

CAPITOLO QUARTO**L'APPLICABILITA' DELLA NORMATIVA POSTA A TUTELA DEI DIRITTI UMANI**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prassi delle organizzazioni internazionali con riguardo all'applicabilità dei diritti umani nell'ambito delle operazioni militari. – 3. *Segue*. La prassi legata ad alcune specifiche convenzioni. – 4. Le teorie per l'applicabilità dei diritti umani alle operazioni militari. – 5. L'applicabilità dei diritti umani agli Stati fornitori delle truppe. – 6. *Segue*. Il problema della extraterritorialità. – 7. *Segue*. Le clausole di giurisdizione nei trattati sui diritti umani. – 8. *Segue*. La giurisprudenza internazionale. – 9. *Segue*. Le teorie per l'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani nell'ambito delle operazioni militari. – 10. *Segue*. Prospettive *de lege ferenda* alla luce della prassi e della dottrina più recenti. – 11. L'applicabilità dei diritti umani durante i conflitti armati. – 12. *Segue*. La teoria della complementarità. – 13. *Segue*. La teoria della *lex specialis*. – 13. La detenzione amministrativa di individui nell'ambito delle operazioni militari come caso di complementarità tra diritto internazionale umanitario e diritti umani

1. Introduzione

Quanto visto nel capitolo precedente con riguardo al diritto umanitario deve essere necessariamente tenuto presente anche quando si affronta il dibattito sull'applicabilità dei diritti umani alle operazioni militari delle organizzazioni internazionali. La struttura del capitolo è tale da offrire una panoramica della prassi delle organizzazioni internazionali, e principalmente delle Nazioni Unite, con riguardo all'applicabilità dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari. Una simile analisi può essere utile e funzionale allo scopo di sgombrare il campo da ogni dubbio sull'applicabilità dei diritti umani. In seguito e stante la doppia natura delle operazioni, si vaglieranno tanto i problemi sottesi all'applicabilità dei diritti umani alle organizzazioni internazionali, quanto quelli legati all'applicabilità di queste norme agli Stati fornitori delle truppe: principalmente il problema della extraterritorialità. Infine si analizzerà una questione di carattere generale, ossia l'applicabilità dei diritti umani nell'ambito dei conflitti armati, proponendo il caso studio specifico della detenzione nell'ambito delle operazioni militari come esempio di interazione tra diritti umani e diritto internazionale umanitario.

2. La prassi delle organizzazioni internazionali con riguardo all'applicabilità dei diritti umani nell'ambito delle operazioni militari

Il ruolo che rivestono le norme poste a tutela dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari istituite dalle organizzazioni militari è cresciuto di importanza in modo proporzionale all'evoluzione della normativa. La tendenza attuale, infatti, vuole sempre più riferimenti ai diritti umani nei documenti ufficiali relativi alle missioni, in special modo quelle istituite dalle Nazioni Unite. È ormai una prassi quella dell'inclusione dei riferimenti ai diritti umani nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza relative alla condotta dei militari con riguardo alle singole operazioni¹.

La formula spesso utilizzata è quella della promozione e dell'incoraggiamento del rispetto dei diritti umani². Un possibile esempio è la risoluzione del Consiglio di Sicurezza con la quale è stata istituita la missione MINUSTAH in Haiti, nella quale la missione stessa viene autorizzata a:

“support the Transitional Government as well as Haitian human rights institutions and groups in their efforts to promote and protect human rights, particularly of women and children, in order to ensure individual accountability for human rights abuses and redress for victims”³.

Più generica ma dello stesso tenore la risoluzione con la quale è stata autorizzata la missione UNMIS in Sudan nella quale è incluso un riferimento al contributo della missione “*towards International efforts to protect and promote human rights in Sudan*”⁴.

¹ Si veda M. KATAYANAGI, *Human rights function of peacekeeping operations*, L'Aia, 2002. Per una prospettiva storica si veda K. MANSSON, *The Forgotten Agenda: Human Rights Protection and Promotion in Cold War Peacekeeping*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2005, pp. 379-403

² Che è cosa diversa dal riferimento alle norme poste a tutela dei diritti umani come parametro di condotta dei militari impegnati, ma che conserva comunque il suo interesse in quanto può essere indice del costante impegno delle organizzazioni internazionali nell'integrazione delle norme sui diritti umani nell'ambito delle operazioni militari da esse istituite. Cfr. sul punto G. VERDIRAME, *Compliance with human rights in UN operations*, in *Human Rights Law Review*, 2002, p. 265 ss.

³ UNSC Res. 1542 (2004), 30 aprile 2004, § III (a). Per un commento critico si veda A. HOWLAND, *Peacekeeping and conformity with human rights law: how MINUSTAH falls short in Haiti*, in *International Peacekeeping*, 2006, p. 462

⁴ UNSC Res. 1590 (2005), 24 marzo 2005, § 4 (a)

Su questa falsariga si sono moltiplicati e sono sempre presenti riferimenti ai diritti umani nei documenti relativi alle operazioni⁵.

Il Consiglio di Sicurezza ha spesso ribadito l'importanza dei diritti umani nel contesto delle operazioni di pace in diversi documenti e risoluzioni tematiche, quali ad esempio quelle sulle donne⁶, i bambini nei conflitti armati⁷ e la protezione dei civili⁸. Quest'ultima importante risoluzione può essere presa come paradigma in quanto recita che:

“Reaffirms also its condemnation in the strongest terms of all acts of violence or abuses committed against civilians in situations of armed conflict in violation of applicable International obligations with respect in particular to (i) torture and other prohibited treatment, (ii) gender based and sexual violence, (iii) violence against children, (iv) the recruitment and use of child soldiers, (v) trafficking in humans, (vi) forced displacement, and (vii) the intentional denial of humanitarian assistance and demands that all parties put an end to such practice”⁹.

Per quel che concerne più nel dettaglio le operazioni di pace delle Nazioni Unite, lo *Special Committee on Peacekeeping Operations* (C34)¹⁰ ha enfatizzato l'importanza dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari. Ad esempio nel rapporto del 2005 veniva evidenziato che:

“particularly with regard to the conduct of military, civilian police and civilian personnel in United Nations peacekeeping missions engaged by the Department of Peacekeeping Operations, the Special Committee reiterates its insistence on the need for compliance with obligations under international human rights law and international humanitarian law, and underlines again that all acts of exploitation, including sexual exploitation, and all forms

⁵ Per quanto riguarda le missioni di peacekeeping in Africa, si vedano la missione UNMIL, in Liberia, UNSC Res. 1509 (2003), 19 settembre 2003, § 3), (l), (m); la missione UNOCI, in Costa d'Avorio, UNSC Res. 1528 (2004), 27 febbraio 2004. § 6), (n); la missione MONUSCO, in Congo, UNSC Res. 1925 (2010), 28 maggio 2010, § 12), (c), (h); la missione UNAMID in Darfur, UNSC Res. 1769 (2007), 31 luglio 2007, § 16; la missione UNMISS, in Sud Sudan, UNSC Res. 1996 (2011), 8 luglio 2011, § 3), b), (iii) e (iv), quest'ultimo con specifico riferimento, per la prima volta alla dottrina della responsabilità di proteggere.

⁶ UNSC Res. 1325 (2000), 31 ottobre 2000 e UNSC Res. 1820 (2008), 19 giugno 2008

⁷ UNSC Res. 1612 (2005), 26 luglio 2005 e UNSC Res. 1882 (2009), 4 agosto 2009

⁸ UNSC Res. 1647 (2006), 28 aprile 2006

⁹ *Ibidem*, § 5

¹⁰ Comitato creato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 2006 (XIX) del 18 febbraio 1965 per l'elaborazione di rapporti sul *peacekeeping* delle Nazioni Unite.

of abuse by military, civilian police and civilian personnel in United Nations peacekeeping missions managed by the Department are intolerable”¹¹.

Gli indirizzi che precedono sono stati ampiamente recepiti nel più recente documento sulle operazioni di peacekeeping del 2008, nel quale viene confermato che:

“International human rights law is an integral part of the normative frame work for United Nations peacekeeping operations. The Universal Declaration of Human Rights, which sets the cornerstone of International human rights standards, emphasizes that human rights and fundamental freedoms are universal and guaranteed to everybody. United Nations peacekeeping operations should be conducted in full respect of human rights and should seek to advance human rights through the implementation of their mandates. United Nations peacekeeping personnel – whether military, police or civilian – should act in accordance with international human rights law and understand how the implementation of their tasks intersects with human rights”¹².

All’interno delle Nazioni Unite, poi è interessante sottolineare la presenza di un Memorandum d’intesa, sul quale si tornerà ancora, tra l’ufficio dell’Alto Commissario per i Diritti umani e il Dipartimento delle operazioni di peacekeeping¹³. Tale memorandum si propone come obiettivo quello di aumentare l’effettività delle operazioni di peacekeeping con riguardo alla tutela dei diritti umani attraverso un rafforzamento della cooperazione tra i due organismi delle Nazioni Unite:

“The activities of human rights components of peace-keeping operations shall be based on international human rights standards, as defined in the relevant international treaties, declarations, guidelines and other instruments. In the implementation of their activities [...] and within the framework of their mandate, human rights components of peacekeeping operations will seek to promote an integrated approach to human rights promotion and monitoring, paying due attention to civil, cultural, economic, political and social rights, including the right to development, and to the special needs of women children minorities internally displaced persons and other groups requiring special protection”¹⁴.

¹¹ AD HOC WORKING GROUP OF EXPERTS OF THE SPECIAL COMMITTEE ON PEACEKEEPING OPERATIONS, “*Report of the Special Committee on Peacekeeping Operations and its Working Group at the 2005 substantive session*”, UN Doc. A/59/19, 1 marzo 2005, § 52.

¹² DPKO, *United Nations principles and guidelines*, §§ 14 – 15.

¹³ Memorandum of understanding between the Office of the High Commissioner of Human Rights and the Department of Peacekeeping Operations, Ginevra, 22 novembre 2002, in B. OSWALD-H. DURHAM-A. BATES, *Documents on the law of UN peace operations*, Oxford, 2010, p. 90

¹⁴ *Ibidem*, § 5

In alcuni specifici casi di operazioni militari è stato pensato e sviluppato un autonomo quadro normativo sui diritti umani di riferimento da considerarsi applicabile alla missione e destinato alla sua regolamentazione. È il caso delle amministrazioni transitorie in Kosovo e Timor Leste. Nell'ambito della missione UNMIK, la quale aveva uno specifico mandato di proteggere ed assicurare la protezione e la promozione dei diritti umani¹⁵, è stata emanato il regolamento n. 24 sulla legge applicabile in Kosovo, che comprendeva una serie di convenzioni per la protezione dei diritti umani da ritenersi pertinenti in quel contesto¹⁶. Nel caso della missione UNTAET, anche questa aveva un ampio mandato tale da comprendere l'esercizio di: "all legislative and executive authority, including the administration of justice"¹⁷. Il regolamento n. 1 del 1999 della missione UNTAET conteneva un elenco di norme applicabili costruito sulla falsariga di quello per la missione UNMIK con la sola esclusione della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁸.

¹⁵ UNSC Res. 1244 (1999), 10 giugno 1999, § 11 (j)

¹⁶ *United Nations Administration Mission in Kosovo* (UNMIK), Reg. 1999/24, 12 dicembre 1999 sulla legge applicabile in Kosovo, § 1.3. "In exercising their functions, all persons undertaking public duties or holding public office in Kosovo shall observe internationally recognized human rights standards, as reflected in particular in: a. the Universal Declaration on Human Rights of 10 December 1948; b. the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 and Protocols thereto; c. the International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966 and the Protocols thereto; d. the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 16 December 1966; the Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination of 21 December 1965; f. the Convention on Elimination of All forms of Discrimination Against Women of 17 December 1979; g. the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment of 17 December 1984; and h. the International Convention on the Rights of the Child of 20 December 1989"

¹⁷ UNSC Res. 1272 (1999), 25 ottobre 1999, § 1

¹⁸ *United Nations Administration Mission in Timor Est* (UNTAET), Reg. 1999/1, 12 dicembre 1999 sulla legge applicabile in Timor Est, § 1.3. "In exercising their functions, all persons undertaking public duties or holding public office in Timor Est shall observe internationally recognized human rights standards, as reflected in particular in: a. the Universal Declaration on Human Rights of 10 December 1948; c. the International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966 and the Protocols thereto; d. the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 16 December 1966; the Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination of 21 December 1965; f. the Convention on Elimination of All forms of Discrimination Against Women of 17 December 1979; g. the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment of 17 December 1984; and h. the International Convention on the Rights of the Child of 20 December 1989"

Appare pacifico, quindi, dalla prassi che nell'ambito delle operazioni di peacekeeping l'obbligo di rispettare i diritti umani gravi sui militari impegnati. Questo pare innanzitutto motivato dall'enfasi posta dalle stesse organizzazioni internazionali sul rispetto dei diritti umani e sul ruolo di promozione che le stesse devono svolgere. Sarebbe contraddittorio immaginare una non applicabilità dei diritti umani in un simile contesto. In questo senso, l'applicabilità dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari, per lo meno nella loro "nuova" dimensione multifunzionale, può avere una duplice chiave di lettura: da un lato può servire come paradigma legislativo a cui ispirarsi per la ricostruzione in aree post belliche, dall'altro lato è un parametro di riferimento per la condotta dei cosiddetti "*law enforcement officials*" sia quando usano la forza armata sia quando detengono individui.

3. Segue. La prassi legata ad alcune specifiche convenzioni

a) La Dichiarazione universale dei diritti umani

La Dichiarazione universale dei diritti umani venne adottata nel 1948 con risoluzione dall'Assemblea Generale¹⁹. L'atto in sé e la stessa risoluzione con la quale è stato adottato suggeriscono la natura non vincolante della Dichiarazione²⁰. Sul punto la dottrina è concorde nel ritenere i diritti elencati nella Dichiarazione come parte del diritto internazionale consuetudinario e rientranti, dal punto di vista delle fonti normative, tra i principi generali di diritto di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia²¹.

Per quanto di per sé la Dichiarazione non sia un atto vincolante, il Consiglio di Sicurezza vi ha fatto ampio riferimento nella prassi²² e vi sono riferimenti anche per

¹⁹ *Universal Declaration of Human Rights*, UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810 (1948), 10 dicembre 1948, § 71.

²⁰ O. DE SCHUTTER, *International human rights law*, Oxford 2010, p. 16.

²¹ C. TOMUSCHAT, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008, p. 32

²² Si veda ad esempio la risoluzione 276 del 1970 (UNSC Res. 276 (1970), 30 gennaio 1970) sulla situazione in Namibia, quando il Consiglio di Sicurezza ha affermato che la condotta del governo sudafricano costituiva una "*flagrant violation of the rights of the namibian concerned, the universal*

quanto riguarda nello specifico la condotta delle operazioni militari. In due atti, il *Memorandum of Understanding*, già citato, e il documento “*We are United Nations peacekeepers*” ai militari impegnati in operazioni di pace viene richiesto di aderire agli standard della Dichiarazione universale²³.

b) *I Patti delle Nazioni Unite del 1966*

La natura non vincolante della DUDU ha imposto alle Nazioni Unite l’adozione del Patto internazionale sui diritti civili e politici e del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi nel 1966²⁴. Entrambi sono dotati di efficacia vincolante²⁵. Peraltro, la stessa idea di concepire due trattati internazionale derivava dalla necessità di codificare tutte le categorie di diritti enunciati nella Dichiarazione. La scelta di mantenere separate le categorie dei diritti civili e politici da un lato e dei diritti economici, sociali e culturali dall’altro, era poi dovuta alla volontà di avere due differenti sistemi di protezione ai quali fare corrispondere differenti evoluzioni²⁶.

declaration of human rights and International status of the territory”. La risoluzione è stata la base su cui si è fondata la pronuncia della Corte internazionale di giustizia sulla questione.

²³ AD HOC WORKING GROUP OF EXPERTS OF THE SPECIAL COMMITTEE ON PEACEKEEPING OPERATIONS, *We are the United Nations Peacekeeping personnel*, Un Doc. A/61/19 (Part III) 12 giugno 2007, § 7. “comply with the guidelines on international humanitarian law for forces undertaking united nations peacekeeping operations and the applicable portions of the universal declaration of human rights as fundamental basis of our standards”.

²⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 UNTS 171, New York, 16 dicembre 1966; *International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights*, 993 UNTS 3, New York, 16 dicembre 1966

²⁵ L’idea di fondo era proprio quella di avere uno strumento di protezione dei diritti enunciati nella DUDU che fosse vincolante per gli Stati parte di esso. DE SCHUTTER, *International human rights law*, loc. ult. cit.

²⁶ Si veda sul punto A. EIDE, *Economic, social and cultural rights as human rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS, *Economic social and cultural rights. A textbook*, Dordrecht, 2001, p. 9. Peraltro, le differenze sulla natura dei due Patti ha portato ad un dibattito in dottrina con il sostegno di due tesi contrapposte. Da un lato vi era chi sosteneva che le due categorie di diritti fossero da ritenersi diverse in quanto alla loro natura e sul punto si vedano E.W. VIERDAG, *The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Civil and Political rights*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, p. 9; M. BOSSUYT, *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits economique, sociaux et culturels*, in *Revue des droits de l’homme*, 1975, p. 783. Su posizioni distinte, ossia per la assimilazione dei due strumenti normativi, si veda invece G.J.H. VAN HOOFF, *The legal nature of economic social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views*, in ALSTON-K.TOMASEVSKI, *The right to food*, Dordrecht, 1984, p. 97.

I Patti del 1966 fanno parte dei cosiddetti “*core human rights treaties*”²⁷, tra i quali vi sono anche la Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965)²⁸, la Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (1979)²⁹, la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984)³⁰, la Convenzione sui diritti del fanciullo (1989)³¹, la Convenzione internazionale contro le sparizioni forzate (2006)³².

Il Patto sui diritti civili e politici riveste particolare importanza nell’ambito delle operazioni militari, essendo un atto di natura vincolante che recepisce i diritti civili e politici già enunciati nella Dichiarazione universale ed essendo strumento universale di tutela. Nella prassi, la sua applicabilità nell’ambito delle operazioni del tipo in esame è affermata nel commento generale n. 31 del Comitato sui diritti umani, del 2004³³. Nel commento gli obblighi di rispetto del Patto durante le operazioni di *peacekeeping* e di *peace-enforcement* vengono fatti ricadere sugli Stati fornitori delle truppe.

²⁷ Così DE SCHUTTER, *International human rights law*, cit., p. 19.

²⁸ *International Convention on the Elimination of all form of Racial Discrimination*, 660 UNTS 195, New York, 7 marzo 1966

²⁹ *International Convention on the Elimination of all form of Discrimination against Women*, 1249 UNTS 13, New York, 18 dicembre 1979

³⁰ *International Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1468 UNTS 85, New York, 10 dicembre 1984

³¹ *International Convention on the Rights of the Child*, New York, 1577 UNTS 3, 20 novembre 1989

³² *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, UN Doc. UNGA res. A/61/177 (2006), New York, 20 dicembre 2006

³³ Comitato dei diritti umani, *General Comment No 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, § 10: “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 means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. [...] such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation”.

Nella prassi delle Nazioni Unite si è poi già visto come le norme del Patto siano state incluse nel diritto applicabile in Kosovo da parte dell'amministrazione transitoria UNMIK e come siano poi state incluse nello speculare scenario della missione UNTAET.

Ancora, riferimenti al Patto sui diritti civili e politici sono contenuti negli Status of Forces Agreements tra le Nazioni Unite e gli Stati ospiti³⁴. Nello specifico il modello di SOFA, dell'articolo 47 (a) include un riferimento al Patto quando enuncia le regole sulla possibilità di perseguire penalmente i componenti di un'operazione internazionale³⁵.

Nella prassi più recente, questa volta di tipo giudiziale, la Corte d'appello dell'Aia nel caso *Nuhanovic*³⁶, già discusso nel capitolo secondo con riguardo all'attribuzione delle condotte³⁷, ha ritenuto applicabili alle condotte dei militari olandesi impegnati nell'operazione UNPROFOR, gli articolo 6 e 7 del Patto sui diritti civili e politici³⁸.

Non vi sono invero elementi di prassi con riguardo all'applicabilità del Patto sui diritti economici e sociali, la cui rilevanza, comunque è dettata dal crescente coinvolgimento delle operazioni militari in situazioni di post conflict peace building.

³⁴ Ad esempio, un simile riferimento è stato incluso nel SOFA stipulato tra il governo del Sudan e le Nazioni Unite con riguardo allo Status della missione UNMIS. Si veda a tal proposito: *Agreement between the Government of Sudan and the United Nations concerning the Status of United Nations mission in Sudan (UNMIS)*, Khartoum, 28 dicembre 2005.

³⁵ Si veda anche il SOFA concluso sempre tra Nazioni Unite e Sudan, ma con riguardo alla successiva missione UNAMID.

³⁶ Corte d'appello dell'Aia, H. *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, 200.020.174/01, 5 luglio 2011. Sul sito internet <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5388>

³⁷ Si veda *supra*, capitolo secondo, paragrafo 6

³⁸ Corte d'appello dell'Aia, H. *Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., nota 37, § 6.3. "Test the alleged conduct against the legal principles contained in articles 2 and 3 ECHR and articles 6 and 7 ICCPR (the right to life and the prohibition of inhuman treatment respectively), because these principles, which belong to the most fundamental legal principles of civilized nations, need to be considered as rules of customary international law that have universal validity and by which the State is bound. The Court assumes that, by advancing the argument in its defense that these conventions are not applicable, the State did not mean to assert that it does not need to comply with the standards that are laid down in art. 2 and 3 ECHR and art. 6 and 7 ICCPR in peacekeeping missions like the present one".

c) La protezione dei rifugiati

La Convenzione relativa alla protezione dei rifugiati³⁹ è rilevante ai fini delle operazioni militari in quanto molto spesso nel mandato è presente un riferimento alla protezione di questi soggetti. Si è sviluppata una certa prassi nel senso di ritenere i componenti di un'operazione militare come vincolati da obblighi specifici derivati dalla Convenzione sui rifugiati. Sono esemplificazioni di questa prassi la risoluzione 1756 del 2007 con la quale il Consiglio di Sicurezza ha autorizzato l'operazione MONUC a:

“contribute to the improvement of the security conditions in which humanitarian assistance is provided, and assist in the voluntary return of refugees and internally displace persons”⁴⁰.

La protezione dovrebbe estendersi anche ai campi dei rifugiati e a tal proposito specifici obblighi di protezione gravano sui peacekeeper come ad esempio dimostrato dalla risoluzione 1834 del 2008 con la quale è stata autorizzata l'operazione nella Repubblica Centro Africana, MINURCAT, e nella quale è stato posto l'accento sul:

“need to respect International refugee law, preserve the civilian and humanitarian nature of the refugee camps and internally displace persons sites and prevent any recruitment of individuals, including children, which might be carried out in or around the camps by armed groups”⁴¹.

Ancora, è possibile ricavare un obbligo per i peacekeeper di cooperare con l'UNHCR⁴², l'organo sussidiario creato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con il fine specifico della protezione dei rifugiati. Sempre nell'ambito dell'operazione MINURCAT, già citata, il Consiglio di Sicurezza ha esplicitato, con risoluzione, che era ai peacekeepers veniva richiesto di:

³⁹ *International Convention relating to the Status of Refugees*, 189 UNTS 137, Ginevra, 28 luglio 1951

⁴⁰ UNSC Res. 1756 (2007), 15 maggio 2007, § 2 (b)

⁴¹ UNSC Res. 1834 (2008), 24 settembre 2008, Preambolo, § 12

⁴² United Nations High Commissioner for Refugees.

“liaise with the Chadian Government and the office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) in support of their efforts to relocate refugee camps which are in close proximity to the border, and to provide to UNHCR, on availability and cost-rembursable basis, logistical assistance for that purpose”⁴³.

Gli obblighi che gravano sui peacekeepers non sono generici e non attengono solo alla cooperazione con altre agenzie delle Nazioni Unite. Il riferimento alla Convenzione sui rifugiati ed ai suoi protocolli aggiuntivi è reso esplicito dal Consiglio di Sicurezza nelle risoluzioni sulle donne, la pace e la sicurezza⁴⁴, sui bambini nei conflitti armati⁴⁵, e sulla protezione dei civili nei conflitti armati⁴⁶. Ad esempio la risoluzione n. 1325 del 2000 sulle donne, la pace e la sicurezza stabilisce che i peacekeepers sarebbero tenuti a:

“respect fully International law applicable to the rights and protection of women and girls, especially as civilians, in particular the obligations applicable to them under [...] the Refugee Convention of 1951 and the Protocol thereto of 1967”⁴⁷.

Se possibile il concetto è reso ancora più esplicito nella risoluzione del 2006 sulla protezione dei civili nei conflitti armati nella quale il consiglio di sicurezza riafferma:

“the need to maintain the security and civilian character of refugee and internally displaced person camps, stresses the primary responsibility of States in this regard, and encourages the Secretary General where necessary and in the context of existing peacekeeping operations and their respective mandates, to take all feasible measures to ensure security in and around such camps and of their inhabitants”⁴⁸.

Ancora la stessa risoluzione, di estrema importanza, si riferisce all’inclusione nei mandati di specifiche disposizioni che riguardino i rifugiati e lo fa in questo senso:

⁴³ UNSC Res. 1778 (2007), 25 settembre 2007, § 2 (c)

⁴⁴ Si vedano a tal proposito UNSC Res. 1325 (2000), 31 ottobre 2000 e UNSC Res. 1820 (2008), 19 giugno 2008

⁴⁵ Si vedano a tal proposito UNSC Res. 1612 (2005), 26 luglio 2005 e UNSC Res. 1882 (2009) 4 agosto 2009

⁴⁶ Si vedano UNSC Res. 1674 (2006), 28 aprile 2006 e UNSC Res. 1894 (2009), 11 novembre 2009

⁴⁷ UNSC Res. 1325 (2000), cit., § 9.

⁴⁸ UNSC Res. 1674, cit., § 14.

“ensuring that the mandates of United Nations peacekeeping, political and peacebuilding missions include where appropriate and on a case by case basis, provisions regarding [...] (iii) the creation of conditions conducive of the voluntary, safe, dignified and sustainable return of refugees and internally displaced persons, and expressed its intention of ensuring that (i) such mandates include clear guidelines as to what missions can and should do to achieve these goals”⁴⁹

La necessità del rispetto delle norme della Convenzione sui rifugiati emerge anche dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1265 del 1999 sulla protezione dei civili nei conflitti armati con la quale veniva richiesto al Segretario Generale di assicurare un’adeguata preparazione del personale coinvolto nelle operazioni militari con riguardo non solo ai diritti umani ed al diritto umanitario, ma anche alla protezione dei rifugiati⁵⁰.

d) *Convenzione contro la tortura*

Non vi sono specifici riferimenti alla Convenzione contro la tortura nella prassi delle operazioni militari, ve ne sono tuttavia in altri atti ufficiali delle Nazioni Unite che invece sono applicabili in quei contesti. Nell’ambito del trattamento dei prigionieri, ad esempio, l’interpretazione che è stata data del *Body of principles for the protection of all persons under any form of detention or imprisonment*⁵¹ è piuttosto ampia e ricorda la Convenzione contro la tortura⁵².

Si pensi ad esempio al principio n. 1 con il quale viene imposto di trattare i detenuti, gli arrestati o gli imprigionati “in a humane manner and with respect for the inherent dignity of the human person”⁵³. Il principio n. 6, poi, fa ancora riferimento al divieto di trattamenti inumani, in quanto proibisce “torture or cruel, inhuman or degrading

⁴⁹ Ibidem, § 16

⁵⁰ UNSC Res. 1265 (1999), 17 settembre 1999, § 14. “ensure that United Nations personnel involved in peacemaking, peacekeeping and peacebuilding activities have appropriate training in International humanitarian law, human rights and refugee law”.

⁵¹ *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, UN Doc. A/RES/43/173, 9 dicembre 1988

⁵² T. TREVES, *The UN body of principles for the protection of detained or imprisoned persons*, in *American Journal of International Law*, 1990, p. 578

⁵³ *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, cit., Principle 1.

treatment or punishment”⁵⁴. Di particolare interesse e rilevanza risulta essere l’interpretazione che lo stesso gruppo di lavoro che ha redatto i principi da del principio n. 6 che andrebbe letto nella maniera più ampia possibile in modo tale da estendere al massimo la protezione offerta al punto di includere, tra i comportamenti vietati, la privazione di qualsiasi senso dell’individuo soggetto a misure restrittive della libertà. In ossequio a questa interpretazione, piuttosto lata, anche la semplice privazione momentanea della vista di un detenuto può essere considerata come una violazione.

Quanto sopra induce a pensare che gli Stati abbiano quanto meno un obbligo di istruire i propri militari impegnati in operazioni militari sulla definizione di tortura enucleata dalla Convenzione.

e) Convenzione contro il genocidio

La recente pronuncia della Corte d’appello dell’Aia nel caso *Nuhanovic*⁵⁵ ha proposto un interessante argomento a favore dell’applicabilità di determinati obblighi derivanti dalla Convenzione contro il genocidio. Finora, infatti, l’unica traccia rilevata nella prassi di applicabilità di questa Convenzione nel contesto delle operazioni militari è rinvenibile con riguardo all’operazione MONUC, nella Repubblica democratica del Congo. Con la risoluzione 1756 del 2007, il Consiglio di Sicurezza ha infatti autorizzato la missione ad arrestare o detenere individui sospetti di aver commesso gravi crimini, quale è appunto il crimine di genocidio⁵⁶.

Gli obblighi che graverebbero sui peacekeepers, quindi, sarebbero solo obblighi di cooperazione al fine di fare giustizia sulle gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario.

Quanto invece potrebbe emergere in futuro è una possibile implicazione degli obblighi in materia di prevenzione del genocidio nella condotta dei militari impegnati in

⁵⁴ *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, cit., Principle 6.

⁵⁵ Cfr. *supra*, nota 37.

⁵⁶ UN Doc. S/RES/1756, 15 maggio 2007, § 3 (c)

operazioni militari. Potrebbe infatti emergere un obbligo di prevenire determinate condotte nel caso in cui quei soldati siano nella posizione per poterlo fare⁵⁷.

4. Le teorie in merito all'applicabilità dei diritti umani alle operazioni militari

Le organizzazioni internazionali, come visto nel capitolo precedente, sono soggetti di diritto internazionale in grado di essere destinatari di obblighi giuridici derivanti dal diritto internazionale stesso. Tra questi obblighi vi sono senza dubbio quelli legati alla tutela dei diritti umani⁵⁸. Peraltro gli obblighi che gravano sulle organizzazioni internazionali non sono limitati a quelli espressamente accettati dall'organizzazione stessa, ma sarebbero le stesse che gravano sugli Stati⁵⁹. Una simile impostazione deriva peraltro dall'impostazione della stessa Corte internazionale di giustizia che, nel caso *Reparation for injuries* del 1949, ha avuto modo di sancire in via di principio che le Organizzazioni internazionali sono a tutti gli effetti soggetti di diritto internazionale e, in quanto tali, destinatarie di quegli obblighi e diritti che spettano a tutti gli altri soggetti, Stati in primis⁶⁰. D'altronde la stessa definizione legata allo status di soggetto di diritto internazionale suggerisce che un'entità possa essere considerata come tale solo se sia destinataria di diritti ed obblighi derivanti dal diritto internazionale.

⁵⁷ Corte d'appello dell'Aia, *H. Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, cit., nota 37, § 6.22. Invero, la Corte d'appello dell'Aia sembra voler evitare di addentrarsi sul punto di un'eventuale responsabilità dello Stato olandese per la mancata prevenzione del crimine di genocidio, lasciando la questione in sospeso nonostante il fatto che tale responsabilità sia stata sollevata dai ricorrenti. Nonostante ciò, sul punto potrebbero esserci evoluzioni interessanti nel prossimo futuro.

⁵⁸ A. CLAPHAM, *Human rights obligations of non state actors*, Oxford, 2006, p. 109.

⁵⁹ C. TOMUSCHAT, *International law: ensuring the survival of mankind on the eve of the new century: general course on public international law*, L'Aja, 2001, p. 135. L'Autore peraltro ricorda come non sia possibile attribuire alle Organizzazioni internazionali più o più estesi obblighi rispetto a quelli che gravano sugli Stati.

⁶⁰ ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory opinion, 11 aprile 1949, ICJ Reports 1949, p. 174. In questo senso anche il parere consultivo reso dalla stessa Corte internazionale di giustizia nel 1980 sull'interpretazione dell'accordo del 1951 tra l'OMS e l'Egitto. Si veda, ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory opinion, 20 dicembre 1980, ICJ Reports 1980, p. 89. Si veda poi anche il parere reso nel caso riguardante la liceità dell'uso delle armi nucleari da parte degli Stati durante i conflitti armati. Si veda ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996, p. 226

La dottrina⁶¹ ha spesso fatto riferimento ai casi della Corte internazionale di giustizia per giustificare l'applicabilità dei diritti umani alle organizzazioni internazionali. Più dibattuta, invece, la questione della base giuridica per detta applicabilità. Questa va ricercata nel diritto interno di ogni Organizzazione⁶². Nel caso delle Nazioni Unite, va senz'altro preso come punto di partenza e di riferimento l'articolo 1, paragrafo terzo della Carta di San Francisco, il quale indica tra i fini dell'organizzazione quello di promuovere e sviluppare la tutela dei diritti umani⁶³. Inoltre, l'articolo 55 della Carta il quale chiede alle Nazioni Unite di favorire il rispetto universale dei diritti umani e delle libertà fondamentali può essere preso come punto di riferimento⁶⁴. Invero, sulla reale portata di questi due articoli la dottrina tende a ritenere che l'articolo 1 sia una norma di natura più che altro programmatica⁶⁵, mentre l'articolo 55 sia effettivamente fonte di obbligazioni, anche se formulato in maniera generica⁶⁶. Le obbligazioni che gravano sulle Nazioni

⁶¹ KOLB-PORRETTO-VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles 2005, p. 258

⁶² KOLB-PORRETTO-VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: forces de paix et administrations civiles transitoires*, loc. ult. cit.

⁶³ *The Charter of the United Nations*, San Francisco, 26 giugno 1945, articolo 1, paragrafo 3. "The purpose of the United Nations are: [...]To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion"

⁶⁴ *The Charter of the United Nations*, cit., articolo 55. "With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote: [...]universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion".

⁶⁵ M. BEDJAOU, *Article 1*, in COT-PELLET, *La Charte des Nations Unies*, Parigi, 1985, p. 26.

⁶⁶ Sulla genericità della disposizione si veda KOLB-PORRETTO-VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: forces de paix et administrations civiles transitoires*, loc. ult. cit.; sulla portata obbligatoria dell'articolo 55 si veda H. ROLIN, *Les principes du droit International public*, RCADI, 1950, p. 411; R. WOLFRUM, *Article 55 (a) and (b)* e K.J. PARTSCH, *Article 55 (c)*, in B. SIMMA, *The Charter of the United Nations*, cit., pp. 759 ss.

Unite fondate su questi articoli sarebbero quindi obbligazioni di sviluppare, incoraggiare o facilitare la protezione dei diritti umani nel diritto internazionale⁶⁷.

Stante la genericità delle norme contenute nella Carta non si può negare che le Nazioni Unite siano obbligate dal rispetto delle norme sui diritti umani. Sarebbe infatti paradossale ammettere che questa organizzazione debba agire per promuovere il rispetto di dette norme da parte degli Stati ma che invece possa esserne esonerata quando agisce senza il loro tramite⁶⁸. In questo senso, e con riguardo specifico alla prassi esaminata poc'anzi, si può concludere per la piena applicabilità dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari istituite dalle organizzazioni internazionali.

La soluzione, tuttavia, non è semplice. La capacità, in astratto, per le organizzazioni internazionali di essere destinatarie delle obbligazioni derivanti dai trattati sui diritti umani deve essere analizzata, anzitutto, partendo da un presupposto: le organizzazioni internazionali non possono essere parte dei più rilevanti trattati posti a tutela dei diritti dell'uomo⁶⁹. Occorre tuttavia valutare quanto le norme pattizie possano vincolare le organizzazioni internazionali a prescindere dal diritto consuetudinario⁷⁰. La questione è stata affrontata con riguardo alle possibilità di estendere alle organizzazioni internazionali gli obblighi di uno Stato quando le prime ne amministrino il territorio⁷¹. In uno studio preparato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite sul punto non è stata

⁶⁷ MEGRET-HOFFMAN, *The United Nations as human rights violator? Some reflections on the United Nations changing human rights responsibilities*, in *Human Rights Quarterly*, 2003, p. 319.

⁶⁸ KOLB-PORRETTO-VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: forces de paix et administrations civiles transitoires*, cit., p. 260.

⁶⁹ Ibidem

⁷⁰ KOLB-PORRETTO-VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: forces de paix et administrations civiles transitoires*, cit., p. 240.

⁷¹ Problema affrontato in uno studio del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 1974 sull'applicabilità all'Organizzazione dei trattati che vincolano gli Stati i quali territori vengono dall'ONU amministrati. "Possibilities of participation by the United Nations in international agreements on behalf of a territory. Study prepared by the Secretariat", UN Doc. A/CN.4/281, p. 7 ss.

mai fatta menzione dei trattati sulla tutela dei diritti umani⁷². Secondo dottrina, tuttavia, questa impostazione non sarebbe più corrispondente alla prassi attuale, stante soprattutto il crescente ruolo delle organizzazioni internazionali e delle Nazioni Unite nello specifico nella gestione di territori⁷³.

Quale che sia la risposta alla domanda di cui sopra, le norme sui diritti umani sono da considerarsi applicabili alle organizzazioni internazionali in virtù del diritto internazionale consuetudinario⁷⁴. Una simile teoria sembra rafforzata anche dalla prassi delle stesse organizzazioni internazionali quando autorizzano il dispiegamento di operazioni militari⁷⁵.

La questione, tuttavia, non si presenta come semplice anche a fronte di questa soluzione. Occorre infatti valutare quali norme sui diritti umani abbiano effettivamente lo status di diritto consuetudinario⁷⁶.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è considerata avere uno status di diritto consuetudinario⁷⁷, essendo espressione dei principi generali comuni in materia di diritti umani⁷⁸. In questo senso depone la maggior parte della dottrina, evidenziando come le norme internazionali in materia di diritti umani siano state elaborate dalla quasi totalità degli Stati della Comunità internazionale con l'idea di creare un catalogo di diritti

⁷² Ibidem.

⁷³ KOLB-PORRETTO-VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: forces de paix et administrations civiles transitoires*, cit., p. 241. Secondo questi Autori in tali casi l'applicabilità delle norme pattizie si imporrebbe.

⁷⁴ Si veda J. K. KLEFFNER, *Human rights and international humanitarian law*, in T. GILL-D.FLECK, *The handbook of the international law of military operations*, Oxford, 2010, p. 67.

⁷⁵ In questo senso la decisione n. 2005/24 del *Secretary General's Policy Committee on Human Rights in Integrated Missions* nella quale viene ribadito il concetto dell'applicabilità dei diritti umani nell'ambito delle operazioni di pace delle Nazioni Unite.

⁷⁶ J.P. FLAUSS, *La protection des droits de l'homme et les sources du droit International*, Parigi, 1995, p. 49

⁷⁷ DE SCHUTTER, *International human rights law*, cit., p. 45

⁷⁸ DECAUX, *De la promotion a la protection des droits de l'homme. Droit declaratoire et droit programmatore* e G. COHEN-JONATHAN, *La protection des droits de l'homme et l'evolution de droit international*, in *La protection des droits de l'homme et l'evolution de droit international. Colloque de Strasbourg de la Societe Francaise pour le droit international*, Parigi, 1998, p. 108.

universale⁷⁹. Parte della dottrina, invece, tende a circoscrivere quanto più possibile il novero dei diritti tutelati da norme non scritte⁸⁰. In una sorta di via di mezzo si collocano coloro i quali ritengono che facciano parte del diritto internazionale consuetudinario solo quelle norme sui diritti umani che proteggano la dignità umana⁸¹.

Dal punto di vista della prassi giurisprudenziale, la Corte internazionale di giustizia sembra aver avallato l'idea che la Dichiarazione universale sia rappresentativa del diritto internazionale generale, nel caso *Barcelona Traction*⁸² e nelle opinioni nei casi *Genocidio*⁸³ e *Namibia*⁸⁴.

5. L'applicabilità dei diritti umani agli Stati fornitori delle truppe

La natura delle operazioni militari impone, tuttavia, una riflessione sull'applicabilità delle norme sui diritti umani agli Stati fornitori delle truppe. Come visto nel secondo capitolo del presente lavoro, tanto le organizzazioni internazionali, quanto gli Stati che forniscono i contingenti possono essere ritenuti responsabili per le condotte dei militari in questione⁸⁵. Se è vero, infatti, che le Nazioni Unite hanno comando e controllo

⁷⁹ Si veda sul punto J.P. HUMPREY, *The universal declaration of human rights*, in B. RAMCHARAN, *The changing fortunes of the Universal Declaration on Human Rights*, L'Aja, 1979, p. 37.

⁸⁰ Si vedano ad esempio B. SIMMA-P. ALSTON, *The sources of human rights law: custom, jus cogens and general principles*, in *Australian Yearbook of International Law*, 1992, p. 82; SIMMA, *International human rights and general international law: a comparative analysis*, in *Recueil des Cours de l'Accademie de droit europeen*, 1993, pp. 213 ss.

⁸¹ T. MERON, *Human rights and International humanitarian law as customary law*, Oxford, pp. 79 ss.; O. SCHACHTER, *International law in theory and practice: general course in public international law*, L'Aja, 1982, p. 333, FLAUSS, *La protection des droits de l'homme et les sources du droit International*, cit., p. 67.

⁸² ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)(New Application: 1962)*, 5 febbraio 1970, ICJ Repors 1970

⁸³ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory opinion, 20 novembre 1950, ICJ Reports 1950

⁸⁴ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 5 agosto 1970, ICJ Reports 1970

⁸⁵ Sul punto, si richiama L. CONDORELLI, *Le statut des forces de l'ONU et le droit International humanitaire*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pp. 880-906

sulle forze sul campo, gli Stati mantengono un certo grado di controllo, originando quello che è stato definito come un comando organico⁸⁶.

Il problema allora si sposta sull'applicabilità dei diritti umani agli Stati fornitori e sui problemi connessi. Essenzialmente si tratta di comprendere se i trattati sui diritti umani possono applicarsi alle attività di uno Stato al di fuori del proprio territorio e molto spesso al di fuori del proprio contenente.

6. *Segue.* Il problema della extraterritorialità

Le questioni legate all'applicabilità extraterritoriale delle norme poste a tutela dei diritti umani sono di cruciale importanza nel più generale dibattito sull'applicabilità di queste norme nel contesto delle operazioni militari istituite dalle Organizzazioni internazionali. Come visto nel secondo capitolo, infatti, le norme tanto di diritto umanitario quanto dei diritti umani si applicano sia alle Organizzazioni internazionali che agli Stati. Ciò assume ancora più importanza alla luce degli ultimi sviluppi, ossia la multipla attribuzione delle condotte ai soggetti coinvolti in simili operazioni.

Di regola, le norme sui diritti umani si applicano nel territorio dello Stato vincolato dal trattato che enuclea la norma o dalla regola di diritto consuetudinario che la contiene. Nel caso delle operazioni militari, tuttavia, gli Stati si trovano ad operare, per tramite delle truppe messe a disposizione dell'organizzazione internazionale, sul territorio di altri Stati. Occorre, quindi, valutare l'applicabilità extraterritoriale delle norme sui diritti umani e la loro capacità di garantire protezione anche al di fuori dello Stato a cui sono destinate.

7. *Segue.* Le clausole di giurisdizione nei trattati sui diritti umani

I primi trattati internazionali sui diritti umani a contenere una clausola sulla giurisdizione sono senz'altro la Convenzione europea dei diritti umani del 1950⁸⁷ e il

⁸⁶ In questo senso CONDORELLI, *Le statut des forces de l'ONU et le droit International humanitaire*, cit., p. 897 "Il y a au contraire une double imputation, et ceci pour deux raisons : la première est que les casques bleus, tout en étant mis à la disposition de l'Organisation par les états, restent soumis de façon continue à l'autorité nationale; la seconde est que par leurs actions s'exprime la puissance tant de l'ONU que des États d'envoi"

Patto sui diritti civili e politici del 1966. I due testi, per quanto pensati nella stessa epoca, sono stati conclusi con scadenze temporali differenti.

L'articolo 1 della ConvEDU contiene quella che è stata definita la clausola "prototipo"⁸⁸ della giurisdizione:

"The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention".

Per quanto la sopracitata clausola sia poi ripetuta in numerosi trattati, ogni altra clausola è formulata diversamente⁸⁹. Le parole dell'articolo 2 del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite impongono agli Stati di rispettare ed assicurare il rispetto dei diritti protetti dal documento "to all individuals within their territory and subject to their jurisdiction". Quanto ha creato più problemi in relazione all'interpretazione di questa norma è stato il riferimento al territorio dello Stato, riferimento che è assente tanto nel Patto sui diritti economici e sociali, quanto in altri strumenti regionali posti a tutela dei diritti dell'uomo, quali, come già visto, la Convenzione europea e la Convenzione inter-americana sui diritti umani⁹⁰. Curioso notare come lo stesso Protocollo aggiuntivo al Patto, il secondo, votato all'eliminazione della pena di morte, contenga una clausola senza il riferimento al territorio⁹¹.

⁸⁷ *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS 5, 213 UNTS 221, Roma, 4 novembre 1950

⁸⁸ M. MILANOVIC, *From compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 412

⁸⁹ MILANOVIC, *From compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties*, loc. ult. cit.

⁹⁰ *American Convention on Human Rights*, OASTS 36, 1144 UNTS 143, 21 novembre 1969, art. 1: "The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition"

⁹¹ *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty*, Article 1, § 1, "No one within the jurisdiction of a State Party to the present Protocol shall be executed".

Nell'ambito di altri trattati sui diritti umani solo la Convenzione per la protezione dei lavoratori migranti contiene una clausola simile a quella dell'articolo 2 del Patto, ma la formulazione comunque differisce in quanto le due locuzioni "subject to its jurisdiction" e "within its territory" sono legate da una "o" disgiuntiva e non da una "e" congiuntiva⁹².

Vi sono poi altre tipologie di clausole di giurisdizione che possono essere divise in due ulteriori categorie. Vi sono le clausole che vengono incluse solo con riguardo a specifici diritti, come il caso della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965⁹³ e il caso della Convenzione contro la tortura⁹⁴. Vi sono ancora quelle clausole di giurisdizione che regolano non tanto gli obblighi dei soggetti vincolati quanto la competenza delle Corti istituite dalle Convenzioni stesse e chiamate a giudicare sulle loro violazioni. È il caso, ad esempio, del Comitato dei diritti umani, regolato dal primo Protocollo aggiuntivo al Patto del 1966: in questa clausola il riferimento al territorio non c'è, ma va detto che in alcun modo questo può essere usato come base per espandere la clausola di giurisdizione del Patto, essendo solo una clausola di giurisdizione di una Corte⁹⁵.

⁹² *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*, 2220 UNTS 93, New York, 18 dicembre 1990, Articolo 7, "States Parties undertake, in accordance with the international instruments concerning human rights, to respect and to ensure to all migrant workers and members of their families within their territory or subject to their jurisdiction the rights provided for in the present Convention without distinction of any kind such as to sex, race, colour, language, religion or conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic position, property, marital status, birth or other status"

⁹³ Ad esempio si veda *International Convention for the elimination of all forms of racial discrimination*, cit., Articolo 3: "States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction".

⁹⁴ *International Convention against torture and other cruel inhuman or degrading treatment or punishment*, cit., articolo 2, § 1: "Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction; Art. 5, § 1, (a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State; Art. 5, § 2, Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph I of this article". Ma si vedano anche gli articoli 7, § 1, 11, 12, 13, 16 e 22, § 1.

⁹⁵ Per un'analisi della distinzione tra il concetto di giurisdizione nei trattati sui diritti umani e il concetto di giurisdizione delle Corti che giudicano le loro violazioni, si veda MILANOVIC, *From*

La nomenclatura della giurisdizione nell'articolo 2 del Patto ha portato ad una giurisprudenza altalenante sul tema della extraterritorialità, che vale la pena di esaminare insieme ad una dottrina non sempre costante.

Nel 2004 il Comitato dei diritti umani ha fornito un'importante interpretazione dell'articolo 2 del Patto nel Commento generale n. 31 alla luce del quale gli Stati parte:

“must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State party, even if not situated within the territory of the State Party. 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”⁹⁶.

Una simile posizione è stata contestata da alcuni Stati, invero pochi⁹⁷ e ha trovato anche alcuni ostacoli in dottrina⁹⁸, ma pare in realtà seguire la prassi dello stesso Comitato dei diritti umani in casi di detenzione⁹⁹ e di occupazione militare¹⁰⁰ e pare anche ricevere il favore della maggior parte degli autori¹⁰¹. La Corte internazionale di giustizia sembra poi aver aderito a questa interpretazione nei casi sul muro¹⁰² e sulle attività armate sul territorio del Congo¹⁰³.

compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties, cit., pp. 415-417.

⁹⁶ Comitato dei diritti umani, *General Comment No 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, cit., § 10

⁹⁷ Olanda, Israele, Regno Unito e Stati Uniti. Si veda C. DROEGE, *The interplay between International humanitarian law and human rights law in situations of armed conflicts*, in *Israel Law Review*, 2007, p. 310

⁹⁸ M. J. DENNIS, *Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 119

⁹⁹ Si veda il caso *Lopez Burgos c. Uruguay*, cfr. *infra*, nota 109

¹⁰⁰ Si vedano le osservazioni conclusive su Israele del 1998, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, § 10 e del 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, § 11.

¹⁰¹ Si veda F. COOMANS-M.T. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Anversa, 2004, pp. 63-66; C. DROEGE, cit.

¹⁰² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, ICJ Reports 2004, p. 136, §§ 108-111

8. *Segue. La giurisprudenza internazionale*

La giurisprudenza internazionale offre differenti interpretazioni con riguardo alla nozione di giurisdizione.

a) *La Corte internazionale di giustizia*

La massima giurisdizione internazionale ha avuto modo di affrontare la questione dell'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani nell'opinione consultiva nel caso della costruzione del muro nei territori occupati palestinesi¹⁰⁴. In quell'occasione la Corte dell'Aia ha interpretato l'articolo 2 del Patto sui diritti civili e politici nel senso di ritenere applicabili quelle norme sui diritti umani a carico dello Stato di Israele nei territori palestinesi occupati¹⁰⁵. I giudici fondavano la loro asserzione sul controllo esercitato da questo stato nella *West Bank*, tale da far considerare quei territori come un'estensione di Israele. La Corte infatti richiamava nella sua motivazione l'articolo 12 del Patto¹⁰⁶, che fa specifico riferimento al territorio di uno Stato al fine di sancire la libertà di movimento¹⁰⁷.

b) *Il Comitato dei Diritti Umani*

Come già accennato poc'anzi, il *leading case* per quanto riguarda l'extraterritorialità dei diritti umani è senz'altro il caso *Lopez Burgos*¹⁰⁸, portato dinanzi al Comitato dei diritti umani del Patto sui diritti civili e politici. Questo caso è il più

¹⁰³ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 dicembre 2005, ICJ Reports 2005, p. 168, § 216

¹⁰⁴ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, loc. ult. cit.

¹⁰⁵ *Ibidem*: “in the current circumstances, the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect[s] the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall[s] within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public inter-national law”.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ La Corte, peraltro, considerava la costruzione di un muro essere una manifestazione di controllo tale da far rientrare la *West Bank* nel territorio di Israele.

¹⁰⁸ Comitato dei diritti umani, *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. R.12/52, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176 (1981)

significativo per quel che riguarda l'interpretazione dell'articolo 2 del Patto e segna anche un punto di svolta importante nella giurisprudenza sull'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani.

Il caso riguardava un rapimento commesso da forze militari uruguayane sul territorio dell'Argentina. Punto nodale del riconoscimento o meno della violazione era quindi la sussistenza della giurisdizione dell'Uruguay al di fuori del suo territorio.

Il comitato adottava una storica pronuncia affermando la sottoposizione del Lopez Burgos alla giurisdizione dell'Uruguay e la necessità di interpretare l'articolo 2 del Patto nel senso di evitare che uno Stato possa commettere violazioni dei diritti umani non sanzionate al di fuori del suo territorio, quando all'interno dello stesso queste sarebbero sanzionate¹⁰⁹.

c) La Commissione Inter-Americana Dei Diritti Umani

La Commissione Inter-americana dei diritti dell'uomo si è sempre mostrata piuttosto aperta verso l'applicabilità extraterritoriale della normativa a tutela dei diritti umani. Nell'*Haitian Interdiction Case*¹¹⁰, del 1997, la Commissione ha affermato che la Convenzione per la protezione dei rifugiati deve avere un'applicazione extraterritoriale, riscontrando quindi una violazione da parte degli Stati Uniti¹¹¹. La stessa Commissione Inter-Americana ha ribadito la sua posizione due anni dopo, nel caso *Coard* contro Stati

¹⁰⁹ Comitato dei diritti umani, *Lopez Burgos v. Uruguay*, cit., § 12. “[I]t would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.” Invero, l'impostazione del Comitato ha suscitato la reazione del Prof. Tomuschat, il quale, predisponendo un'opinione individuale faceva notare come il ricorso all'applicabilità extraterritoriale dovesse rimanere un fatto eccezionale, da limitarsi in quelle situazioni di occupazione di territori stranieri. “Thus, a State party is normally unable to ensure the effective enjoyment of the rights under the Covenant to its citizenis abroad, having at its disposal only the tools of diplomatic protection with their limited potential. Instances of occupation of foreign territory offer another example of situations which the drafters of the Covenant had in mind when they confined the obligation of States parties to their own territory”.

¹¹⁰ Inter-American Commission of Human Rights, *Case 10.675 v. United States*, Report n. 51/96, 13 marzo 1997. Il caso concerneva la pratica da parte degli Stati Uniti di intercettare e rimpatriare profughi haitiani prima ancora del loro ingresso negli Stati Uniti. La Commissione, quindi, dovette esprimersi sugli obblighi gravanti sugli Stati per attività che non si verificano sul loro territorio.

¹¹¹ Inter-American Commission of Human Rights, *Case 10.675 v. United States*, cit., §§ 157 e 163.

Uniti¹¹², affermando l'applicabilità extraterritoriale della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo letta in combinato disposto con l'articolo 1 della Convenzione americana sui diritti umani¹¹³.

Nella giurisprudenza appena analizzata è possibile riscontrare un approccio teso a far coincidere la questione della giurisdizione statale con quella dell'attribuzione della condotta. Per quanto effettivamente le due valutazioni spesso vadano ad intersecarsi, il discorso sull'attribuzione finisce per sussumere quello relativo alle giurisdizione con il risultato di considerare “*under the jurisdiction*” di uno Stato qualsiasi individuo che direttamente subisca una violazione di diritto internazionale attribuibile allo Stato in questione¹¹⁴.

d) La Giurisprudenza Della Corte Europea Dei Diritti Umani

La giurisprudenza della CorEDU è forse la più interessante sul punto dell'applicabilità extraterritoriale delle norme poste a tutela dei diritti umani. Per quanto, infatti, la Convenzione sia uno strumento regionale, le sue pronunce possono servire per interpretare le norme del Patto, come peraltro fatto dalla stessa Corte di Strasburgo nel caso *Bankovic*, che verrà analizzato tra poco.

L'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo tende a considerare separatamente la questione della giurisdizione, che potremmo definire come modello “territoriale”, dalla questione dell'attribuzione della condotta che potremmo definire come modello “personale”¹¹⁵. In un primo momento la giurisprudenza di Strasburgo sembra orientarsi verso il primo modello, mentre con l'evoluzione della casistica è possibile notare un avvicinamento al secondo modello.

¹¹² Inter-American Commission of Human Rights, *Coard v. United States*, Report n. 109/9, 29 settembre 1999, DC 215-6.

¹¹³ Inter-American Commission of Human Rights, *Coard v. United States*, cit., § 37.

¹¹⁴ C. TOMUSCHAT, *Human rights. From idealism to realism*, Oxford, 2008, p. 75

¹¹⁵ Sulla distinzione tra i due modelli, che si riprenderà comunque più avanti si rimanda a P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti umani*, Torino, 2011

La prima giurisprudenza di riferimento è senza dubbio il caso *Loizidou* contro Turchia¹¹⁶. In questa vicenda la Corte di Strasburgo ha affermato l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi gravanti sulla Turchia, estendendo gli stessi alla Repubblica Turca di Cipro del Nord, controllata dalla Turchia stessa. Le basi giuridiche per considerare tale estensione erano state individuate dalla CorEDU nell' "effective overall control" esercitato dalla Turchia su quella porzione di territorio, giudicando un simile controllo in grado di conferire allo Stato in questione un potere di governo tale da estendere la giurisdizione della Turchia al di fuori dei suoi confini¹¹⁷. Essenzialmente si è trattato quindi di una decisione basata sul controllo di una parte di territorio da parte di uno Stato e non tanto di un controllo su uno o più soggetti, tant'è che in un successivo giudizio, Cipro contro Turchia del 2001¹¹⁸, la Corte ha ribadito il concetto e attribuendo alla Turchia tutti gli atti compiuti a Cipro del Nord a prescindere dall'attribuibilità di essi ad agenti dello stato turco¹¹⁹.

Il caso *Bankovic* e altri contro il Belgio ed altri sedici Stati firmatari della ConvEDU e componenti della coalizione che ha preso parte ai bombardamenti della NATO in ex Iugoslavia¹²⁰ ha ripreso e specificato la posizione della Corte nel caso *Loizidou* dando tuttavia origine ad una giurisprudenza altalenante sul punto. La Corte in *Bankovic* chiarisce il significato della norma contenuta nell'art. 1 della ConvEDU, "within their jurisdiction", affermando in primo luogo che la giurisdizione statale debba essere prima di tutto territoriale e che il riconoscimento di una giurisdizione extraterritoriale debba avvenire in via eccezionale¹²¹. L'approccio seguito nei casi

¹¹⁶ Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia*, Preliminary objections, 15318/89, 23 marzo 1995; *Loizidou c. Turchia*, Judgment, 15318/89, 18 dicembre 1996

¹¹⁷ Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia*, cit., § 52

¹¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia*, 25781/94, Judgment, 10 maggio 2001

¹¹⁹ Ibidem, § 77

¹²⁰ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, 52207/99, Decision, 12 dicembre 2001

¹²¹ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, cit., § 59. La Corte a sostegno di un'interpretazione "territoriale" dell'articolo 1 della ConvEDU riporta anche la prassi degli Stati in tema di deroghe ex articolo 15, sostenendo che questa disposizione vada letta alla luce dell'articolo 1 (§ 62).

Loizidou e *Cipro contro Turchia* veniva appunto preso dalla Corte quale esempio di una situazione particolare e, quindi, eccezionale¹²².

La Corte nel caso di specie ha ritenuto di non dover applicare il criterio del controllo effettivo di cui alla sentenza *Loizidou* ai singoli episodi legati ai bombardamenti in ex Jugoslavia, affermando che una simile costruzione andrebbe contro la lettera dell'articolo 1 della Convenzione¹²³, la quale norma richiede che un atto sia commesso sotto la giurisdizione di uno Stato parte. Nell'argomentazione della Corte, se i redattori della Convenzione avessero voluto adottare un simile approccio avrebbero omissis il riferimento alla "jurisdiction" di cui all'articolo 1¹²⁴. Inoltre, la Corte andava oltre, affermando che la ConvEDU è essenzialmente uno strumento regionale da ritenersi applicabile nello spazio giuridico degli Stati parte, tra i quali non vi era (e non vi è) l'allora Repubblica federale di Jugoslavia con la conseguenza che essa non può ritenersi applicabile "throughout the world"¹²⁵.

La CorEDU in *Bankovic*, quindi, sembra ricostruire l'applicabilità extraterritoriale della ConvEDU sulla base dell'esercizio di poteri statali su un territorio straniero, a vario titolo fondati¹²⁶. L'asserzione che, nel caso di specie, il potere di uccidere delle persone attraverso un bombardamento aereo non fosse sufficiente ad integrare il controllo su un territorio, essendo invece necessaria la presenza sul suolo di forze armate, ha generato più di un commento negativo¹²⁷ ed è la conferma di un approccio esclusivamente fondato sul

Inoltre, la Corte fa riferimento anche ai lavori preparatori che, nell'interpretazione dei giudici di Strasburgo, appoggerebbero una interpretazione di "within their jurisdiction" funzionale ad estendere la giurisdizione dello Stato a quegli individui non cittadini che tuttavia sono sul territorio dello Stato in questione (§ 63).

¹²² Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, cit., § 70.

¹²³ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, cit., § 75

¹²⁴ Ibidem

¹²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, cit., § 80

¹²⁶ Si veda P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 135.

¹²⁷ Si veda R. LAWSON, *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on human rights*, in COOMANS-KAMMINGA, cit., p. 83; O. DE SCHUTTER, *Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, p. 183; A. ORAKHELASHVILI, *Restrictive interpretation of human rights treaties in recent*

modello territoriale piuttosto che su quello personale, neanche analizzato¹²⁸. Si può, tuttavia, concludere che, sebbene la Corte non abbia preso in considerazione il modello personale, la mera esistenza di un potere di uccidere non costituisca un grado di controllo sufficiente perché uno Stato abbia giurisdizione extraterritoriale.

Un'implicita revisione della decisione nel caso *Bankovic* è rinvenibile nella sentenza nel caso *Issa* contro Turchia, del 2004¹²⁹. Pur riscontrando l'assenza di controllo da parte dei militari Turchi nella zona di cui era causa, la CorEDU enuncia il principio secondo il quale l'articolo 1 della Convenzione debba essere letto in modo tale da consentire l'applicabilità della stessa extraterritorialmente quando il soggetto che subisce la violazione si trovi sotto il controllo dello Stato parte della ConvEDU. I giudici di Strasburgo specificavano poi che un'interpretazione in senso contrario permetterebbe agli Stati di commettere violazioni sul territorio di altri Stati senza essere sanzionati¹³⁰.

La tensione evidente tra il caso *Bankovic* e il caso *Issa* ha creato quindi due filoni interpretativi in contrasto fra loro. La giurisprudenza della Corte sembra tuttavia confermare l'impostazione della decisione nel caso *Issa* piuttosto che quella nel caso *Bankovic*. Nel caso *Pad* e altri contro Turchia¹³¹, i ricorrenti, cittadini iraniani, erano stati uccisi a seguito di una serie di colpi mortali sparati da un elicottero dell'esercito turco. Essendoci incertezza sull'esatta ubicazione dei ricorrenti (territorio iraniano o turco) la

jurisprudence of European court of human rights, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 529; WILDE, *Triggering State obligations extraterritorially: the spatial testy in certain human rights treaties*, in *Israel Law Review*, 2007, p. 503.

¹²⁸ S. KARAGIANNIS, *Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Vetera et Nova*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2005, p. 33 ss.; v. pure R. WILDE, *The "Legal Space" or "Espace Juridique" of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?*, in *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 115 ss.

¹²⁹ Corte europea dei diritti umani, *Issa e altri c. Turchia*, 31821/96, Judgment, 16 novembre 2004.

¹³⁰ Corte europea dei diritti umani, *Issa e altri c. Turchia*, cit., § 71. "Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory- Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State"

¹³¹ Corte europea dei diritti umani, *Pad e altri c. Turchia*, 60167/00, Decision, 28 giugno 2007

Corte ha ritenuto applicabile alla Turchia la condotta dei suoi militari sulla base del modello personale, essendo quei soggetti comunque sotto la giurisdizione della Turchia¹³². Questa, come è facile intuire, si tratta di una pronuncia che si colloca in netto contrasto con la decisione *Bankovic* stante anche la similitudine tra i due casi. Ancora più interessante è la pronuncia nel caso *Isaak e altri*¹³³, sempre contro Turchia: il ricorso era stato proposto da individui uccisi da militari turchi a Cipro del Nord in un'area posta sotto il controllo delle Nazioni Unite e quindi non sotto il controllo turco.

Tendenze di una certa confusione tra i due modelli di giurisdizione, quello territoriale e quello temporale, sembrano essere ricavabili da un'analisi delle sentenze *Medvedyev* contro Francia¹³⁴ e *Al Sadoon e Mufdhi* contro Regno Unito¹³⁵. In entrambi i casi è stato notato come la Corte abbia comunque tentato di applicare il modello territoriale ma su aree talmente ridotte di dimensioni che è difficile pensare di scindere questo modello da quello personale. Nel primo caso, è stata ritenuta applicabile la ConvEDU in quanto la Francia aveva “*full and exclusive control*” su di un'imbarcazione e sul suo equipaggio¹³⁶. Nel caso *Al Sadoon e Mufdhi* i ricorrenti sono stati considerati

¹³² Corte europea dei diritti umani, *Pad e altri c. Turchia*, cit., § 54. “However, in the instant case, it was not disputed by the parties that the victims of the alleged events came within the jurisdiction of Turkey. While the applicants attached great importance to the prior establishment of the exercise by Turkey of extraterritorial jurisdiction with a view to proving their allegations on the merits, the Court considers that it is not required to determine the exact location of the impugned events, given that the Government had already admitted that the fire discharged from the helicopters had caused the killing of the applicants' relatives, who had been suspected of being terrorists”

¹³³ Corte europea dei diritti umani, *Isaak e altri c. Turchia*, 44587/98, Decision, 28 settembre 2006. “Moreover, it transpires from the case-file that despite the presence of the Turkish armed forces and other “TRNC” police officers in the area, nothing was done to prevent or stop the attack or to help the victim. In view of the above, even if the acts complained of took place in the neutral UN buffer zone, the Court considers that the deceased was under the authority and/or effective control of the respondent State through its agents”.

¹³⁴ Corte europea dei diritti umani, *Medvedyev c. Francia*, 3394/03, Judgment, 29 marzo 2010

¹³⁵ Corte europea dei diritti umani, *Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 61498/08, Judgment, 3 luglio 2009

¹³⁶ Corte europea dei diritti umani, *Medvedyev c. Francia*, cit., § 66.

sotto la giurisdizione del Regno Unito per il controllo che quest'ultimo Stato esercitava sulla prigione nella quale erano detenuti¹³⁷.

Quanto appena illustrato dimostra la schizofrenia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'applicabilità extraterritoriale della protezione dei diritti umani da essa offerta e una certa confusione su quale sia il modello da applicare. La recente sentenza nel caso *Al Skeini* ha contribuito a chiarire l'orientamento della Corte di Strasburgo, ma è opportuno analizzarla solo a seguito della giurisprudenza britannica sull'extraterritorialità.

e) *La giurisprudenza della Camera dei Lords: i casi Al Skeini e Smith*

Merita un discorso a sé stante il caso che riguarda i ricorsi proposti dall'individuo *Al Skeini*, prima di fronte alle corti inglesi e poi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Proprio dalle vicende dinanzi alle corti inglesi è necessario partire. Il caso è stato portato all'attenzione dei giudici dalle famiglie di cinque cittadini iracheni che erano stati uccisi o asserivano di essere stati uccisi da militari inglesi durante l'occupazione in Iraq, nella zona di *Basra* e da un sesto cittadino iracheno che era stato illegittimamente detenuto. I ricorrenti chiedevano l'apertura di un'inchiesta indipendente ed effettiva ai sensi dell'articolo 2 della ConvEDU, del quale veniva richiesta l'applicabilità del suo aspetto procedurale più che di quello sostanziale¹³⁸: non veniva quindi lamentata l'illegalità delle uccisioni quanto piuttosto l'assenza di un'inchiesta su di esse. L'applicabilità extraterritoriale della ConvEDU veniva fondata sull'applicabilità extraterritoriale dello *Human Rights Act* che ne riporta *in toto* le disposizioni.

Il caso venne inizialmente portato all'attenzione della High Court¹³⁹, poi della Corte d'appello¹⁴⁰ ed infine della Camera dei Lords¹⁴¹. Tutte e tre le corti inglesi hanno

¹³⁷ Corte europea dei diritti umani, *Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, cit., § 88

¹³⁸ Si vedano in dottrina R. NIGRO, *Il caso Al-Skeini dinanzi alla House of Lords e la nozione di giurisdizione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 1106 ss; R. SAPIENZA, *L'applicazione extraterritoriale dello Human Rights Act: la decisione della Camera dei Lords nel caso Al-Skeini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 320 ss.

¹³⁹ High Court, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin)

respinto i ricorsi degli iracheni uccisi fondando le proprie decisioni sull'assenza di giurisdizione da parte del Regno Unito e conseguente impossibilità di dichiarare l'applicabilità extraterritoriale della ConvEDU. Veniva tuttavia dichiarata applicabile la ConvEDU nel caso di un sesto ricorrente, invece detenuto. Nel prendere identiche decisioni adottando una posizione unica, l'inammissibilità dei ricorsi, le tre corti hanno tuttavia provato la confusione esistente tra l'applicabilità dei diversi modelli di giurisdizione. La High Court e la House of Lords, infatti, hanno utilizzato il modello territoriale, consacrando il caso *Bankovic* a giurisprudenza di riferimento, mentre la Corte d'appello ha applicato il modello personale.

Nella decisione finale della House of Lords è possibile individuare alcuni tratti di riferimento della vicenda che formeranno poi la base per la decisione della Corte europea nel 2011. I Law Lords hanno fondamentale riaffermato i principi di *Bankovic* e *Loizidou*, confermando, attraverso il riferimento alla prima decisione, che la ConvEDU è uno strumento a carattere regionale, da ritenersi applicabile nell'*espace juridique* degli Stati membri e utilizzando la seconda sentenza come eccezione a conferma della regola, stante che, nel caso turco-cipriota, la giurisdizione era stata riscontrata sulla base del fatto che Cipro era comunque uno Stato membro della Convenzione¹⁴². Ancora veniva ripreso il modello *Bankovic* sul punto dell'impossibilità di considerare l'applicabilità della Convenzioni in scenari nei quali vi è assenza di controllo da parte degli Stati¹⁴³. Di qui la decisione della House of Lords di non ritenere che il Regno Unito avesse controllo effettivo su quella zona dell'Iraq e che quindi non avesse sufficiente potere di governo da poter garantire i diritti sanciti nella ConvEDU. La House of Lords poi andava avanti statuendo che anche fosse stato utilizzato il modello personale, questo sarebbe stato

¹⁴⁰ Court of appeal, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609

¹⁴¹ House of Lords, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, 13 giugno 2007.

¹⁴⁰ House of Lords, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, cit., nota 139. *Opinione di Lord Rodger*, §§ 78 e 79

¹⁴³ House of Lords, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, cit., nota 139, *Opinione di Lord Rodger*, § 83

inefficace in quanto, sempre in accordo con Bankovic, l'uccisione di un individuo non è una condotta di per se in grado di rendere applicabile la Convenzione¹⁴⁴. Sulla scorta di questo ragionamento era stata differenziata la posizione del sesto ricorrente, che risultava detenuto dalle autorità britanniche e che proprio in virtù della sua peculiare posizione veniva considerato sotto la giurisdizione del Regno Unito¹⁴⁵.

Di interesse per l'indagine appare il caso *Smith* contro Regno Unito, discusso dinanzi alla Corte suprema¹⁴⁶. Curioso notare, in questo caso, come lo scenario sia rovesciato rispetto al caso *Al Skeini*. Il caso *Smith*, infatti, origina da un ricorso proposto dalla madre di un soldato britannico impegnato in Iraq deceduto a seguito di operazioni militari. La madre della vittima, ricorrente, chiedeva la violazione dell'articolo 2 della ConvEDU, essendo mancata un'indagine effettiva da parte del governo britannico sulla morte del figlio. La vicenda processuale, quindi, verteva intorno all'applicabilità della Convenzione al figlio della ricorrente, impegnato in attività belliche al di fuori del territorio del Regno Unito. Curiosamente, la vittima si trovava dentro una base militare britannica in Iraq al momento della morte e, applicando *sic et simpliciter* il criterio territoriale, l'applicabilità della ConvEDU sarebbe stata una logica conseguenza.

Le Corti di primo grado¹⁴⁷ e d'appello¹⁴⁸ del Regno Unito danno ragione alla ricorrente, affermando come sarebbe assurdo non rilevare un collegamento di giurisdizione tra la madrepatria e i propri militari all'estero. Ancora curiosamente, le due corti non utilizzano un modello territoriale che, come si diceva, avrebbe portato ad una

¹⁴⁴ House of Lords, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, cit., nota 139, *Opinione di Lord Carswell*, § 97

¹⁴⁵ House of Lords, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, cit., nota 139, *Opinione di Lord Brown*, § 132

¹⁴⁶ Supreme Court, *Secretary of State for Defence v Smith, R (on the application of)*, [2010] UKSC 29

¹⁴⁷ High Court, *Secretary of State for Defence v Smith, R (on the application of)*, [2008] EWHC 694 (Admin)

¹⁴⁸ Court of appeal, *Secretary of State for Defence v Smith, R (on the application of)*, [2009] EWCA Civ 441

logica conclusione. Utilizzano invece un modello personale, collegando il soggetto con la giurisdizione.

La Corte suprema rigetta l'impostazione delle due istanze inferiori sulla scorta dei giudizi della CorEDU nel caso *Bankovic* e della Camera dei *Lords* stessa nel caso *Al Skeini* e ritenendo insufficiente la mera appartenenza alle forze armate del Regno Unito al fine della nozione di giurisdizione ex articolo 1 della ConvEDU¹⁴⁹.

Il dato interessante di questa pronuncia è l'esistenza di una minoranza di *Law Lords*, tre, per l'esattezza, che ritiene invece sussistente la giurisdizione nel caso di specie¹⁵⁰. Questo, come commentato in via provvisoria¹⁵¹, apre scenari piuttosto interessanti per lo sviluppo progressivo, ma certamente contraddittori per quanto riguarda la coerenza della giurisprudenza britannica. Se, infatti, il modello personale affermato dalle corti inferiori e ribadito dai *Law Lords* di minoranza si affermasse, sarebbe poi assurdo ritenere che un qualsiasi individuo che si trovi sotto il controllo effettivo di un militare all'estero non rientri sotto la giurisdizione dello Stato di invio del militare in questione.

f) *L'evoluzione più recente: il caso Al Skeini dinanzi alla CorEDU*

La Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵², ricevendo il ricorso proposto dai ricorrenti nei casi inglesi, ha tentato di mettere ordine nella confusione interpretativa tanto nel caso *Al Skeini*, quanto nella sua contorta giurisprudenza. Va premesso, come evidenziato dal giudice Bonello nella sua opinione separata, che la CorEDU ricostruisce la sua giurisprudenza in tema di extraterritorialità tentando di ricollegare tutte le sue pronunce con un unico filo conduttore con la *ratio* di costruire un unico quadro di

¹⁴⁹ Supreme Court, *Secretary of State for Defence v Smith, R (on the application of)*, cit., nota 144, *Opinione di Lord Philips*, § 60

¹⁵⁰ Supreme Court, *Secretary of State for Defence v Smith, R (on the application of)*, cit., nota 144, *Opinione di Lord Mance*, §§ 163-164

¹⁵¹ MILANOVIC, *Applicability of the ECHR to British Soldiers in Iraq*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, non ancora pubblicato ma reperibile sul sito internet <http://ssrn.com/abstract=1754588>

¹⁵² Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, 55721/07, 7 luglio 2011

riferimento¹⁵³. A tal proposito, non sorprende che la Corte sia proprio partita dal caso *Bankovic*, postulando che l'applicazione extraterritoriale della ConvEDU debba rimanere eccezionale e trovare giustificazioni nel diritto internazionale generale¹⁵⁴.

La Corte poi affronta il caso approcciandosi ad esso seguendo entrambi i modelli. Per quel che riguarda il modello personale, utilizza il criterio dello “*state agent authority and control*”, spiegando che l'applicabilità extraterritoriale della Convenzione può sussistere quando, attraverso il consenso, l'invito o la semplice acquiescenza del governo di un territorio, lo Stato parte della ConvEDU esercita su di esso pubblici poteri normalmente esercitati dal governo territoriale¹⁵⁵. In questo senso, lo Stato sarebbe responsabile qualora eserciti funzioni di governo o giurisdizionali e la responsabilità per le violazioni sarebbero da imputargli laddove fossero ad esso attribuibili¹⁵⁶.

Appaiono ancora più rilevanti i paragrafi 136 e 137 della sentenza, nei quali la Corte specifica che l'uso della forza da parte di agenti dello Stato operanti al di fuori del territorio dello Stato stesso può essere un indizio del controllo di quest'ultimo sugli individui che subiscono la violazione. La Corte fa specifico riferimento ai casi *Issa, Al Sadoon e Medvedyev*, che già abbiamo citato prima, specificando che la giurisdizione non deriva solamente dal controllo sui luoghi fisici nei quali quei soggetti erano trattenuti o si trovavano¹⁵⁷. Nel concludere il suo ragionamento la Corte smentisce la vecchia

¹⁵³ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., *Separate opinion of Judge Bonello*, § 4.

¹⁵⁴ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 131. “A State's jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial [...] Conversely, acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 only in exceptional cases”

¹⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 133. “The Court has recognised in its case-law that, as an exception to the principle of territoriality, a Contracting State's jurisdiction under Article 1 may extend to acts of its authorities which produce effects outside its own territory”

¹⁵⁶ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 135. “Secondly, the Court has recognised the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government”. Interessante notare ancora il riferimento a *Bankovic* e nello specifico al paragrafo 71 di quella sentenza.

impostazione *Bankovic* ed afferma che, nei casi illustrati, i diritti della ConvEDU possono effettivamente essere “*divided and tailored*”¹⁵⁸.

Di particolare interesse risulta essere l’uso dell’avverbio “*solely*”, solamente, in relazione al controllo su quelli che i giudici identificano come “*buildings, aircraft or ship*”, aprendo quindi implicitamente la strada alla sussistenza della giurisdizione degli Stati anche in quei casi limite, laddove effettivamente il territorio preso in considerazione è ristretto, sulla base del modello personale¹⁵⁹.

Sembra oltretutto, altra questione rilevante, che la Corte in *Al Skeini* abbia contraddetto l’impostazione nel caso *Bankovic* sotto un altro profilo. La Corte, nel caso dei bombardamenti NATO, ha affermato che un mero “*power to kill*” non è sufficiente per stabilire la giurisdizione di uno Stato, non integrando un controllo di alcuna intensità. In *Al Skeini*, invece, la Corte pare affermare il contrario, quando parla di uso della forza da parte di agenti dello Stato.

Come si diceva, la Corte in *Al Skeini* accerta la giurisdizione dello Stato tanto utilizzando il modello personale quanto utilizzando quello territoriale. Sotto quest’ultimo profilo, la CorEDU parte dal suo storico precedente *Loizidou*, riaffermando che laddove uno Stato membro della ConvEDU sia sottoposto a controllo effettivo da parte di un altro Stato membro, i diritti sanciti nella convenzione si applicano senz’altro a quest’ultimo in modo tale da garantire agli individui dei territori occupati una tutela altrimenti

¹⁵⁷ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., §136. “In addition, the Court's case-law demonstrates that, in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction”.

¹⁵⁸ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 137. “It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be “divided and tailored.” Anche in questo caso il riferimento alla sentenza *Bankovic* e nello specifico al paragrafo 75 è esplicito.

¹⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., §136. “The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question”.

inesistente¹⁶⁰. In questo senso la Corte in un passaggio successivo afferma come in casi simili il controllo effettivo su un area rende superfluo l'accertamento del controllo effettivo sugli individui, rendendo quindi inutile il ricorso al modello personale¹⁶¹.

Nel chiarire l'applicabilità del modello territoriale, la Corte utilizza il modello *Loizidou*, tramite il riferimento ad altri casi¹⁶², per smentire di nuovo l'impostazione *Bankovic* ammettendo la possibilità di considerare la giurisdizione extraterritoriale degli Stati membri qualora occupino territori al di fuori dell'*espace juridique* della Convenzione¹⁶³.

La Corte applica poi al caso di specie entrambi i modelli. Per quanto riguarda l'applicabilità del modello territoriale, i giudici di Strasburgo rilevano come il Regno Unito fosse in controllo dell'area oggetto di causa e che quindi esercitasse poteri pubblici ivi¹⁶⁴. Inoltre la Corte ricorre al modello personale quando, nello specifico, analizza le

¹⁶⁰ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 138. "Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration"

¹⁶¹ *Ibidem*: "Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration. The fact that the local administration survives as a result of the Contracting State's military and other support entails that State's responsibility for its policies and actions. The controlling State has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control, the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those rights".

¹⁶² Si tratta dei casi *Issa*, *Al Sadoon e Mufdhi e Medvedyev*. Si veda *supra*, note 135 e 136

¹⁶³ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 142. "The Court has emphasised that, where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a "vacuum" of protection within the "Convention legal space" [...] However, the importance of establishing the occupying State's jurisdiction in such cases does not imply, a contrario, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States. The Court has not in its case-law applied any such restriction".

¹⁶⁴ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 149. "It can be seen, therefore, that following the removal from power of the Ba'ath regime and until the accession of the Interim Government, the United Kingdom (together with the United States) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom

specifiche condotte con riguardo alle uccisioni dei famigliari dei ricorrenti, rilevando che, proprio per il fatto che il Regno Unito stava conducendo operazioni di sicurezza nei confronti di quegli individui, la giurisdizione dello Stato era sussistente¹⁶⁵.

Occorre dire che per quanto questo approccio fondato su entrambi i modelli possa essere ritenuto in linea di principio soddisfacente, rimane aperta la questione legata alla possibilità di applicare il modello personale in quegli scenari nei quali il modello territoriale non sia applicabile. La Corte, infatti, sembra lasciare vivo il giudizio nel caso *Bankovic*, intervenendo solo sul concetto di *espace juridique*, che viene ora inteso comprendere anche territori al di fuori dell'Europa. Il modello personale, infatti, è stato legato a doppia mandata al modello territoriale: se lo Stato non esercita pubblici poteri, è impossibile procedere con la valutazione del controllo effettivo sul singolo individuo.

9. Segue. Le teorie in merito all'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari

L'articolo 2, comma primo, del Patto ha originato una controversia relativa alla sua interpretazione. Se, infatti, da un lato vi è chi ha ritenuto dover interpretare la giurisdizione statale in senso restrittivo, limitandola al territorio dello Stato interessato¹⁶⁶,

assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention."

¹⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 150. "Against this background, the Court recalls that the deaths at issue in the present case occurred during the relevant period: the fifth applicant's son died on 8 May 2003; the first and fourth applicants' brothers died in August 2003; the sixth applicant's son died in September 2003; and the spouses of the second and third applicants died in November 2003. It is not disputed that the deaths of the first, second, fourth, fifth and sixth applicants' relatives were caused by the acts of British soldiers during the course of or contiguous to security operations carried out by British forces in various parts of Basrah City. It follows that in all these cases there was a jurisdictional link for the purposes of Article 1 of the Convention between the United Kingdom and the deceased. The third applicant's wife was killed during an exchange of fire between a patrol of British soldiers and unidentified gunmen and it is not known which side fired the fatal bullet. The Court considers that, since the death occurred in the course of a United Kingdom security operation, when British soldiers carried out a patrol in the vicinity of the applicant's home and joined in the fatal exchange of fire, there was a jurisdictional link between the United Kingdom and this deceased also"

¹⁶⁶ Soprattutto nei primi anni dall'entrata in vigore del Patto, dottrina autorevole evidenziava come la norma andasse interpretata in senso letterale. Si vedano sul punto E. SCHWELB, *Some Aspects of the*

la dottrina ora prevalente, supportata dalla prassi poc'anzi esaminata propende per un'interpretazione tesa all'estensione extraterritoriale della giurisdizione degli Stati¹⁶⁷.

Simili interpretazioni estensive sarebbero innanzitutto fondate sul fatto che il riferimento al territorio nell'articolo 2 sia stato incluso nella norma non all'unanimità e nonostante l'assenza di diversi delegati¹⁶⁸. Inoltre, l'interpretazione estensiva del concetto di giurisdizione sarebbe fondata su tre ragioni. In primo luogo il riferimento al "territorio" sarebbe stato incluso per evitare interventi sul territorio di Stati terzi motivati dalla tutela dei diritti dell'uomo in violazione del principio di non intervento. In secondo luogo, la prassi del Comitato sui diritti umani depone per un'interpretazione estensiva e in terzo luogo anche la prassi legata ad altri trattati sulla tutela dei diritti umani propende in questo senso¹⁶⁹.

I lavoratori preparatori del Patto con riguardo all'articolo 2 rivelano che il riferimento al territorio dello Stato è stato inserito per evitare che gli Stati venissero giudicati in violazione dei diritti umani quando effettivamente non erano in grado di garantire una tutela extraterritoriale¹⁷⁰. Per quanto, come si diceva, la norma era stata

International Covenants on Human Rights of December 1966, in A. EIDE-A. SCHOU (ed.) *Inter-National Protection Of Human Rights*, Stoccolma, 1967, pp. 103-109; M. NOWAK, *The Effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights-Stocktaking After the First Eleven Sessions of the UN-Human Rights Committee*, in *Human Rights Law Journal*, 1980, p. 136 e 156. Per un'interpretazione più articolata, ma sempre restrittiva e nel senso di ritenere applicabile il patto durante un conflitto armato solo all'interno dei confini di uno Stato si veda M. BOTHE-K.PARTSCH-W.A.SOLF, *New Rules For Victims Of Armed Conflicts*, L'Aia, 1982, p. 636.

¹⁶⁷ Si veda L. CONDORELLI-P. DE SENA, *The Relevance of the Obligations Flowing from the UN Covenant on Civil and Political Rights to US Courts Dealing with Guantánamo Detainees*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 107-120

¹⁶⁸ Si vedano le posizioni dei delegati francesi e libanesi, riportate da P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 16

¹⁶⁹ CONDORELLI- DE SENA, *The Relevance of the Obligations Flowing from the UN Covenant on Civil and Political Rights to US Courts Dealing with Guantánamo Detainees*, cit., p. 112. Gli autori, come esempio del terzo ordine di ragioni, adducono l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi di cui alla Convenzione contro le discriminazioni razziali del 1965 a Israele nei territori palestinesi.

¹⁷⁰ Si pensi ai casi di diniego di protezione diplomatica o di territory occupati. Questa era la principale preoccupazione della delegazione degli Stati Uniti d'America, i quali avevano premuto per l'inclusione della locuzione "within its territory" proprio per evitare l'applicabilità in territorie occupati. In questo senso depone la già citata opinione individuale del Prof. Tomuschat nel caso Lopez Burgos. Per un'analisi dei lavori preparatori del Patto si veda M.J BOSSUYT, *Guide to the "travaux preparatoires" of the ICCPR*, Bruxelles, 1987, p. 12.

approvata stante l'assenza di diverse delegazioni, in due successive occasioni, nel 1952 e nel 1963, proposte di cancellazione erano state respinte¹⁷¹.

In dottrina, veniva poi rilevato come la nomenclatura dell'articolo 2 indicasse in realtà una disgiunzione tra le locuzioni “*subject to its jurisdiction*” e “*within its territory*”, rendendo quindi la prima indipendente dalla seconda¹⁷². Tale proposta interpretativa è stata avversata da coloro i quali ritenevano invece che le due locuzioni non potessero andare separate, essendo non sempre automatico che lo Stato sia responsabile per violazioni dei diritti umani commesse sul suo territorio¹⁷³.

In questo senso, secondo dottrina, il già citato commento generale n. 31 del Comitato del 2004 si pone in contrasto con prassi ed intenzioni degli Stati¹⁷⁴, seppur la dottrina prevalente e più recente si allinei con quanto affermato dal Comitato.

Una soluzione intermedia è stata portata avanti da quegli autori che ritengono sussistere la giurisdizione extraterritoriale degli Stati solo in situazioni eccezionali e che richiedono una connessione significativa tra il territorio dello Stato in questione e l'individuo i quali diritti si presumono essere stati violati¹⁷⁵. In questo senso vi sarebbe un bilanciamento tra le esigenze di rispettare il carattere territoriale degli strumenti posti a

¹⁷¹ SCHWELB, *Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966*, cit., in A. EIDE-A. SCHOU (ed.) *Inter-National Protection Of Human Rights* cit., p. 109.

¹⁷² T. BUERGENTHAL, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The International Bill Of Human Rights*, New York, 1981, p. 72 e 74; T. MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *American Journal of International Law*, 1995, p. 78 e 79; M. SCHEININ, *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in COOMANS-KAMMINGA, cit., p. 73, 75 e 77.

¹⁷³ In questo senso NOWAK, *The Effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights-Stocktaking After the First Eleven Sessions of the UN-Human Rights Committee* cit., p. 41. Si veda anche S. JOSEPH-J.SCHULTZ-M.CASTAN, *The International Covenant On Civil And Political Rights*, Oxford, 2004, pp. 88-91.

¹⁷⁴ In questo senso M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 127

¹⁷⁵ Vi sarebbero quattro eccezioni alla regola della territorialità nei trattati sui diritti dell'uomo: l'esercizio dell' “effective overall control” su un territorio; quando gli atti degli Stati producono i loro effetti extraterritorialmente; casi di espulsione o estradizione; casi concernenti attività di diplomatici, consoli o casi di “bandiera”. Si veda MILLER, *Revisiting extraterritorial jurisdiction: a territorial justification for extraterritorial jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2009, pp. 1223-1246.

tutela dei diritti umani e le esigenze di proteggere i diritti degli individui posti sotto la sua giurisdizione¹⁷⁶.

A seguito dell'analisi di cui sopra è possibile tracciare un quadro di quelle che sono le teorie sull'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani. Si possono quindi distinguere due modelli.

a) Il modello territoriale

Qualora si prendesse a modello il test territoriale per valutare la il controllo su un territorio da parte di uno Stato, si dovrebbe innanzitutto valutare se quello Stato, per il tramite di un'operazione militare, possa essere considerato una potenza occupante ai sensi del diritto dei conflitti armati e, nello specifico, del diritto dell'occupazione bellica. Le sentenze sopra menzionate fanno infatti pensare che al fine di riconoscere la giurisdizione di uno Stato questo debba trovarsi in una situazione simile a quella di una potenza occupante¹⁷⁷.

Valgano, sull'applicabilità del diritto all'occupazione bellica nel contesto delle operazioni militari, le considerazioni svolte nel capitolo precedente¹⁷⁸. A prescindere da questa valutazione è di cruciale importanza stabilire come debba essere valutato il test territoriale, visto che, come già notato, questo non sembra essere superato dal caso *Al Skeini* deciso dalla CorEDU.

È possibile individuare quattro elementi per la valutazione del test territoriale alla luce della giurisprudenza sopra esaminata: la nozione di giurisdizione nei trattati sulla tutela dei diritti umani, l'eccezionalità dell'applicabilità extraterritoriale, la capacità di esercitare una forma di amministrazione del territorio, il grado di controllo esercitato.

¹⁷⁶ In questo senso, V. NIGRO, *Notion of Jurisdiction in Article 1: future scenarios for the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 22. L'Autrice nota come effettivamente il rischio della Corte europea di essere paralizzata da un numero eccessivo di ricorsi, oppure di non fornire risposte coerenti necessiti di un'interpretazione in questo senso.

¹⁷⁷ R. WILDE, *Triggering State Obligations Extraterritorially. The spatial test in certain human rights treaties*, in *Israel Law Review*, 2007, p. 510

¹⁷⁸ Si veda *supra*, capitolo terzo

b) *La nozione di giurisdizione*

La nozione di giurisdizione statale nel diritto internazionale generale è tale per cui sussiste la giurisdizione di uno Stato nel territorio di un altro quando questo abbia un titolo giuridico valido per esercitare i suoi poteri al di fuori del suo territorio¹⁷⁹.

Una parte della dottrina interpreta il concetto di giurisdizione statale in senso tale da comprendere tutte le manifestazioni del potere dello Stato rilevanti dal punto di vista del diritto internazionale¹⁸⁰. Questo sembra essere l'approccio adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Bankovic*, già visto.

In risposta all'approccio della CorEDU in *Bankovic*, alcuni autori hanno evidenziato come la nozione di giurisdizione statale nei trattati a tutela dei diritti dell'uomo non debba essere paragonata alla nozione di giurisdizione statale nel diritto internazionale generale¹⁸¹. Scongiurando questo parallelismo, questi autori poggerebbero la loro teoria della giurisdizione su elementi più fattuali che giuridici, quali, ad esempio: il controllo su un territorio e il controllo su un individuo¹⁸². Questi commentatori osservano come sarebbe assurdo poggiare la giurisdizione dello Stato esclusivamente su criteri giuridici formali, perché permetterebbe agli Stati di commettere violazioni dei diritti

¹⁷⁹ Sulla nozione di giurisdizione statale nel diritto internazionale si vedano F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, RCADI, 1964, 116; F.A. MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, RCADI, 1984, p. 184; M. AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1972-1973, p. 145.

¹⁸⁰ In questo senso si veda E. DECAUX, *Les territoire des droits de l'homme*, in *Liber Amicorum Marc-Andrè Eissen*, Bruxelles, 1995, pp. 65-78

¹⁸¹ Si vedano M. MILANOVIC, *From compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties*, cit., p. 422; A. ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., pp. 539-542;

¹⁸² Si vedano ad esempio, SCHEININ, *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., p. 76; V. MANTOUVALOU, *Extending Judicial Control in International Law: Human Rights Treaties and Extraterritoriality*, in *International Journal of Human Rights*, 2005, p. 160; ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., p. 541; LAWSON, *Life after Bankovic*, cit., p. 120; MILANOVIC, *From compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties*, cit., p. 447.

umani al di fuori dei loro territori senza incorrere in responsabilità internazionale quando esercitino forme di controllo illegali o comunque non autorizzate¹⁸³.

Nella prassi quest'ultimo orientamento pare essere avallato dalla prima casistica della CorEDU, nei casi *Loizidou*, Cipro contro Turchia e dal già citato commento generale n. 31 del 2004 del Comitato dei diritti umani. Inoltre nella stessa recente pronuncia della Corte europea nel caso *Al Skeini* viene affermato che la sussistenza della giurisdizione di uno Stato, valutata attraverso il criterio del controllo effettivo, poggia su elementi fattuali a prescindere da valutazioni sulla legalità della presenza su un territorio di un altro Stato¹⁸⁴.

Quanto sopra non equivale a dire che casi di controllo esercitato legalmente o autorizzato siano da escludersi dalla giurisdizione degli Stati, rientrandovi senz'altro¹⁸⁵. In questo senso il criterio più formalistico della base legale rimane comunque fondamentale per comprendere quando lo Stato esercita legalmente i suoi poteri al di fuori del suo territorio e, quindi, ha giurisdizione su un determinato territorio¹⁸⁶.

c) *La capacità di esercitare una forma di amministrazione territoriale*

Emerge dalla giurisprudenza anche un ulteriore criterio per verificare l'esistenza di un controllo extraterritoriale da parte dello Stato: la capacità di esercitare una forma di

¹⁸³ DE SCHUTTER, cit., p. 196. Si veda anche GONDEK, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, in *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 364.

¹⁸⁴ Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 138: "Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration"

¹⁸⁵ WILDE, *Triggering State Obligations Extraterritorially. The spatial test in certain human rights treaties*, cit., p. 514

¹⁸⁶ H. KING, *The extraterritorial human rights obligations of State*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 538. questo autore suggerisce un'interpretazione che tenga conto tanto di un approccio esclusivamente giuridico alla nozione di giurisdizione, quanto di un approccio esclusivamente fattuale alla stessa. In questo senso, King evidenzia come entrambi gli approcci necessitino di maggiore coesione e forse, maggiore interazione.

amministrazione civile del territorio. Secondo la CorEDU in *Bankovic*, il controllo dello Stato su un territorio non dovrebbe essere solo effettivo (*effective*) bensì debba essere tale da comportare una capacità di amministrare un territorio¹⁸⁷. In questo la Corte sembra andare oltre quanto già sancito nei casi *Loizidou* e *Cipro contro Turchia*, laddove il requisito dell'amministrazione del territorio era sì stato rilevato, ma non posto a fondamento del ragionamento della Corte¹⁸⁸.

La dottrina rileva come effettivamente questo non sia requisito necessario ai fini dell'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani, non essendo stato utilizzato in questo senso in *Loizidou* e *Cipro contro Turchia* e, invero, neanche in *Bankovic*¹⁸⁹.

Nonostante la fragilità della pronuncia *Bankovic* su questo punto, il criterio della capacità di amministrare un territorio è stato ripreso nei procedimenti concernenti il caso *Al Skeini* dinanzi alle corti britanniche. Tanto Lord Justice Brooke della Corte d'appello¹⁹⁰ quanto Lord Brown della Camera dei Lords¹⁹¹, hanno propugnato la tesi

¹⁸⁷ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic c. Belgio e altri*, cit., § 71. “the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad, as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government”

¹⁸⁸ Invero anche nella sentenza *Bankovic* è possibile rilevare come il riferimento all'esercizio di pubblici poteri non sia stato trasposto dalla parte in diritto all'applicazione della legge ai fatti di specie. La Corte, infatti, aveva rilevato che il bombardamento non costituiva una forma di controllo effettivo e non aveva fondato il suo ragionamento sull'esercizio dei pubblici poteri.

¹⁸⁹ WILDE, *Triggering State Obligations Extraterritorially. The spatial test in certain human rights treaties*, cit., p. 516

¹⁹⁰ Court of appeal, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, cit., opinion of Lord Justice Brooke: “In my judgment it is quite impossible to hold that the UK [...] was in effective control of Basrah City for the purposes of ECHR jurisprudence at the material time. If it had been, it would have been obliged, pursuant to the *Banković* judgment, to secure to everyone in Basrah City the rights and freedoms guaranteed by the ECHR. One only has to state that proposition to see how utterly unreal it is. The UK possessed no executive, legislative or judicial authority in Basrah City, other than the limited authority given to its military forces, and as an occupying power it was bound to respect the laws in force in Iraq unless absolutely prevented [...] It could not be equated with a civil power: it was simply there to maintain security, and to support the civil administration in Iraq in a number of different ways”.

¹⁹¹ House of Lords, *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, cit., opinion of Lord Brown: “[...] except when a state really does have effective control of territory, it cannot hope to secure Convention rights within that territory [...] Indeed it goes further than that. During the period in question here it is common ground that the UK was an occupying power in Southern Iraq and

secondo la quale, esistendo il precedente *Bankovic*, la giurisdizione di uno Stato ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sussisterebbe quando questo Stato esercita poteri amministrativi su un territorio.

Ancora, nell'ambito della fase d'appello del processo *Al Skeini*, *Lord Justice Brooke* ha portato avanti un argomento interessante legato al ruolo e ai compiti della coalizione anglo-americana in Iraq. A parere del giudice, infatti, ritenere applicabili i diritti umani in una situazione simile avrebbe significato snaturare la missione della coalizione, la quale non era autorizzata ad ingerirsi nell'amministrazione dell'Iraq¹⁹². Un simile argomento, a parere di *Lord Justice Brooke* sarebbe tale da giustificare la non applicabilità dei diritti umani in una situazione come quella nel caso *Al Skeini*¹⁹³.

La dottrina ha rilevato come l'approccio delle Corti britanniche nel caso *Al Skeini* su questo punto sia infondato, essendo il diritto all'autodeterminazione dei popoli un diritto umano al pari di quelli la cui applicabilità dovrebbe sostenersi anche a livello extraterritoriale¹⁹⁴.

d) L'elemento "quantitativo" del controllo

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato il criterio in virtù del quale un territorio si considera sotto la giurisdizione di uno Stato quando

bound as such by Geneva IV and by the Hague Regulations [occupation law]. Article 43 of the Hague Regulations provides that the occupant "shall take all the measures in his power to restore and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country." ... the occupants' obligation is to respect "the laws in force", not to introduce laws and the means to enforce them (for example, courts and a justice system) such as to satisfy the requirements of the Convention. Often (for example when Shari'a law is in force) Convention rights would clearly be incompatible with the laws of the territory occupied".

¹⁹² [i]t would ... have been contrary to the Coalition's policy to maintain a much more substantial military force in Basrah City when its over-arching policy was to encourage the Iraqis to govern themselves. To build up an alternative power base capable of delivering all the rights and performing all the obligations required of a contracting state under the ECHR at the very time when the IGC had been formed, with CPA encouragement, as a step towards the formation by the people of Iraq of an internationally recognized representative Government ... would have run right against the grain of the Coalition's policies

¹⁹³ Ibidem

¹⁹⁴ WILDE, cit., p. 520

quest'ultimo abbia un “*effective overall control*” sul primo. Questo principio è stato sancito nelle sentenze della CorEDU nei casi riguardanti Cipro del Nord, nei quali era stata accertata la giurisdizione della Turchia¹⁹⁵. In casi di questo genere, quindi, violazioni poste in essere nella parte di territorio controllata da uno Stato ricadrebbero sotto la giurisdizione di questo, anche se condotti materialmente da altri soggetti.

Risulta interesse sotto questo profilo il filone giurisprudenziale più recente della Corte europea dei diritti umani, inaugurato con il caso *Issa* contro Turchia e culminato con la sentenza nel caso *Al Skeini*, del luglio 2011. Per quanto, infatti, questa giurisprudenza sia confusa, essa ha comunque inaugurato un nuovo orientamento¹⁹⁶.

e) *Il modello personale*

Sempre in aderenza a tale interpretazione estensiva, vi è da sottolineare come il dibattito sull'applicabilità extraterritoriale dei trattati sui diritti dell'uomo sia stato legato al regime dell'attribuzione delle condotte, essendo molto spesso il primo assorbito dal secondo¹⁹⁷. La prima manifestazione di questo pensiero è rinvenibile nel caso *Issa* nel quale la Corte europea utilizza un criterio molto meno esigente rispetto a quello territoriale, partendo dal presupposto che non rileva alcun controllo da parte della Turchia sul territorio in questione ma semplicemente afferma la possibilità che un individuo che si trovi all'estero sotto il controllo di un altro Stato, per il tramite dei suoi agenti, possa essere considerato sotto la giurisdizione di quest'ultimo¹⁹⁸. Una simile presa di posizione della Corte è stata solo in parte recepita dalla Corte d'Appello nel caso *Al Skeini*, quando

¹⁹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia*, cit., § 75: “[Turkey’s] army exercises effective overall control over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the “TRNC” [the local Turkish Cypriot regime] Those affected by such policies or actions therefore come within the “jurisdiction” of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention”

¹⁹⁶ In questo senso, WILDE, cit., p. 523

¹⁹⁷ DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 113

¹⁹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Issa c. Turchia*, cit., § 71.

Lord Justice Sedley ha affermato come la giurisdizione possa sussistere quando un soggetto detiene il potere di evitare o prevenire una determinata condotta¹⁹⁹.

La pronuncia *Issa* ha quindi aperto la porta ad un modello personale di giurisdizione che contrasta con quanto detto dalla CorEDU nel caso *Bankovic*. Effettivamente, in una scenario a la *Issa* la Corte ha effettivamente *divided and tailored* i diritti protetti dalla Convenzione, smentendo quindi l'approccio precedente, più restrittivo.

Il modello personale sembra seguire la seguente equazione: sussiste la giurisdizione dello Stato laddove l'individuo che subisce la violazione stessa sia posto sotto il controllo dello Stato ai sensi delle norme sull'attribuzione nel diritto internazionale generale²⁰⁰. Valgano, quindi, i ragionamenti fatti sull'attribuzione nel capitolo secondo del presente lavoro²⁰¹. In questa sede merita ricordare come nella giurisprudenza più recente tanto la Corte europea quanto le Corti interne abbiano sanzionato violazioni commesse da uno Stato al di fuori del suo territorio affermando il controllo di questo sull'individuo che lamentava le violazioni medesime²⁰².

L'approccio della Corte europea nella recente sentenza *Al Skeini* ha confermato la validità dell'approccio di tipo personale, del tipo appena menzionato, ma lo ha fatto abbinandolo ai pubblici poteri²⁰³ esercitati dal Regno Unito su quella parte di territorio. Sembra quindi che la Corte abbia inteso utilizzare entrambi i criteri, in una sorta di combinazione tra i due modelli.

¹⁹⁹ *Al Skeini*, Court of Appeal, "whether it lay within the power of the occupying force to avoid or remedy the particular breach in issue."

²⁰⁰ DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, loc. ult. cit.

²⁰¹ Si veda *supra*, capitolo secondo, sezione prima

²⁰² Si richiamano le già esaminate sentenze *Al Jedda* e *Nuhanovic* decise rispettivamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte d'appello dell'Aia.

²⁰³ Il riferimento ai "public powers" è stato effettivamente mutuato dalla sentenza *Bankovic*, alla quale la Corte in *Al Skeini* ha fatto ampio riferimento.

10. *Segue. Prospettive de lege ferenda alla luce della prassi e della dottrina più recenti*

In dottrina è stata recentemente avanzata la proposta di un modello “variabile” che si fondi sulla natura degli obblighi in materia di protezione dei diritti umani che gravano sugli Stati²⁰⁴.

Va premesso che la natura degli obblighi in materia di diritti dell’uomo non richiede agli Stati esclusivamente un comportamento negativo, di astensione, ma può richiedere ad essi anche obblighi positivi, di azione. Sul punto, lo stesso Comitato dei diritti umani, interpretando l’articolo 2 del Patto nel già citato commento generale n. 31, ha preso posizione affermando l’esistenza di obblighi positivi degli Stati con riguardo ai rapporti orizzontali tra i cittadini posti sotto la propria protezione²⁰⁵.

Nei trattati sui diritti umani le già esaminate clausole di giurisdizione sono ritagliate non tanto sulle obbligazioni negative, che pure sono implicite²⁰⁶, ma sulle obbligazioni di tipo positivo²⁰⁷. Questo è soprattutto riscontrabile nei trattati sui diritti

²⁰⁴ Si veda sul punto MILANOVIC, *The extraterritorial application of human rights*, Oxford, 2011, pp. 209 ss.

²⁰⁵ “The article 2, paragraph 1, obligations are binding on States [Parties] and do not, as such, have direct horizontal effect as a matter of international law. The Covenant cannot be viewed as a substitute for domestic criminal or civil law. However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties’ permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities. States are reminded of the interrelationship between the positive obligations imposed under article 2 and the need to provide effective remedies in the event of breach under article 2, paragraph 3. The Covenant itself envisages in some articles certain areas where there are positive obligations on States Parties to address the activities of private persons or entities. For example, the privacy-related guarantees of article 17 must be protected by law. It is also implicit in article 7 that States Parties have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not inflict torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on others within their power. In fields affecting basic aspects of ordinary life such as work or housing, individuals are to be protected from discrimination within the meaning of article 26”.

²⁰⁶ MILANOVIC, *The extraterritorial application of human rights*, cit., p. 212

²⁰⁷ Ibidem.

umani che hanno clausole di giurisdizione costruite sul modello dell'articolo 2 del Patto²⁰⁸.

Nei trattati con clausole di giurisdizione che fanno riferimento al territorio degli Stati, come nell'articolo 2 del Patto, è riscontrabile un preciso riferimento all'obbligo di rispettare i diritti umani e, quindi, ad un obbligo di tipo negativo²⁰⁹. Peculiare risulta invece essere la nomenclatura dell'articolo 1 della Convenzione interamericana dei diritti umani, nel quale sembra essere adombrato un doppio livello di giurisdizione per le obbligazioni negative e quelle positive²¹⁰.

Secondo recente dottrina, il fatto che nei trattati redatti sul modello della ConvEDU l'obbligo di rispettare sia implicito mentre l'obbligo positivo di proteggere sia reso esplicito ed agganciato alla clausola giurisdizionale, è sintomo di un diverso regime di giurisdizione a seconda della diversa natura degli obblighi²¹¹. Un esempio di una simile interpretazione può essere trovato nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso del genocidio²¹². La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, nell'articolo 1 recita così:

The contracting parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and punish²¹³.

²⁰⁸ Cfr. *supra*, questo capitolo, paragrafo 7

²⁰⁹ Si vedano anche l'articolo 2, comma primo, della Convenzione sui diritti del fanciullo e l'articolo 7 della Convenzione sulla protezione dei lavoratori migranti.

²¹⁰ *American Convention on Human Rights*, cit., articolo 1: "The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition".

²¹¹ MILANOVIC, *The extraterritorial application of human rights*, cit., p. 213

²¹² ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26 febbraio 2007, ICJ Reports 2007, p. 43

²¹³ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, New York, 9 dicembre 1948, General Assembly resolution 260 (III) of 9 December 1948, Articolo 1

L'interpretazione fornita dalla Corte sulla portata di questo articolo è significativa per questo lavoro in quanto sembra affermare che l'obbligo contenuto nell'articolo 1 della Convenzione sulla prevenzione e la criminalizzazione del crimine di genocidio sia diverso dagli obblighi di cui agli altri articoli della Convenzione stessa²¹⁴. La Corte dell'Aia, poi, rilevava come l'obbligo di non commettere atti di genocidio fosse implicito nell'articolo 1²¹⁵ e che quest'obbligo va inteso come applicabile agli Stati parte della Convenzione senza limitazioni territoriali²¹⁶. La Corte considerava extraterritoriali anche gli obblighi di natura positiva e non solo gli obblighi di natura negativa, quale è l'obbligo di non commettere genocidio. Stante questa assimilazione tra obblighi negativi e positivi, dottrina fa notare²¹⁷ come l'opinione del giudice Tomka sul punto sia tale da muovere una critica al giudizio proprio su questo punto affermando che l'obbligo positivo legato alla

²¹⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., § 75 “Those characterizations of the prohibition on genocide and the purpose of the Convention are significant for the interpretation of the second proposition stated in Article I — the undertaking by the Contracting Parties to prevent and punish the crime of genocide, and particularly in this context the undertaking to prevent. Several features of that undertaking are significant. The ordinary meaning of the word “undertake” is to give a formal promise, to bind or engage oneself, to give a pledge or promise, to agree, to accept an obligation. It is a word regularly used in treaties setting out the obligations of the Contracting Parties (cf., for example, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (7 March 1966), Art. 2, para. 1; International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966), Art. 2, para. 1, and 3, for example). It is not merely hortatory or purposive. The undertaking is unqualified (a matter considered later in relation to the scope of the obligation of prevention); and it is not to be read merely as an introduction to later express references to legislation, prosecution and extradition. Those features support the conclusion that Article I, in particular its undertaking to prevent, creates obligations distinct from those which appear in the subsequent Articles. That conclusion is also supported by the purely humanitarian and civilizing purpose of the Convention”.

²¹⁵ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., § 76: “It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide”.

²¹⁶ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., § 78: “The substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question. The extent of that ability in law and fact is considered, so far as the obligation to prevent the crime of genocide is concerned, in the section of the Judgment concerned with that obligation”.

²¹⁷ MILANOVIC, *The extraterritorial application of human rights*, cit., p. 214

prevenzione del genocidio debba intendersi applicabile ad uno Stato solo entro i suoi confini territoriali²¹⁸.

Sulla scorta di quanto sopra rilevato, vi è chi sostiene che la diversa natura degli obblighi in materia di diritti umani debba avere un'incidenza sulla giurisdizione degli Stati. La conseguenza sarebbe che ad uno Stato si possa applicare il modello personale quando si tratti di obblighi negativi e il modello territoriale, e quindi il controllo su un territorio, quando si tratti di obblighi positivi²¹⁹.

Quest'ultima teoria troverebbe una sua conferma ancora nella recente sentenza *Al Skeini* della Corte europea. I giudici di Strasburgo, nell'analizzare gli obblighi derivanti dall'articolo 2 della ConvEDU e gravanti sul Regno Unito, hanno affermato la necessità di interpretare i suddetti obblighi in maniera realistica, tenendo conto delle circostanze del caso e delle difficoltà che una potenza occupante può incontrare nell'amministrazione di un territorio quale quello iracheno²²⁰.

Proprio il fatto che la sentenza *Al Skeini* abbia in un certo senso confermato l'approccio di questa nuova teoria, si può pensare ad una sua adattabilità nel contesto delle operazioni militari all'estero istituite dalle Organizzazioni internazionali, per lo meno per quanto riguarda gli obblighi che gravano sugli Stati. Sembra infatti plausibile che un'interpretazione flessibile degli obblighi, tale per cui quelli negativi si applicano a prescindere e con la sufficienza di un controllo sull'individuo e quelli positivi si

²¹⁸ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., Separate opinion of Judge Tomka, "This said, however, I am convinced that under Article I of the Genocide Convention the State does have an obligation to prevent genocide outside its territory to the extent that it exercises jurisdiction outside its territory, or exercises control over certain persons in their activities abroad. This obligation exists in addition to the unequivocal duty to prevent the commission of genocide within its territory".

²¹⁹ MILANOVIC, *The extraterritorial application of human rights*, cit., p. 215

²²⁰ Si veda Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., § 168. "The Court takes as its starting point the practical problems caused to the investigatory authorities by the fact that the United Kingdom was an Occupying Power in a foreign and hostile region in the immediate aftermath of invasion and war. These practical problems included the breakdown in the civil infrastructure, leading inter alia to shortages of local pathologists and facilities for autopsies; the scope for linguistic and cultural misunderstandings between the occupiers and the local population; and the danger inherent in any activity in Iraq at that time. As stated above, the Court considers that in circumstances such as these the procedural duty under Article 2 must be applied realistically, to take account of specific problems faced by investigators".

applicano solo quando vi è un controllo effettivo su un'area o un territorio, si possa estendere al caso delle operazioni militari.

Scenari simili a quello nel caso *Al Skeini* sono assai frequenti nella prassi delle operazioni militari. Si pensi alla più recente operazione UNMISS, istituita dal Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace nel neonato Sud Sudan²²¹. Nel mandato della missione UNMISS, i soldati impegnati sono autorizzati ad usare tutti i mezzi necessari al fine di:

“(d)eterring violence including through proactive deployment and patrols in areas at high risk of conflict, within its capabilities and in its areas of deployment, protecting civilians under imminent threat of physical violence, in particular when the Government of the Republic of South Sudan is not providing such security”²²².

In uno scenario del genere, se da un lato si può sostenere che i militari impegnati nella missione UNMISS possano esercitare un controllo sugli individui, ad esempio nell'ambito dei pattugliamenti nelle loro aree di competenza, dall'altro lato è difficile accertare che l'operazione nel suo complesso possa esercitare pubblici poteri su una determinata area. Ne deriva che, mantenendo l'impostazione di cui alla sentenza *Al Skeini*, il modello personale non si applicherebbe, pur essendo di per sé funzionale al caso. Il modello invece proposto nella recente dottrina renderebbe la situazione più flessibile in questo senso: anche se formalmente l'operazione non detiene il controllo su una determinata zona, gli obblighi negativi che gravano sui soldati per il tramite dei loro Stati di invio si applicano in virtù del controllo che viene esercitato sugli individui. Tentando di proporre un esempio pratico, se un soggetto venisse detenuto nell'ambito di un'operazione condotta da UNMISS, questo individuo sarebbe sottoposto alla giurisdizione degli Stati fornitori; parimenti, un individuo che venisse colpito in uno scontro a fuoco ricadrebbe sotto la giurisdizione degli Stati²²³.

Nel contesto delle operazioni militari quindi, questo nuovo approccio suggerito dalla dottrina sembra essere quello preferibile. E, proprio con riguardo alle operazioni

²²¹ UN Doc. S/RES/1996 (2011)

²²² *Ibidem*, § 3 (b) (v)

²²³ Così che un'eventuale carenza di investigazione da parte degli Stati sulla condotta dei loro militari impegnati sarebbe lamentabile dalle vittime di abusi o violazioni.

militari, un'idea simile al modello appena citato era stata avanzata in dottrina²²⁴ paragonando i casi *Cipro contro Turchia* e *Issa*. Se, come visto, nel primo caso il controllo della Turchia su un'intera zona aveva fatto sì che tutte le violazioni ivi commesse rientrassero nella giurisdizione di quello Stato, a contrario, nel secondo caso, a fronte di un'assenza di controllo totale di una zona, sono state considerate sotto la giurisdizione della Turchia solo quelle azioni atte ad interferire con il diritto alla vita delle vittime del caso.

11. L'applicabilità dei diritti umani durante i conflitti armati

Una volta accertata l'applicazione extraterritoriale dei diritti umani nell'ambito delle operazioni militari è opportuno verificare l'applicabilità di queste norme in situazioni di conflitto armato. L'argomento è da molti anni oggetto di studi e ricerche ma ancora una sua concretizzazione non sembra esserci.

Tradizionalmente, diritto internazionale umanitario e diritti umani sono due ambiti normativi separati. Mentre il primo regola la condotta delle ostilità e protegge gli individui durante i conflitti armati, il secondo protegge la persona umana in tutte le circostanze. Sul fatto che i due regimi possano sovrapporsi la dottrina è ormai concorde²²⁵ e anche la prassi sembra deporre in questo senso²²⁶, ciò che occorre verificare è come

²²⁴ CERONE, *Minding the gap*, cit., p. 479.

²²⁵ DROEGE, *The interplay between International humanitarian law and International human rights law*, cit.; E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani : profili di una convergenza*, in *La Comunità Internazionale*, 1996; GREPPI, *Diritto umanitario e diritti umani nei conflitti contemporanei*, in A. DE GUTTRY (a cura di), *Le nuove sfide nella protezione internazionale di diritti dell'uomo*, Pisa 2002; GREPPI, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano 2006, pp. 801-821; R. PROVOST, *International human rights and humanitarian law*, Oxford, 2002; MERON, *On the inadequate reach of humanitarian and human rights norms and the need for a new instrument*, in *American Journal of International Law*, 1983; N. LUBELL, *Parallel application of international humanitarian law and human rights law: an examination of the debate*, in *Israel Law Review*, 2007, p. 648; L. DOSWALD-BECK-S. VITÉ, *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross*, 1993, p. 293; H. KRIEGER, *A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC customary law study*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2006, p. 265.

²²⁶ Si vedano le pronunce della Corte internazionale di giustizia nei pareri sulla legalità dell'uso delle armi nucleari e della costruzione di un muro nei territori palestinesi, nonché il giudizio sulle attività armate nel territorio del Congo. Si vedano ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), 1996, ICJ Rep 226 ('Nuclear Weapons'); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* cit.; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic*

questa sovrapposizione possa funzionare e come un eventuale conflitto possa essere gestito con riguardo nello specifico al caso delle operazioni militari.

Nella prassi internazionale²²⁷ il principio della applicabilità dei diritti umani durante i conflitti armati ha visto una sua prima affermazione con la Conferenza internazionale sui diritti umani di Teheran, nel 1968²²⁸. La Conferenza adottava una risoluzione denominata *Human Rights in Armed Conflict*²²⁹. Successivamente a questa risoluzione si è moltiplicata la prassi di organi giudiziari o di monitoraggio internazionali sul punto.

La Corte internazionale di giustizia ha avuto modo di occuparsi di violazioni dei diritti umani commesse durante situazioni di conflitto armato in tre casi molto importanti. Il primo, e sicuramente il punto di riferimento, è il caso concernente la legalità dell'uso delle armi nucleari, nell'ambito del quale la Corte ha reso un importante, anche se controverso, parere²³⁰. In quel giudizio la Corte ha statuito l'applicabilità dei diritti umani durante i conflitti armati, ma ha anche espresso il principio della *lex specialis*, ossia la prevalenza del diritto umanitario in caso di norme contrastanti con la disciplina dei diritti umani²³¹. La Corte non ha tuttavia affermato alcuna regola utile per dirimere un eventuale

of the Congo v Uganda), cit. Si vedano i rapporti del Consiglio dei diritti umani nei casi libanesi: cfr. Human Rights Council, *The Grave Situation of Human Rights in Lebanon Caused by Israeli Military Operations*, UN Doc A/HRC/S-2/L. 1, 11 agosto 2006; Human Rights Council, *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon Pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1*, UN Doc A/HRC/3/2, 3 novembre 2006. Per quanto riguarda il Comitato dei diritti umani, si veda Human Rights Committee, *General Comment No 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, cit. Si veda, poi, il rapporto sulle esecuzioni extragiudiziali, Cfr. P. ALSTON, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Mission to Lebanon and Israel*, UN Doc A/HRC/2/7, 7-14 settembre 2006; Office of the High Commissioner for Human Rights, *Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, UN Doc E/CN.4/RES/2005/34, 20 aprile 2005.

²²⁷ Si veda J. TOBIN, *Seeking clarity in relation to the principle of complementarity: reflections on the recent contribution of some International bodies*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2007, p. 359

²²⁸ Conferenza internazionale sui diritti umani, Teheran, 12 maggio 1968.

²²⁹ Human Rights in Armed Conflict Resolution XXIII, disponibile sul sito internet www.icrc.org. si veda anche la risoluzione dell'Assemblea Generale n. 2444 (XXIII) Declaration on respect for human rights in armed conflicts, 19 dicembre 1968, UN Doc. A/RES/2444 (XXIII)

²³⁰ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., nota 232.

conflitto tra i due regimi o, più semplicemente, per regolarne la contemporanea applicabilità²³².

La Corte internazionale di giustizia conferma sostanzialmente la suesposta impostazione nelle successive pronunce nel caso del parere sul muro²³³ e delle attività militari sul territorio del Congo²³⁴.

12. *Segue. La teoria della complementarità*

Il significato di complementarità è il seguente: diritti umani e diritto internazionale umanitario non si contraddicono²³⁵, essendo fondati sugli stessi principi e valori²³⁶, e quindi possono influenzarsi e completarsi a vicenda. Ciò vuole anche dire che diritti umani e diritto internazionale umanitario possono essere utilizzati reciprocamente come mezzi di interpretazione: il diritto umanitario può servire come strumento di interpretazione dei diritti umani e vice versa²³⁷.

²³¹ Ibidem, § 25: “The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself”.

²³² TOBIN, *Seeking clarity in relation to the principle of complementarity: reflections on the recent contribution of some International bodies*, loc. ult. cit.

²³³ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit. § 70

²³⁴ ICJ, *Armed activities in the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, cit., § 85

²³⁵ DROEGE, *The interplay between International humanitarian law and human rights law in situations of armed conflicts*, cit., p. 337

²³⁶ In questo senso GREPPI, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, cit., in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, cit., p. 86

²³⁷ A tal proposito, si richiama il carattere intrinseco del diritto internazionale che può essere visto come un sistema votato alla coerenza nell’ambito del quale diversi ordinamenti giuridici possono coesistere e mutualmente integrarsi. In questo senso si veda il rapporto del gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite sulla frammentazione del diritto internazionale (UN Doc. A/CN.4/L.676, 29 luglio 2005, § 27). In dottrina cfr. P. SANDS, *Treaty, custom and the cross-fertilization of International law*, in *Yale Human Rights & development law journal*, 1999, p. 85

La complementarità tra i due ordinamenti è, come si diceva, una relazione biunivoca. Se, da un lato, i diritti umani, le cui norme sono tendenzialmente più generiche, devono avvalersi delle norme di diritto umanitario, più precise, può anche accadere che queste ultime si debbano avvalere dell'interpretazione delle giurisdizioni chiamate a sanzionare le violazioni dei diritti umani, la cui giurisprudenza è senz'altro più ricca di quella degli organi chiamati ad interpretare il diritto umanitario²³⁸. Il terreno fertile per la complementarità è senza dubbio la tutela dei diritti delle persone sotto il controllo e l'autorità di una parte del conflitto²³⁹, situazioni quali, ad esempio, la detenzione e, in un'accezione già esaminata di controllo, l'uso della forza da parte dei law enforcement officials.

Un esempio pratico è l'articolo 75 del primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra che è stato redatto sulla falsariga dell'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici²⁴⁰. A tal proposito è possibile notare come, sebbene l'articolo 14 del Patto sia stato fondamentale nella redazione dell'articolo 75, quest'ultimo detta un livello minimo di tutela per un diritto quale quello ad un processo equo, che invece per i diritti umani è derogabile in toto²⁴¹.

Un altro esempio, più classico è il divieto di tortura la cui definizione, derivabile dall'articolo 1 della Convenzione del 1984 è la base per questo divieto anche nel diritto umanitario. Invero, la definizione di tortura nel diritto umanitario ha necessitato di un adattamento stante il bisogno di una nozione che coprisse anche atti commessi da attori non statali e non solo atti commessi da pubblici ufficiali, come invece previsto dai diritti umani²⁴².

²³⁸ DROEGE, *The interplay between International humanitarian law and human rights law in situations of armed conflicts*, cit., p. 341.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Y. SANDOZ-C. SWINARSKI-B. ZIMMERMAN (ed.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin aux Convention de Genève du 12 août 1949*, Ginevra 1986, p. 3092

²⁴¹ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001, § 16.

²⁴² In questo senso si veda l'evoluzione della giurisprudenza, soprattutto quella dei tribunali penali internazionali ad hoc delle nazioni unite per l'ex Jugoslavia e il Ruanda.

Altro settore di mutua influenza è quello della tutela dei diritti economici, sociali e culturali, anche se, occorre dirlo, la dottrina è sempre stata propensa ad analizzare la complementarità per quel che riguarda i diritti civili e politici²⁴³. Tuttavia, non sono mancati casi nella prassi in cui si è resa necessaria un'analisi dell'applicabilità dei diritti economici e sociali nell'ambito dei conflitti armati, come nel caso di Israele nei territori occupati²⁴⁴. Su questo punto si può dire che il diritto umanitario contenga disposizioni più precise rispetto ai diritti umani, nell'ambito dei quali, tuttavia e come già detto in via generale, la giurisprudenza è più copiosa²⁴⁵. Inoltre, i diritti umani possono colmare le lacune del diritto umanitario laddove le norme della quarta Convenzione di Ginevra siano carenti, come nel caso del diritto dell'occupazione bellica²⁴⁶.

Un altro settore in cui la complementarità si manifesta è lo sviluppo progressivo del diritto e il pensiero va alla Convenzione sulle sparizioni forzate, che può avere, come visto, una sua importanza nell'ambito delle operazioni militari. In questo senso il riferimento pertinente sembra l'articolo 24 comma secondo della Convenzione, cucito sull'articolo 32 del primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni. Ancora, i diritti concernenti i diritti di informazione delle famiglie sono stati influenzati dall'articolo 18 della quarta Convenzione di Ginevra.

La conclusione che si può trarre è che la complementarità si manifesta quando tanto i diritti umani quanto il diritto umanitario enucleano diritti posti a tutelare gli individui dagli abusi di potere delle persone che li controllano²⁴⁷.

²⁴³ LUBELL, *Parallel application of international humanitarian law and human rights law: an examination of the debate*, cit., pp. 737 e 751

²⁴⁴ UN Doc. E/C.12/1/Add. 90, 23 maggio 2003, §§ 11 e 19. UN Doc. CRC/C/15/ Add. 195, 9 ottobre 2002, §§ 44 e 55

²⁴⁵ DROEGE, *The interplay between International humanitarian law and human rights law in situations of armed conflicts*, cit., p. 343.

²⁴⁶ *Ibidem*. L'esempio va all'articolo 6 della quarta Convenzione di Ginevra del 1949, la quale dispone che molte delle disposizioni della Convenzione si applicano solo fino ad un anno dopo la chiusura delle operazioni militari.

²⁴⁷ DROEGE, *The interplay between International humanitarian law and human rights law in situations of armed conflicts*, cit., p. 344

13. *Segue. La teoria della lex specialis*

Nei casi nei quali diritti umani e diritto umanitario siano incompatibili per quanto riguarda la tutela di determinati diritti, si applicherà la regola della *lex specialis*, ossia la prevalenza della norma che più nel dettaglio regola una condotta²⁴⁸.

Un esempio di una simile situazione è il diritto alla vita, la cui protezione varia a seconda dell'applicabilità dei diritti umani o del diritto umanitario. Nel primo caso, l'uso della forza letale è tollerato solo qualora sia misura necessaria a fronte di un pericolo imminente. Nel diritto umanitario, invece, l'uso della forza letale è ovviamente tollerato e sono accettate anche perdite umane accidentali. Ancora più nel dettaglio, per quanto riguarda i diritti umani un'operazione che preveda l'uso della forza deve essere pianificata e, se pianificata, mai pensando al ricorso alla forza letale²⁴⁹, richiesta che non esiste nel diritto umanitario. Ne consegue che anche il requisito della proporzionalità differisca dai diritti umani al diritto umanitario. Nel primo caso, la proporzione viene effettuata tra l'uso della forza letale e la protezione della vita. Nel secondo caso, la proporzionalità richiede che i danni civili siano proporzionali al vantaggio militare valutato *ex ante*.

In casi di contrasto tra norme quali quelli suesposti, l'applicabilità dei due regimi giuridici porta effettivamente a risultati diversi: una condotta lecita sotto il profilo del diritto umanitario può non esserlo per i diritti umani. Non è oltretutto netta l'applicabilità esclusiva del diritto umanitario durante un conflitto armato, essendo peraltro possibile ritenere applicabili i diritti umani in quelle specifiche situazioni in cui vi siano, nell'ambito di un conflitto armato, operazioni di *law enforcement*, scenario ravvisabile con particolare interesse nel caso delle operazioni militari.

a) *Il meccanismo del revoi*

²⁴⁸ MERON, *On the inadequate reach of humanitarian and human rights norms and the need for a new instrument*, cit., p. 241

²⁴⁹ N. MELZER, *Targeted killing in International law*, Oxford, 2008, p. 124

La tecnica della *lex specialis* è stata spesso utilizzata nella prassi come uno strumento interpretativo. Quando uno dei due regimi giuridici è più specifico dell'altro, il primo verrà utilizzato come paradigma interpretativo del secondo. Questo è stato esplicitato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso concernente la legalità dell'uso delle armi nucleari, come già visto, con riguardo all'interpretazione del diritto alla vita nei conflitti armati.

Un simile approccio è stato confermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che, nella maggior parte dei casi, pur non menzionando direttamente norme di diritto umanitario, utilizza queste come uno strumento di interpretazione delle norme sui diritti umani in quei casi in cui si sia trovata a giudicare di presunte violazioni nell'ambito di un conflitto armato²⁵⁰. Solo di recente la Corte europea ha menzionato espressamente il diritto umanitario ammettendolo come strumento di interpretazione degli obblighi già esistenti derivanti dalla Convenzione europea²⁵¹. Questo ha senz'altro portato ad una rivisitazione dell'ampiezza della tutela offerta dai diritti umani, che si è notevolmente ristretta, adeguandosi ai canoni del diritto umanitario, meno stringenti.

²⁵⁰ Si pensi ad esempio al riferimento all'articolo 57, comma 2, lettera (a) (ii) del primo Protocollo aggiuntivo che la Corte europea nella sentenza *Ergi c. Turchia* effettua quando parla di "take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising incidental loss of life". Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Ergi c. Turchia*, 66/1997/850/1057, 28 luglio 1998, § 79. Questo riferimento "indiretto" al diritto umanitario è stato operato dalla Corte europea dei diritti umani in altri casi che si riportano qui di seguito: Corte europea dei diritti umani, *Isayeva c. Russia*, 57950/00, 24 febbraio 2006 § 176; *Ozkan e altri c. Turchia*, 21689/93, 6 aprile 2004, § 297; *Ozalp e altri c. Turchia*, 32457/96, 8 aprile 2004, § 34. Di recente l'approccio appena riportato è stato confermato nel caso *Finogenov e altri c. Russia*. Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Finogenov e altri c. Russia*, 18299/03 e 27311/03, 20 dicembre 2011, § 208.

²⁵¹ Corte europea dei diritti umani, *Varnava e altri c. Turchia*, 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 e 16073/90, 18 settembre 2009, § 178: "The Cypriot Government submitted that the burden of proof was the same in inter-State and individual applications but merely appeared different due to the context. The applicants had provided sufficient evidence that the missing men were last seen in territory which at the time or immediately afterwards was under the de facto control of the invading Turkish forces or forces for whom they were responsible. At a time of international armed conflict, this meant that those men were in a life-threatening situation and it was the responsibility of the Government in charge of those forces to determine what happened to them. Such responsibility was also imposed by **international humanitarian law**, which could be used to clarify the scope of existing Convention obligations. Given that the men did not make it back to their own lines, they were wounded, sick, dead or detained. The respondent Government had been under the obligation to seek them out, provide treatment if sick or, in the case of the dead, to bury them; and in all cases, to provide information about their fate".

Non sempre, tuttavia, è il diritto umanitario a presentarsi come *lex specialis*: si pensi al caso delle garanzie procedurali di cui all'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, nell'ambito del quale le nozioni di “regularly constituted court” e “judicial guarantees” devono essere interpretate con riferimento agli strumenti in materia di diritti umani²⁵².

b) Lex specialis come soluzione di conflitti

La tecnica della *lex specialis* può essere utilizzata come strumento per risolvere conflitti normativi tra i due regimi giuridici, considerando applicabile l'uno piuttosto che l'altro. Risulta pacifico che, nell'ambito di conflitti armati, il diritto umanitario offra spesso la soluzione più precisa che può essere in contrasto con una norma sui diritti umani, sulla quale prevale²⁵³.

Anche in questo caso, non sempre il diritto umanitario si presenta come *lex specialis*, essendo possibile che in determinati casi di vuoto normativo, i diritti umani siano più precisi e quindi da preferire in un eventuale contrasto. Un simile argomento è stato portato avanti in dottrina con riguardo al diritto applicabile alle uccisioni mirate e alla detenzione di individui nell'ambito di conflitti armati di natura non-internazionale²⁵⁴.

14. La detenzione amministrativa di individui nell'ambito delle operazioni militari come caso di complementarità tra diritto internazionale umanitario e diritti umani

Il trattamento degli individui che nel corso di un'operazione militare sono soggetti a detenzione amministrativa solleva significativi problemi. Stanti, infatti, gli ampi

²⁵² Come peraltro esplicitato nello studio sul diritto internazionale umanitario consuetudinario. Si veda HENCKAERTS-DOSWALD BECK, *Customary International humanitarian law*, Cambridge, 2005, regola n. 6

²⁵³ Si pensi ad esempio alla disciplina dei prigionieri di guerra.

²⁵⁴ M. SASSOLI-L. OLSON, *The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, pp. 613-614

mandati che caratterizzano le operazioni militari nella prassi recente, è assai frequente che i soldati impegnati si trovino nella situazione di dover detenere individui a vario titolo²⁵⁵.

L'interesse per una simile analisi è da ricercarsi nel confluire, in questa materia, di regole tanto dal diritto umanitario quanto dai diritti umani, in ossequio alla complementarità tra i due regimi giuridici analizzata nel paragrafo precedente²⁵⁶. Inoltre, è un'interessante banco di prova per l'interazione tra regole appartenenti allo *jus ad bellum* e regole appartenenti allo *jus in bello*, ritenendo, in senso assolutamente lato, i diritti umani come rientranti in quest'ultima categoria²⁵⁷.

La prassi delle operazioni militari istituite dalle Organizzazioni internazionali dimostra come sia molto frequente che i *peacekeepers* detengano individui durante tali operazioni. Invero, anche da un'analisi dei mandati delle operazioni, soprattutto con riguardo a quelle multifunzionali, è possibile notare come l'ampiezza dei compiti renda necessaria la detenzione di soggetti²⁵⁸.

Le Nazioni Unite fin dalle prime operazioni di peacekeeping hanno accettato che i propri soldati potessero detenere individui. Con riguardo, ad esempio, all'operazione UNEF I, il Segretario Generale nel suo rapporto del 1958 sulla missione ricordò come

²⁵⁵ Si veda *supra*, capitolo primo, paragrafo 6

²⁵⁶ Si veda *supra*, questo capitolo, paragrafo 12

²⁵⁷ Si veda in dottrina B. OSWALD, *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, in R. ARNOLD (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, L'Aia, 2009, p. 197; OSWALD, *Detention by United Nations peacekeepers: searching for definition and categorization*, in *Journal of international peacekeeping*, 2011, p. 230; OSWALD, *The law on military occupation: answering the challenge of detention during contemporary peace operations?*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2007, p. 311; A.S. DEEKS, *Administrative detention in armed conflicts*, in *Case Western Journal of International Law*, 2007-2009, pp. 403 ss.; J. PEJIC, *Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence*, in *International Review of the Red Cross*, 2005, pp. 365 ss.; L. OLSON, *Practical Challenges Of Implementing The Complementarity Between International Humanitarian And Human Rights Law Demonstrated By The Procedural Regulation Of Internment In Non-International Armed Conflict*, in *Case Western Journal of International Law*, cit., pp. 437 ss.

²⁵⁸ B. OSWALD, *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in R. ARNOLD (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, cit., p. 197. L'Autore ricorda, ad esempio, la protezione dei civili, la protezione dello stesso personale Nazioni Unite, l'assistenza nel mantenimento della pace e della sicurezza e nella messa in sicurezza dell'assistenza umanitaria.

UNEF I “*exercised a limited power of detention*”²⁵⁹. Parimenti con riguardo all’operazione in Cipro i caschi blu impegnati furono autorizzati sulla base del seguente mandato a detenere:

“any Cypriot citizen committing an offence or causing a disturbance on the UN premises without subjecting them to the ordinary routine of arrest, in order to immediately hand him to the nearest appropriate Cypriot authorities for the purposes of dealing with such offences or disturbances”²⁶⁰.

Similmente anche in Ruanda i soldati di UNAMIR furono autorizzati dal *Force Commander* a cercare, disarmare e, laddove necessario, detenere sospetti criminali, compresi civili accusati di aver commesso atti di genocidio fino a quando fossero consegnati al Procuratore locale²⁶¹. Più recentemente è possibile constatare fenomeni di detenzione da parte dei *peacekeepers* nell’ambito della missione MINUSTAH, in Haiti, durante le cosiddette “anti gang operations” condotte dalle Nazioni Unite²⁶².

Nell’ambito delle operazioni condotte da Organizzazioni internazionali altre dalle Nazioni Unite è possibile menzionare la missione KFOR della NATO in Kosovo, nell’ambito della quale sono stati numerosi i casi di detenzione²⁶³. Parimenti è anche utile fare riferimento alla missione a Timor Orientale, INTERFET, durante la quale i *peacekeepers* erano autorizzati a detenere individui sospettati di avere commesso crimini di varia natura²⁶⁴.

Simili situazioni non sono regolate nello specifico e il vuoto normativo crea una situazione anarchica nella quale poche garanzie erano offerte a coloro i quali venivano detenuti nell’ambito di operazioni militari²⁶⁵. In particolare, i settori che creano più

²⁵⁹ UN Doc. A/3943, 9.10.1958, § 54

²⁶⁰ UN Doc. S/12946, 1.12.1978, §§ 40 – 41

²⁶¹ Citato in OSWALD, *Peacekeeping in Rwanda – A Lawyer’s experience*, in *Australian Law Journal*, 1996, pp. 72-73.

²⁶² Come si può apprendere dal sito internet delle Nazioni Unite nella sezione “News”. Si veda a tal proposito l’articolo “*Haiti: UN peacekeepers mount new anti gang operation in capital*”. Disponibile sul sito internet: www.un.org

²⁶³ DEEKS, *Administrative detention in armed conflicts*, cit., p. 415

²⁶⁴ Si veda per un maggiore approfondimento sul punto OSWALD, *The INTERFET detainee management unit in East Timor*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, pp. 356 ss.

problemi sono quelli relativi alla ricerca di una base legale per la detenzione e al trattamento dei detenuti. Risulta evidente come la scelta dell'ordinamento giuridico più adatto, sia esso il diritto umanitario o siano i diritti umani, rende notevolmente diverso lo scenario dal punto di vista degli obblighi dei *peacekeepers*.

A questo riguardo, il governo danese ha avviato un progetto di studio su quale debba essere il regime applicabile alla detenzione nell'ambito delle operazioni militari del tipo oggetto del presente lavoro²⁶⁶. Il documento, redatto a conclusione della Conferenza di *Copenhagen* dell'11-12 ottobre 2007 e denominato *Copenhagen Process*, evidenzia come siano quattro le aree bisognose di un diritto applicabile comune nell'ambito delle operazioni militari: la base legale della detenzione, il trattamento e le condizioni della detenzione, il trasferimento dei detenuti, il diritto di sindacare la detenzione²⁶⁷. In tutti e quattro i casi, il rapporto tra diritti umani e diritto umanitario riveste un'importanza cruciale nella definizione del diritto applicabile²⁶⁸.

Nel documento finale della conferenza è innanzitutto presentata una differenza tra la detenzione a fini amministrativi e la detenzione a fini sanzionatori (penali)²⁶⁹. La tipologia di detenzione più problematica è senza dubbio quella amministrativa, che si

²⁶⁵ Un simile vuoto normativo ha portato ad esempio alla proposizione di ricorsi dinanzi a istanze giurisdizionali nazionali e internazionali aventi ad oggetto il sindacato di misure detentive prese contro determinati individui. Si vedano a tal proposito i casi *Al Jedda* e *Saramati* entrambi dinanzi alla Corte europea dei diritti umani. Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, 27021/08, Sentenza, 7 luglio 2011; Corte europea dei diritti umani, *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, 78166/01, Decisione, 2 maggio 2007.

²⁶⁶ “*The Handling of Detainees in International Military Operations*”. *Non-Paper on legal framework and aspects of detention (Copenhagen Process)*, reperibile sul sito internet <http://www.afghanistan.um.dk/NR/rdonlyres/F5364962-DC30-4333-9EFC-1B612B43DC28/0/NonpaperCopenhagenConference.pdf>

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 9

²⁶⁸ Lo evidenzia lo stesso rapporto del *Copenhagen Process*, quando afferma la possibilità di una contemporanea applicabilità dei due regimi giuridici e in un certo senso ne evidenzia la complementarità vista la difficoltà a definire il momento in cui una determinata situazione di violenza può essere considerata come conflitto armato. si veda *Id.*, pp. 5-7

²⁶⁹ *Copenhagen Process*, cit., p. 5

presta anche al maggior numero di abusi da parte delle forze multinazionali²⁷⁰. A tal proposito, il documento tenta di indicare le fonti per il diritto applicabile nel diritto umanitario e nei diritti umani.

Per quel che concerne il diritto umanitario, viene notato come in queste norme non esista una vera e propria definizione di detenzione, dovendosi questa desumere dal riferimento al controllo che una Parte del conflitto esercita su un individuo quando questo viene catturato. Il momento decisivo pertanto è individuato, per quanto riguarda i conflitti armati internazionali, nell'articolo 12²⁷¹ della terza Convenzione di Ginevra. Per quanto riguarda i diritti umani, il Patto sui diritti civili e politici, attraverso la sua applicazione extraterritoriale è lo strumento di riferimento²⁷².

Il punto di partenza può essere il Bollettino del Segretario Generale del 1999 sull'osservanza da parte delle forze militari delle Nazioni Unite del diritto internazionale umanitario regola la detenzione di soggetti da parte dei caschi blu²⁷³. L'articolo 8 di questo documento rende applicabile la Terza Convenzione di Ginevra nei casi in cui i *peacekeepers* detengano individui durante le operazioni militari e detta una serie di condizioni precise per la detenzione²⁷⁴. Una simile disposizione ovvierebbe al problema

²⁷⁰ OSWALD, *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in R. ARNOLD (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, cit., p. 204

²⁷¹ *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, 75 UNTS 135, Ginevra, 12 agosto 1949, Articolo 12: "Prisoners of war are in the hands of the enemy Power, but not of the individuals or military units who have captured them. Irrespective of the individual responsibilities that may exist, the Detaining Power is responsible for the treatment given them. Prisoners of war may only be transferred by the Detaining Power to a Power which is a party to the Convention and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the Convention. When prisoners of war are transferred under such circumstances, responsibility for the application of the Convention rests on the Power accepting them while they are in its custody. Nevertheless if that Power fails to carry out the provisions of the Convention in any important respect, the Power by whom the prisoners of war were transferred shall, upon being notified by the Protecting Power, take effective measures to correct the situation or shall request the return of the prisoners of war. Such requests must be complied with".

²⁷² *Copenhagen Process*, cit., p. 8

²⁷³ *Secretary General's Bulletin, Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 agosto 1999

²⁷⁴ *Ibidem*, *Section 8 Treatment of detained persons* "The United Nations force shall treat with humanity and respect for their dignity detained members of the armed forces and other persons who no

della mancanza di regolamentazione in questa delicata materia, tuttavia, si è visto come il Bollettino del Segretario Generale si applichi solo quando i *peacekeepers* siano impegnati in un conflitto armato e siano qualificabili come combattenti²⁷⁵. Si potrebbe ancora considerare l'applicabilità del Bollettino in situazioni di legittima difesa, come dispone il primo articolo di quel documento, ma anche in questo caso si è visto come anche laddove sia consentito ai *peacekeepers* l'uso della forza in legittima difesa, questa circostanza non alteri lo status dei caschi blu ai sensi del diritto umanitario, rendendo quindi il Bollettino non applicabile²⁷⁶.

In ogni caso, l'articolo 8 del Bollettino non impone una base legale per la detenzione, dettando solo degli obblighi con riguardo al trattamento dei soggetti detenuti, rendendo applicabile ad essi la Terza Convenzione di Ginevra²⁷⁷.

Quanto appena detto rinforza la teoria in virtù della quale il Bollettino sia un richiamo in generale al rispetto del diritto umanitario e che quindi sia da considerarsi applicabile alle forze di peacekeeping il diritto internazionale umanitario nella sua interezza, attraverso il richiamo alla sua natura consuetudinaria²⁷⁸.

longer take part in military operations by reason of detention. Without prejudice to their legal status, they shall be treated in accordance with the relevant provisions of the Third Geneva Convention of 1949, as may be applicable to them *mutatis mutandis*. In particular: (a) Their capture and detention shall be notified without delay to the party on which they depend and to the Central Tracing Agency of the International Committee of the Red Cross (ICRC), in particular in order to inform their families; (b) They shall be held in secure and safe premises which provide all possible safeguards of hygiene and health, and shall not be detained in areas exposed to the dangers of the combat zone; (c) They shall be entitled to receive food and clothing, hygiene and medical attention; (d) They shall under no circumstances be subjected to any form of torture or ill-treatment; (e) Women whose liberty has been restricted shall be held in quarters separated from men's quarters, and shall be under the immediate supervision of women; (f) In cases where children who have not attained the age of sixteen years take a direct part in hostilities and are arrested, detained or interned by the United Nations force, they shall continue to benefit from special protection. In particular, they shall be held in quarters separate from the quarters of adults, except when accommodated with their families; (g) ICRC's right to visit prisoners and detained persons shall be respected and guaranteed"

²⁷⁵ Si veda *supra*, capitolo terzo, paragrafo 16

²⁷⁶ Si veda *supra*, capitolo terzo, paragrafo 19

²⁷⁷ OSWALD, *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in R. ARNOLD (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, cit., p. 212

²⁷⁸ Si veda *supra*, capitolo terzo, paragrafo 11

Qualora, quindi i *peacekeepers* siano impegnati in un conflitto armato internazionale e sia ad essi applicabile il diritto umanitario la base legale per la detenzione andrebbe senz'altro cercata nelle terza e quarta Convenzione di Ginevra e, nello specifico, nell'articolo 21²⁷⁹ della terza e negli articoli 42²⁸⁰ e 78²⁸¹ della quarta Convenzione. Entrambe le norme impongono che la detenzione per motivi di sicurezza sia confinata a casi di assoluta necessità²⁸².

Maggiori problemi nei casi in cui i *peacekeepers* siano impegnati in un conflitto armato a carattere non-internazionale. In questi casi, la dottrina maggioritaria, come visto nel capitolo precedente, opterebbe per l'applicabilità del diritto dei conflitti armati internazionali, essendo maggiore la protezione offerta in queste norme piuttosto che in

²⁷⁹ *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, cit., articolo 21: "The Detaining Power may subject prisoners of war to internment. It may impose on them the obligation of not leaving, beyond certain limits, the camp where they are interned, or if the said camp is fenced in, of not going outside its perimeter. Subject to the provisions of the present Convention relative to penal and disciplinary sanctions, prisoners of war may not be held in close confinement except where necessary to safeguard their health and then only during the continuation of the circumstances which make such confinement necessary. Prisoners of war may be partially or wholly released on parole or promise, in so far as is allowed by the laws of the Power on which they depend. Such measures shall be taken particularly in cases where this may contribute to the improvement of their state of health. No prisoner of war shall be compelled to accept liberty on parole or promise. Upon the outbreak of hostilities, each Party to the conflict shall notify the adverse Party of the laws and regulations allowing or forbidding its own nationals to accept liberty on parole or promise. Prisoners of war who are paroled or who have given their promise in conformity with the laws and regulations so notified, are bound on their personal honour scrupulously to fulfil, both towards the Power on which they depend and towards the power which has captured them, the engagements of their paroles or promises. In such cases, the Power on which they depend is bound neither to require nor to accept from them any service incompatible with the parole or promise given".

²⁸⁰ *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 75 UNTS 287, Ginevra, 12 agosto 1949, articolo 42: "The internment or placing in assigned residence of protected persons may be ordered only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary. If any person, acting through the representatives of the Protecting Power, voluntarily demands internment and if his situation renders this step necessary, he shall be interned by the Power in whose hands he may be."

²⁸¹ *Ibidem*, articolo 78: "If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment. Decisions regarding such assigned residence or internment shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying Power in accordance with the provisions of the present Convention. This procedure shall include the right of appeal for the parties concerned. Appeals shall be decided with the least possible delay. In the event of the decision being upheld, it shall be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body set up by the said Power".

²⁸² PEJIC, *Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence*, cit., pp. 376-377

quelle che regolano i conflitti interni. Laddove, invece, si ritenesse applicabile il diritto dei conflitti armati non-internazionali, oppure non si ritenesse applicabile del tutto il diritto umanitario, vi sarebbe un evidente vuoto normativo, non esistendo una norma che prescriva una base legale per la detenzione²⁸³. Tanto l'articolo 3 comune, quanto il secondo Protocollo Aggiuntivo del 1977 sono silenti sulla possibilità di detenere.

Per quanto riguarda i diritti umani, il punto di riferimento è senz'altro rappresentato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani²⁸⁴, la quale, nell'articolo 3²⁸⁵ dispone che tutti gli esseri umani hanno diritto alla libertà e nell'articolo 9 vieta le detenzioni arbitrarie²⁸⁶.

L'articolo 9 del Patto sui diritti civili e politici²⁸⁷, sulla scia della Dichiarazione, vieta le detenzioni arbitrarie. Va detto, tuttavia, che l'articolo 9 sul punto non è dettagliato e che anche la giurisprudenza del Comitato dei diritti umani offre un'interpretazione abbastanza generica del concetto di arbitrarietà²⁸⁸.

Ben più stringente appare la corrispondente disposizione normativa della Convenzione europea dei diritti umani, che proibisce qualsiasi detenzione arbitraria nell'articolo 5, comma 1²⁸⁹. L'interpretazione che la Corte europea ha dato di questo

²⁸³ Lo mette in evidenza lo stesso *Copenhagen Process*, cit., p. 9. In dottrina cfr. OLSON, *Practical Challenges Of Implementing The Complementarity Between International Humanitarian And Human Rights Law Demonstrated By The Procedural Regulation Of Internment In Non-International Armed Conflict*, cit., p. 452; SASSOLI-OLSON, *The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*, loc. ult. cit.

²⁸⁴ *Universal Declaration of Human Rights*, cit.

²⁸⁵ *Ibidem*, article 3: "Everyone has the right to life, liberty and security of person".

²⁸⁶ *Ibidem*, article 9: "No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile".

²⁸⁷ Cfr. *International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., Article 9, § 1. "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law".

²⁸⁸ Si veda Comitato dei diritti umani, *Mukong c. Camerun*, CCPR/c/D/458/1991, 21 luglio 1994, § 9.8. "[the term arbitrary] must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due Process of law".

²⁸⁹ *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, cit., article 5: "1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his

articolo è parimenti stringente ed è tale da vietare qualsiasi forma di detenzione preventiva²⁹⁰, a meno che lo Stato non abbia notificato una deroga i sensi dell'articolo 15 della Convenzione²⁹¹. Questa impostazione è stata recentemente confermata nella sentenza nel caso *Al Jedda*²⁹².

Da un lato l'impostazione del Patto, dall'altro quella della Convenzione europea, creano più di un problema per quel che riguarda l'applicazione pratica dei diritti umani al caso delle detenzioni preventive nell'ambito delle operazioni di peacekeeping²⁹³.

Quanto appena esposto è stato oggetto di discussione durante il meeting di esperti organizzato dal Comitato internazionale della Croce Rossa e dalla Chatham House a

liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law; (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority; (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants; (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

²⁹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Lawless c. Irlanda (no. 3)*, 332/57, Judgment, 1 luglio 1961, §§ 13 e 14; *Irlanda c. Regno Unito*, Judgment, 5310/71, 18 gennaio 1978, § 196; *Guzzardi c. Italia*, 7367/76, Judgment, 6 novembre 1980, § 102.; *Jecius c. Lituania*, 34578/97, Judgment, 31 luglio 2000, §§ 47-52

²⁹¹ Corte europea dei diritti umani, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., § 194; *A. and Others v. the United Kingdom*, 3455/05, 12 febbraio 2009, §§ 162 e 163

²⁹² Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito*, cit., §§ 99 - 100

²⁹³ La pratica delle operazioni militari, siano esse condotte da Stati o da organizzazioni internazionali dimostra come la detenzione di individui sia spesso fondamentale alla buona riuscita della missione e che imposizioni quali quelle che derivano dall'interpretazione stringente fornita dalla Corte europea dei diritti umani possano in pratica compromettere l'effettività di un'operazione. Si veda sul punto OLSON, *Practical Challenges Of Implementing The Complementarity Between International Humanitarian And Human Rights Law Demonstrated By The Procedural Regulation Of Internment In Non-International Armed Conflict*, cit., nota X, pp. 454-455. L'Autrice, oltre che sottolineare come sia necessario un bilanciamento tra esigenze militari e rispetto dei diritti umani, nota come siano non solo i primi a patire a seguito di un'interpretazione eccessivamente restrittiva delle norme sui diritti umani, bensì queste stesse norme, il cui rispetto rimarrebbe solo sulla carta.

Londra nel 2008 sulle detenzioni preventive nei conflitti armati²⁹⁴. In quell'occasione, gli esperti riuniti hanno ritenuto possibile che la base legale per la detenzione potesse essere ricercata in una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite²⁹⁵.

Va però detto, tuttavia, e come notato durante lo stesso meeting di esperti, che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza tendenzialmente non menzionano apertamente la possibilità di detenere²⁹⁶. La base legale, secondo alcuni²⁹⁷, sarebbe quindi da ricercarsi nel generico riferimento a “*to use all necessary means*” che accompagna l'autorizzazione ex cap. VII con riguardo al mandato della missione in oggetto questo troverebbe conforto nella prassi recente: il riferimento a tutti i mezzi necessari per portare a termine il mandato sarebbe tale da comprendere anche la detenzione²⁹⁸. Questo era già avvenuto in occasione della missione di peacekeeping a Cipro, laddove l'autorizzazione a detenere era ritenuta implicita nella autorizzazione a “*contribute to the maintenance and restoration of*

²⁹⁴ *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflicts. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008*, in *International Review of the Red Cross*, 2009, pp. 859 ss.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 868-869; OSWALD, *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in R. ARNOLD (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, cit., p. 200; J.K. KLEFFNER, *Operational detention*, in T.GILL-D.FLECK, *The Handbook of the Law of Military Operations*, Oxford, 2010, p. 470.

²⁹⁶ *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflicts. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008*, cit., p. 869; KLEFFNER, *Operational detention*, loc. ult. cit.

²⁹⁷ *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflicts. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008*, loc. ult. cit.; OSWALD, *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in R. ARNOLD (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, loc. ult. cit.; KLEFFNER, *Operational detention*, loc. ult. cit. Deporrebbe in questo senso anche il già citato documento del *Copenhagen Process*: “The legal basis for military forces to detain persons typically derives from the mandate of a given operation. The types of operations relevant for this non-paper are typically based on a Chapter VII resolution of the United Nations Security Council. A UNSC resolution may contain or refer to text on detention, and supplementary regulation may be found, for example, in Standard Operating Procedures, Rules of Engagement and Status-of-Forces Agreements, although the latter would also represent an agreement with the territorial State. The wording in these instruments on detention, however, is not always clear, if the issue is addressed at all. In these circumstances, the mandate to detain is often based on the traditional wording of UNSC resolutions giving a military force the mandate to ‘take all necessary measures’ in order to fulfil the given task”. Cfr. *Copenhagen Process*, cit., p. 10

²⁹⁸ Si veda Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia*, cit., *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, cit., § 124.

law and order”²⁹⁹. Detenzioni sulla base del riferimento a “all necessary means” sono riscontrabili anche nella prassi dell’operazione INTERFET³⁰⁰. Nella prassi recente è poi possibile menzionare la risoluzione istitutiva della missione UNOCI, in Sierra Leone, nell’ambito della quale i *peacekeepers* impegnati erano stati autorizzati ad assistere il governo di riconciliazione nazionale nella sua funzione di ristabilimento dell’ordine legale³⁰¹.

Per quel che riguarda le organizzazioni internazionali diverse dalle Nazioni Unite, merita ricordare la presa di posizione della NATO con riguardo alla base legale della detenzione nell’ambito della missione KFOR in Kosovo:

*KFOR derives its legal power to detain individuals from UNSCR 1244 and international law, not from the Kosovo Provisional Criminal Procedure Code. UNSCR 1244 authorises KFOR to use all necessary means to maintain a safe and secure environment in Kosovo, to protect itself and to support UNMIK in the maintenance of law and order. One of these necessary means may be the detention of individuals who pose a threat to the safe and secure environment in Kosovo. Such detentions are fully compliant with international law, are used sparingly and will last for only as long as is absolutely necessary*³⁰².

Non manca, tuttavia, chi ritiene che il generico riferimento a “all necessary means” non sia sufficientemente preciso per costituire una base legale per la detenzione preventiva nei conflitti non-internazionali³⁰³, dubbio posto anche durante il meeting di esperti sopra citato³⁰⁴.

²⁹⁹ UN Doc. S/RES/186, § 5, 4 marzo 1964

³⁰⁰ Non sono pubblici documenti più precisi, pertanto si rinvia a quanto citato in OSWALD, *The INTERFET detainee management unit in East Timor*, cit.; M.J. KELLY, *Legal Aspects of Australia's Involvement in the International Force for East Timor*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, pp. 101 ss.

³⁰¹ UN Doc. S/RES/1528, § 6 e 8, 27 febbraio 2004. “assist the government of national reconciliation in conjunction with ECOWAS and other international organizations in re-establishing the rule of law throughout Cote d’Ivoire”.

³⁰² *Press Release, Kosovo Force [“KFOR”], KFOR Det. Under UNSCR, 04-28*, 5 maggio 2004, disponibile sul sito internet <http://www.nato.int/kfor/docu/pr/2004/05/28.htm>

Invero, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in alcune occasioni nella prassi ha esplicitamente autorizzato i soldati impegnati in operazioni militari a detenere soggetti, ma non per motivi di sicurezza. Durante l'operazione ONUC, in Congo, il Consiglio ha autorizzato il Segretario Generale a prendere misure forti nei riguardi dei gruppi armati paramilitari e dei mercenari e, tra queste misure, era esplicitamente menzionata la possibilità di detenere individui³⁰⁵. In Somalia, nel 1993 nell'ambito della missione UNOSOM II, il Segretario Generale è stato autorizzato a prendere tutte le misure necessarie contro coloro responsabili degli attacchi ai *peacekeepers* e, nell'elencare le misure la risoluzione 837 del 1993 faceva esplicito riferimento a: “*secure the investigation of their actions and their arrest and detention for prosecution, trial and punishment*”³⁰⁶. Nell'ambito della stessa operazione, poi, è interessante notare come la stessa risoluzione abbia imposto ai militari impegnati limiti alla detenzione di determinati individui³⁰⁷. Questo coincide anche con quanto è stato richiesto ai *peacekeepers* delle Nazioni Unite nell'ambito dell'operazione MONUC, in Congo³⁰⁸. In linea generale un simile potere è attribuito ai militari impegnati solo con riguardo ai gravi crimini internazionali, ma non con riguardo ai crimini ordinari³⁰⁹ a meno che ciò non si renda

³⁰³ Si veda DEEKS, *Administrative detention in armed conflicts*, cit., p. 425; PEJIC, *Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence*, cit., p. 376

³⁰⁴ *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflicts. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008*, loc. ult. cit.

³⁰⁵ “Authorizes the Secretary-General to take vigorous action, including the use of the requisite measure of force, if necessary, for the immediate apprehension, detention pending legal action and/or deportation of all foreign military and paramilitary personnel and political advisers not under the United Nations Command, and mercenaries, as laid down in paragraph 2 of Security Council resolution 161 A (1961) of 21 February 1961”

³⁰⁶ UN Doc. S/RES/837, 6 giugno 1993, § 5

³⁰⁷ *Ibidem*, § 8: “suspend arrest action against those individuals who might be implicated”. In relazione all'attacco del 5 giugno 1993.

³⁰⁸ UN Doc. S/RES/1565, 21 ottobre 2004, § 5 (g)

³⁰⁹ OSWALD, *The treatment*, cit., p. 198

necessario per motivi di sicurezza e lo Stato ospite non sia in grado o non voglia provvedere da sé.

Nel documento del *Copenhagen Process*, è stata esplorata la possibilità che, in caso di assenza, nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, di uno specifico riferimento alla possibilità di detenere, questa possa essere desunta dal diritto alla legittima difesa dei *peacekeepers*³¹⁰, anche se permane scetticismo sulla vaghezza di una simile interpretazione e su quali siano i limiti da imporsi a una simile detenzione³¹¹.

Questi dubbi con riguardo alla vaghezza di riferimenti generici a “all necessary means” come basi legali per la detenzione trovano conferma nella recente sentenza della Corte europea nel caso *Al Jedda*³¹². In quel caso, come già rilevato³¹³, la Corte aveva evidenziato l’assenza di un esplicito obbligo di detenere nella risoluzione 1546 del Consiglio di Sicurezza con riguardo alla presenza delle potenze alleate sul territorio iracheno, né aveva accertato l’esistenza di un simile obbligo in altri documenti ufficiali a questa risoluzioni connessi³¹⁴. Si può quindi desumere che, affinché uno Stato parte della

³¹⁰ *Copenhagen Process*, cit., p. 10. “When a UN resolution is unclear or contains no text on the mandate to detain, the right to self-defence may contain an inherent yet limited right to detain”. Si veda anche KLEFFNER, *Operational detention*, cit., p. 471

³¹¹ *Copenhagen Process*, loc. ult. cit., “However, this may leave the question open as to the scope of the mandate, e.g., what type of detention is possible in self-defence and whether it is possible only to detain persons for reasons of security or also possible to detain e.g. common criminals”. *Contra* al riferimento alla legittima difesa come base legale per la detenzione il meeting di esperti del Comitato internazionale della Croce Rossa: “While some States have invoked the jus ad bellum concept of self-defence as a legal basis for internment, there was general consensus that such invocation is troublesome – if not outright invalid – under international law. For almost all experts it was clear that self-defence in its jus ad bellum sense does not constitute a legal basis for internment in NIAC”. Cfr. *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflicts. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008*, cit., p. 867

³¹² Il *meeting* di esperti aveva proprio sul punto rilevato la mancanza di prassi giurisprudenziale e la necessità di ulteriori chiarimenti da parte delle istanze giurisdizionali poste a tutela dei diritti umani. Si veda *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflicts. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008*, cit., p. 869

³¹³ Cfr. *supra*, capitolo secondo, sezione seconda, paragrafo 6

³¹⁴ Si rinvia a quanto già commentato in relazione alla sentenza *Al Jedda*. Cfr. *supra*, capitolo secondo. Per comodità si richiama qui di seguito quanto affermato dai giudici di Strasburgo: “The Court does not consider that the language used in this Resolution indicates unambiguously that the Security Council intended to place Member States within the Multi-National Force under an obligation to use measures of indefinite internment without charge and without judicial guarantees, in breach of their

ConvEDU possa detenere individui per ragioni di sicurezza, questo debba essere reso esplicito nella relativa risoluzione del Consiglio di Sicurezza con la massima precisione possibile e con un chiaro intento di porre un obbligo in capo agli Stati tale da prevalere (in virtù dell'articolo 103 della Carta) sugli obblighi in materia di diritti umani³¹⁵.

Dalla scarsa giurisprudenza esistente sembra quindi che laddove si riconosca applicabile la normativa dei diritti umani nell'ambito di operazioni militari, eventuali detenzioni di individui per ragioni di sicurezza possano essere giustificate sulla base delle relative risoluzioni del Consiglio di Sicurezza qualora queste siano sufficientemente precise sul punto. Il grado di precisione che, come visto, era oggetto di svariati dubbi durante tanto il meeting di esperti del CICR, quanto nell'ambito del *Copenhagen Process*, deve essere interpretato nel modo più restrittivo possibile. Si potrebbe obiettare a questa impostazione che la giurisprudenza *Al Jedda* è relativa agli obblighi di cui all'articolo 5 della ConvEDU, che è più esigente dell'articolo 9 del Patto. Stante ciò, l'interpretazione in della Corte europea è comunque utile per una maggiore certezza del diritto ed una tutela dei diritti umani maggiormente efficace.

La complementarità tra diritto umanitario e diritti umani rileva poi per quel che riguarda il trattamento dei soggetti sottoposti a detenzione, sotto due profili. In primo luogo, laddove si ritenesse applicabile il diritto umanitario, e quindi il Bollettino, le norme in materia di diritti umani sarebbero considerabili sul punto la *lex specialis* che fungerebbe da criterio interpretativo per le norme di diritto umanitario. In secondo luogo,

undertakings under international human rights instruments including the Convention. Internment is not explicitly referred to in the Resolution. In paragraph 10 the Security Council decides that the Multi-National Force shall have authority "to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed", which inter alia set out the Multi-National Force's tasks. Internment is listed in Secretary of State Powell's letter, as an example of the "broad range of tasks" which the Multi-National Force stood ready to undertake. In the Court's view, the terminology of the Resolution appears to leave the choice of the means to achieve this end to the Member States within the Multi-National Force". Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno unito*, cit., § 105.

³¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno unito*, cit., § 109. "In conclusion, therefore, the Court considers that United Nations Security Council Resolution 1546, in paragraph 10, authorised the United Kingdom to take measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq. However, neither Resolution 1546 nor any other United Nations Security Council Resolution explicitly or implicitly required the United Kingdom to place an individual whom its authorities considered to constitute a risk to the security of Iraq into indefinite detention without charge. In these circumstances, in the absence of a binding obligation to use internment, there was no conflict between the United Kingdom's obligations under the Charter of the United Nations and its obligations under Article 5 § 1 of the Convention".

la normativa sui diritti umani può costituire l'unica protezione applicabile in caso di mancata applicazione del diritto umanitario.

Partendo nuovamente dal Bollettino, si richiama l'articolo 8, già menzionato. Al di là del formale richiamo alla terza Convenzione, che la rende quindi applicabile per quel che riguarda le garanzie di trattamento, si vuole porre l'attenzione sui paragrafi d) e f) di quell'articolo. Il paragrafo d)³¹⁶ impone un divieto di tortura, mentre il paragrafo f)³¹⁷ dispone un trattamento speciale per i bambini sottoposti a detenzione. La definizione di tortura di cui all'articolo 8 del Bollettino, necessita di essere interpretata³¹⁸ alla luce dei diritti umani e, nello specifico alla luce della Convenzione contro la tortura del 1984³¹⁹. Stesso discorso si può fare con riguardo alla protezione speciale per i bambini sottoposti a detenzione³²⁰: tale protezione va ricercata nella Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989³²¹.

³¹⁶ *Secretary General's Bulletin, Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, cit., section 8, lettera d): "They shall under no circumstances be subjected to any form of torture or ill-treatment"

³¹⁷ *Secretary General's Bulletin, Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, cit., section 8, lettera f): "In cases where children who have not attained the age of sixteen years take a direct part in hostilities and are arrested, detained or interned by the United Nations force, they shall continue to benefit from special protection. In particular, they shall be held in quarters separate from the quarters of adults, except when accommodated with their families"

³¹⁸ Questo è stato l'approccio seguito dal Tribunale penale per l'ex Jugoslavia nei casi *Furundzija*, e *Delalic*, nell'ambito dei quali i giudici hanno fatto ricorso alla Convenzione contro la tortura del 1984 per tracciare una definizione di tortura applicabile ai casi di specie. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1, Trial Chamber Judgment, 10 dicembre 1998, § 159; *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgment, 16 novembre 1998, § 456

³¹⁹ *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, cit. Rilevano a tal proposito gli articoli 3: "1. No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights"; e 11: "Each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment in any territory under its jurisdiction, with a view to preventing any cases of torture".

³²⁰ A tal proposito, non mancano momenti nella prassi in cui nell'ambito di operazioni di peacekeeping sia stata richiamata la necessità di riservare una protezione speciale ai bambini. Si pensi, ad esempio, all'operazione UNTAET: "to cooperate with humanitarian and human rights organization so as to ensure their safety, the protection of civilians, in particular children" (UN Doc. S/RES/1272 (1999), 25

Inoltre, non si può negare l'applicabilità della Convenzione sulla protezione dalle sparizioni forzate³²², appena entrata in vigore, nell'ambito della quale rileva l'articolo 17, che impone determinate regole per quanto riguarda il divieto di detenzioni segrete³²³.

ottobre 1999, § 10); UNMIL: "particular attention to vulnerable groups including [...] children" (UN Doc. S/RES/1509 (2003), 19 settembre 2003, § 3 (i)); MONUC: "assist in the promotion of human rights, with particular attention to [...] children" (UN Doc. S/RES/1756 (2007), 15 maggio 2007, § 3 (c)).

³²¹ *United Nations Convention on the Rights of the Child*, cit.; può rilevare, ad esempio l'articolo 37 della Convenzione: "States Parties shall ensure that: (a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age; (b) No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time; (c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances; (d) Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action".

³²² *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, cit.

³²³ *United Nations International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, cit., art. 17: "1. No one shall be held in secret detention. 2. Without prejudice to other international obligations of the State Party with regard to the deprivation of liberty, each State Party shall, in its legislation: (a) Establish the conditions under which orders of deprivation of liberty may be given; (b) Indicate those authorities authorized to order the deprivation of liberty; (c) Guarantee that any person deprived of liberty shall be held solely in officially recognized and supervised places of deprivation of liberty; (d) Guarantee that any person deprived of liberty shall be authorized to communicate with and be visited by his or her family, counsel or any other person of his or her choice, subject only to the conditions established by law, or, if he or she is a foreigner, to communicate with his or her consular authorities, in accordance with applicable international law; (e) Guarantee access by the competent and legally authorized authorities and institutions to the places where persons are deprived of liberty, if necessary with prior authorization from a judicial authority; (f) Guarantee that any person deprived of liberty or, in the case of a suspected enforced disappearance, since the person deprived of liberty is not able to exercise this right, any persons with a legitimate interest, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, shall, in all circumstances, be entitled to take proceedings before a court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of the deprivation of liberty and order the person's release if such deprivation of liberty is not lawful. 3. Each State Party shall assure the compilation and maintenance of one or more up-to-date official registers and/or records of persons deprived of liberty, which shall be made promptly available, upon request, to any judicial or other competent authority or institution authorized for that purpose by the law of the State Party concerned or any relevant international legal instrument to which the State concerned is a party. The information contained therein shall include, as a minimum: (a) The identity of the person deprived of liberty; (b) The date, time and place where the person was deprived of liberty and the identity of the authority that deprived the person of liberty; (c) The authority that ordered the deprivation of liberty and the grounds for the deprivation of liberty; (d) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty; (e) The place of deprivation of liberty, the date and time of admission to the place of deprivation of liberty and the authority responsible for the place

Dalle considerazioni fin qui svolte si può affermare che i diritti umani possano senz'altro essere applicabili nell'ambito dei conflitti armati nei quali le operazioni militari siano coinvolte. Il caso pratico della detenzione mette in evidenza come nell'ambito delle operazioni militari i diritti umani possano essere complementari al diritto internazionale umanitario seguendo due modelli di interazione: possono fungere da parametro interpretativo per chiarire il significato di alcune norme di diritto internazionale umanitario oppure possono essere garanzia esclusiva di protezione laddove il diritto internazionale umanitario, per i motivi descritti del terzo capitolo, non si applichi³²⁴.

of deprivation of liberty; (f) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty; (g) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains; (h) The date and time of release or transfer to another place of detention, the destination and the authority responsible for the transfer”.

³²⁴ Cfr. *supra*, capitolo terzo