una risoluzione del Consiglio di sicurezza sulla base del rispetto proprio dello *jus cogens*.

b) Il caso Kadi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea

Come visto poc'anzi, il caso *Kadi* dinanzi al Tribunale di primo grado ha introdotto alcuni elementi di riflessione con riguardo all'operatività dell'articolo 103. La sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008²⁷³, originatasi dall'appello introdotto dai ricorrenti del primo grado ha rovesciato la sentenza del Tribunale introducendo alcuni elementi importanti di riflessione sulla operatività dell'articolo 103 e sulla possibilità di sindacare le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza²⁷⁴.

²⁷⁰ Tribunale di primo grado, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, cit., § 141

²⁷¹ Tribunale di primo grado, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, cit., § 143

²⁷² DE SENA-VITUCCI, *The european courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing of values*, cit., p. 198

²⁷³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione; Kadi c. Consiglio e Commissione*, C-402/05P e C-415/05P, 3 settembre 2008.

²⁷⁴ Per alcuni commenti sulla sentenza *Kadi* della Corte di giustizia dell'Unione europea si vedano E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 1075-1078; A. GIANELLI, *L'autonomia del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, ivi, pp. 1078-1084; P. PALCHETTI, *Può il giudice comunitario sindacare la validità internazionale di una*

I ricorrenti proponevano dinanzi alla Corte gli stessi argomenti di cui al primo ricorso, trovando il conforto dell'Avvocato generale *Maduro* che, nelle sue conclusioni, critica fortemente la sentenza di primo grado e afferma che il diritto internazionale può penetrare l'ordinamento comunitario solo alle condizioni dettate dall'ordinamento comunitario stesso in quanto l'interrelazione tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea è regolato da quest'ultimo²⁷⁵. In questo senso l'Avvocato generale differenzia le istanze giurisdizionali comunitarie dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dando alle prime un ruolo diverso, in quanto appartenenti ad un ordinamento giuridico autonomo²⁷⁶.

Aderendo all'opinione dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia conclude dando ragione ai ricorrenti, sancendo che gli obblighi imposti da un accordo internazionale, la Carta delle Nazioni Unite in questo caso, in nessun modo possono avere effetto sulla tutela dei diritti umani garantita dall'Unione europea che rappresenta un principio costituzionale dell'ordinamento comunitario²⁷⁷.

Per quanto la sentenza della Corte di giustizia in *Kadi* parta da un presupposto diverso, ossia la peculiarità del sistema comunitario e la sua "impermeabilità" alle norme di diritto internazionale anche dotate di efficacia vincolante²⁷⁸, la pronuncia è comunque

risoluzione del Consiglio di sicurezza?, ivi, pp. 1085-1088; P. PIRRONE, *Attuazione delle risoluzioni del consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nel diritto comunitario*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, pp. 60 ss.

²⁷⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, cit., *opinione dell'Avvocato generale Póiares Maduro*, 16 Gennaio 2008, § 24

²⁷⁶ *Ibidem*, § 37. Rilevando come invece la corte europea dei diritti dell'uomo sia un sistema fondato nel diritto internazionale, essendo la convenzione europea un trattato internazionale che disciplina gli obblighi degli stati a livello di diritto internazionale.

²⁷⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, cit., § 285

²⁷⁸ Il punto che ha creato più dibattito è senz'altro la presunta indipendenza del sistema comunitario rispetto al diritto internazionale. la questione, invero legata al dibattito tra concezione monista e dualista dell'ordinamento internazionale nella sua interezza, è stata analizzata da G. DE BURCA, *The EU, the European Court of Justice and the international legal order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2009, A. SARI, *The relationship between community law and international law after Kadi: did the*

di fondamentale importanza nel dibattito sul rapporto tra obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite e tutela dei diritti umani in quanto sembra comunque suggerire che un'istanza giurisdizionale possa sindacare un atto riproduttivo di una risoluzione ex capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

Quello che comunque rimane dubbio è se un tale assunto possa valere anche al di fuori dell'impianto costituzionale dell'Unione europea e quindi avere conseguenze anche nei confronti degli Stati che non ne fanno parte²⁷⁹. In questo senso la sentenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al Jedda* offre interessanti sviluppi in senso evolutivo.

6. Segue. L'interpretazione evolutiva più recente: il caso *Al Jedda* dinanzi alla Corte europea

La giurisprudenza della Corte europea ha recentemente adottato un orientamento diverso e maggiormente rivolto alla tutela dei diritti umani.

Il più recente caso di riferimento è senza dubbio *Al Jedda* contro Regno Unito, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Come già visto, i ricorrenti reclamavano l'applicabilità della Convenzione alle azioni militari del Regno Unito in Iraq. A questo proposito veniva chiesto alla Corte di dare seguito alle pronunce nei casi *Kadi*, dinanzi alla Corte di giustizia dell'UE, e *Bosphorus*, decisa dalla stessa Corte. Prima di affrontare la pronuncia nel caso *Al Jedda* sembra opportuno ripercorre le più importanti pronunce giurisprudenziali sul punto.

Tornando al caso *Al Jedda*, la CorEDU segue un'interpretazione assai interessante per lo scopo del presente lavoro e analizza il potenziale contrasto tra la risoluzione del

ECJ slam the door to effective multilateralism?, In M. HAPPOLD (Ed.), *International Law in a Multipolar World*, Londra, 2011; K. S. ZIEGLER, *Strengthening the rule of law, but fragmenting international law: the Kadi decision of the ECJ from the perspective of human rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 288.

²⁷⁹ Solleva la questione MILANOVIC, *Norm conflict in international law: whither human rights?*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2009, pp. 108 -109.

Consiglio di sicurezza n. 1546 del 2004 e gli obblighi di cui alla ConvEDU, nello specifico l'articolo 5.

La Corte elabora uno dei concetti che più sono stati citati in dottrina²⁸⁰ a favore della prevalenza degli obblighi in materia di diritti umani a prescindere dall'art. 103 della Carta. I giudici di Strasburgo, infatti, prendono le mosse dall'articolo 1 della Carta delle Nazioni Unite che enuncia i fini dell'Organizzazione e nello specifico il terzo comma che descrive la promozione dei diritti umani tra questi²⁸¹. Inoltre, la Corte legge questa disposizione in combinato disposto con l'articolo 24 sempre dalla Corte, il quale richiede che il Consiglio di Sicurezza, nell'agire per il mantenimento della pace e della sicurezza agisca nel rispetto dei fini e dei principi della Carta delle Nazioni Unite²⁸².

In questo senso, l'approccio della CorEDU sarebbe nel senso di imporre un'interpretazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che escluda un contrasto con gli obblighi degli Stati in materia di diritti umani²⁸³. In poche parole, sempre secondo i giudici di Strasburgo, vigerebbe una presunzione per la quale in nessun modo le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza sarebbero adottate con l'implicito scopo di abrogare la normativa sui diritti umani. La Corte non chiude totalmente alla possibilità

²⁸⁰ Si veda *supra*, questo capitolo

²⁸¹ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, § 102: “in its approach to the interpretation of resolution 1546, the court has reference to the considerations set out in paragraph 76 above. in addition, the court must have regard to the purposes for which the united nations was created. as well as the purpose of maintaining international peace and security, set out in the first subparagraph of article 1 of the united nations charter, the third subparagraph provides that the united nations was established to “achieve international cooperation in ... promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms”.

²⁸² *Ibidem*; “article 24(2) of the charter requires the security council, in discharging its duties with respect to its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, to “act in accordance with the purposes and principles of the united nations”. against this background, the court considers that, in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the security council does not intend to impose any obligation on member states to breach fundamental principles of human rights”.

²⁸³ *Ibidem*: “in the event of any ambiguity in the terms of a security council resolution, the court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the convention and which avoids any conflict of obligations”.

che una risoluzione del Consiglio di Sicurezza possa derogare ad un trattato sui diritti umani, ma richiede che una simile deroga sia esplicita nella risoluzione stessa²⁸⁴.

La sentenza *Al Jedda* segna quindi un importante punto di svolta nella giurisprudenza internazionale con riguardo alla portata dell'art. 103 della Carta per due motivi. In primo luogo, si può dire che l'importanza della sentenza derivi dallo studio dei precedenti giurisprudenziali: se è vero che la sentenza *Kadi* aveva aperto alla necessità che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza rispettino i diritti umani, la stessa pronuncia sembra essere eccessivamente circoscritta alla specificità dell'Unione europea e del suo sistema di protezione dei diritti umani. Il caso *Al Jedda* invece è stato deciso da una corte internazionale, sganciata da un sistema di integrazione penetrante come quello dell'Unione europea e quindi potenzialmente in grado di influire maggiormente su altri sistemi di protezione dei diritti umani, Comitato del Patto compreso.

In secondo luogo la pronuncia appare importante e rivoluzionaria perché la presunzione in virtù della quale le risoluzioni del Consiglio di sicurezza debbano rispettare i diritti umani non è in alcun modo scalfita dalla circostanza che la possibilità di detenere fosse esplicitamente menzionata negli allegati alla risoluzione 1546 del 2004. La Corte prende posizione sul punto apparentemente sostenendo che la detenzione era indicata come una delle opzione previste e, più di tutto, indicando le frequenti prese di posizione del rappresentante speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite nel senso di ritenere non necessario il ricorso alla detenzione preventiva.

7. Prospettive *de lege ferenda* alla luce della prassi più recente

L'analisi della dottrina e della prassi fin qui svolta dimostra come l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite possa effettivamente costituire un problema per l'applicabilità del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani nel contesto delle

²⁸⁴ Ibidem: "in the light of the united nations' important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the security council to intend states to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law".

operazioni militari istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite anche se poi condotte da altre Organizzazioni internazionali.

Il problema è essenzialmente duplice e attiene tanto all'operatività dell'articolo 103, quanto alla possibilità per un'istanza giurisdizionale di sindacare la validità di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite adottata ex Capitolo VII della Carta.

La prassi recente dimostra come vi è una tendenza ad armonizzare le risoluzioni del Consiglio con i fini e principi della Carta delle Nazioni Unite, tra i quali vi è senz'altro la tutela dei diritti umani e la promozione del rispetto del diritto umanitario. Questa tendenza porterebbe come conseguenza, sul piano dell'operatività, la necessità che il Consiglio di Sicurezza laddove voglia derogare ai diritti umani o al diritto internazionale umanitario lo faccia con obblighi precisi imposti agli Stati. In questo senso, sembra quindi essere tramontata l'impostazione secondo la quale anche atti semplicemente delegati o autorizzati dal Consiglio di Sicurezza possano rientrare nell'ambito di operatività dell'articolo 103 della Carta. In ogni caso la prassi sembra ormai concorde nel ritenere che le norme di *jus cogens* siano un limite invalicabile per le Nazioni Unite e che quindi una risoluzione del Consiglio di Sicurezza non possa, anche esplicitamente, derogare alle norme imperative di diritto internazionale, tra cui possono rientrarvi, in parte, i diritti umani e il diritto internazionale umanitario.

Sulla scorta di quanto appena detto la prassi sul sindacato di validità di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza sembra più incerta. In questo senso, le sentenze *Kadi* dinanzi al Tribunale di primo grado prima, e alla Corte di giustizia dell'Unione europea poi, dimostrano come un modello accettato di fatto ancora non esista. Il solco tracciato da *Kadi* dinanzi al Tribunale è interessante, ma è stato smentito dalla Corte di giustizia. Si può, pertanto, concludere che laddove lo Stato goda di una possibilità di scelta, la sua azione possa essere sindacata, ma che la validità di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, anche se in violazione di norme di *jus cogens*, ancora non possa essere considerata come sindacabile da un'istanza giurisdizionale.