



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato Internazionale di Ricerca in “Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti”
Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport
IUS/13 - IUS/20

I DIRITTI UMANI IN TEMPO DI GUERRA: L'INTERAZIONE FRA DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI E DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO

IL DOTTORE
Federico Zumpani

IL COORDINATORE
Chiar.mo Prof. Aldo Schiavello

IL TUTOR
Chiar.ma Prof.ssa Isabel Trujillo

IL CO TUTOR
Chiar.mo Prof. Andrea Saccucci

CICLO XXV
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2015

ad Alessandra

Indice

Introduzione.....pag. 5

Capitolo I

“Le ragioni del diritto umanitario nella comunità internazionale: origini, funzioni e sviluppo”

1. Le origini storico-giuridiche del diritto internazionale umanitario: dalla Pace di Westfalia al “modello ONU”pag. 13

2. Lo Stato di guerra nel diritto internazionale generale: la metamorfosi dell’uso della forza.....pag. 20

2.1. *Inter arma silent leges*: applicabilità e limiti dei diritti umani in tempo di guerra.....pag. 28

3. La genesi del diritto internazionale umanitario: dalle Convenzioni dell’Aja allo Statuto della Corte penale internazionale.....pag. 33

3.1. Il principio di umanità: aspetti teorici e pratici di un dilemma.....pag. 37

4. L’extra-territorialità dei diritti umani nelle operazioni militari: evoluzione di un bilanciamento precario.....pag. 44

4.1. Extra-territorialità e *jurisdiction clauses* nei trattati sui diritti umani.....pag. 50

5. L’interazione fra diritti umani e diritto umanitario: fra specialità e complementarità.....pag. 57

5.1. La detenzione amministrativa durante le operazioni militari: un’ipotesi di complementarità.....pag. 65

6. Diritto umanitario e diritti umani: la dicotomia fra *hard law* e *soft law*.....pag. 72

Capitolo II

“L’applicazione dei diritti umani in tempo di guerra: i confini del diritto umanitario, le clausole di deroga e lo stato di emergenza”

1. Lo stato di emergenza nel diritto internazionale.....pag. 78

2. Il meccanismo derogatorio nel diritto internazionale dei diritti umani.....pag. 94

3. Le clausole di deroga ai diritti umani nei conflitti armati: dallo *jus ad tumultum* allo *jus in tumultu*.....pag. 100

4. La dottrina del margine di apprezzamento.....pag. 112

5. La contrapposizione fra diritto umanitario e diritti umani nel meccanismo derogatorio.....pag. 117

5.1. L’interazione nei conflitti armati internazionali.....pag. 120

5.2. La contrapposizione nei conflitti armati interni.....	pag. 122
5.2.1. La questione siriana: dal dissenso alla guerra.....	pag. 128
6. Stato d'emergenza e diritto umanitario: fra <i>internal disturbances and tensions</i> e conflitto armato.....	pag. 131
7. Clausole di deroga e diritto umanitario fra necessità e proporzionalità.....	pag. 137
8. Conclusioni: stato di emergenza come stato di eccezione?.....	pag. 143

Capitolo III

“La mutazione giuridica dell'individuo nel diritto dei conflitti armati”

1. Introduzione: la concezione dell'individuo nel diritto internazionale: una comparazione fra Stato e persona.....	pag. 146
2. L'individuo come soggetto internazionale fra diritto umanitario e diritti umani.....	pag. 151
3. La tutela della popolazione civile nei conflitti armati.....	pag. 159
3.1. L'obbligo di protezione della popolazione civile: aspetti sostanziali e giurisprudenziali.....	pag. 165
3.2. La categoria giuridica del “civile”.....	pag. 175
4. I prigionieri di guerra.....	pag. 179
4.1. “ <i>Grave breaches</i> ”: la violazione come crimine di guerra fra diritto umanitario e diritti umani.....	pag. 185
4.2. Guantanamo: il sottile confine fra terrorismo e conflitto armato.....	pag. 188
5. I terroristi: un limite alla logica umanitaria tra teoria e prassi.....	pag. 196
6. Dal <i>terrorista</i> al <i>nemico</i> : la degenerazione del conflitto rispetto all'individuo.....	pag. 208

Conclusioni

1. Il percorso di umanizzazione del diritto dei conflitti armati.....	pag. 216
2. Prospettive di armonizzazione nel rapporto tra diritti umani e diritto umanitario.....	pag. 218
Bibliografia.....	pag. 223

Introduzione

La questione dei diritti umani in tempo di guerra non rappresenta soltanto un'analisi specifica riconducibile al diritto dei conflitti armati, ma circoscrive i limiti della comunità internazionale nel garantire un'uniformità strutturale e applicativa degli strumenti giuridici esistenti per contenere e contrastare *l'uso della forza*. In questo senso, l'analisi del rapporto fra diritti umani e diritto umanitario è assolutamente fondamentale per stabilire quale sia l'equilibrio sussistente tra diritti umani e fenomeno bellico, ponendosi ciò come questione particolarmente tortuosa nel dibattito filosofico-giuridico, ma, allo stesso tempo, anche come fondamentale riscontro per la dimostrazione dell'effettività di due sistemi normativi cardinali del diritto internazionale. Infatti, l'interazione deve essere affrontata con riferimento agli effetti prodotti dall'applicazione singola e parallela di tali sistemi giuridici nella comunità internazionale nel corso del tempo. Alla luce del fatto che il diritto internazionale umanitario non disciplina organicamente tutti i rapporti giuridici intercorrenti fra individuo e Stato, sorge la questione dell'applicabilità residua dei diritti umani in situazioni non espressamente disciplinate dal diritto internazionale umanitario. Dunque, l'analisi verrà introdotta da una iniziale dissertazione circa la *ratio* del diritto umanitario, evidenziando i presupposti etici, giuridici e politici su cui esso si fonda e i relativi raffronti con il diritto dei diritti umani, al fine di stabilire in che modo tali sistemi giuridici si sono imposti nella comunità internazionale come riferimenti necessari per la regolamentazione del diritto sia tempo di pace sia durante i fenomeni bellici. Ciò considerato, la contrapposizione fra diritti umani e diritto umanitario appare particolarmente sinuosa nell'accezione di sistemi giuridici paralleli, a cui ricollegare la considerazione di *lex generalis* e *lex specialis*. Infatti, dal punto di vista giurisprudenziale, la settorialità dei tribunali internazionali ha generato un potenziale pregiudizio al diritto internazionale generale, sulla base del presupposto che la competenza specifica degli organi suddetti consideri rilevante la tutela dello specifico ambito di competenza, a scapito dell'unitarietà del diritto internazionale generale. In questo senso, la ricerca dovrà analizzare, successivamente a una preliminare descrizione dei fattori storico-giuridici su cui si fondano diritto umanitario e diritti umani, il fenomeno dei *self-contained regimes*, di

matrice squisitamente dottrinale, relativo all'analisi di sistemi giuridici speciali che prevalgono sui sistemi generali (*lex specialis derogat legi generali*). Si tratta di regimi che si fondano su norme internazionali e, in particolare, sulla base di ciò, pongono il problema di stabilire fino a che punto il regime speciale possa essere sottratto al diritto generale, questione connessa principalmente all'interpretazione. La questione cruciale che traspare è se la protezione garantita agli individui nell'ambito del diritto umanitario sia inferiore rispetto alle garanzie previste dal diritto dei diritti umani. La sussistenza dei sistemi *self-contained* può avvenire attraverso l'interpretazione contraria di diritto generale, l'emergere di leggi speciali che derogano alla legge generale, o l'esistenza di due diversi organismi di diritto speciale. Quindi, un problema correlato è quello del conflitto normativo tra le norme che si riferiscono allo stesso oggetto, ma richiede esiti diversi in relazione ad essi. Tale questione non è unitaria, ma ramificata, alla luce delle necessarie problematiche legate alle conseguenze di un'applicazione contestuale di due sistemi normativi simili, ma differenti: il rapporto tra questi due settori del diritto si sviluppa nel senso di "frammentare" il quadro giuridico comune altrimenti esistente che protegge l'individuo, o rende tali sistemi fra loro paralleli, offrendo soluzioni reciprocamente compatibili? Inoltre, i requisiti di ognuno dei due sistemi suddetti confliggono fra loro, o si sviluppano per generare un terreno giuridico comune, che possa offrire le norme uniformi per la protezione delle persone nel contesto di un conflitto armato?

Principalmente, le ragioni della c.d. *fragmentation* possono desumersi dalle conseguenze dell'applicazione dei due sistemi normativi in differenti tipologie di conflitti. Infatti, qualora si manifestino i presupposti di un conflitto armato internazionale, i trattati di diritto umanitario sono sviluppati in modo migliore e, soprattutto, le regole di entrambi i sistemi normativi in esame hanno gli stessi destinatari: gli Stati. In secondo luogo, per molte situazioni è difficile sostenere che i diritti umani si applicano a tutti, perché le vittime non possono essere considerate nel territorio o sotto la giurisdizione dello Stato che li attacca. Dunque, al fine di evidenziare specificamente la relazione fra i suddetti sistemi normativi, sarà necessario dedicare parte della ricerca alla descrizione dei destinatari di tali norme, precisando il ruolo assunto dall'individuo in quanto "civile" rispetto alla condizione di "vittima", nonché di "cittadino" rispetto a "combattente" e, infine, la variante del

“nemico”, con specifico riferimento al I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977.

Tuttavia, alla luce della necessaria disamina circa la *ratio* del diritto internazionale umanitario e della sua evoluzione, prima di analizzare la condizione giuridica dell'individuo nel contesto bellico, partendo dal presupposto che le garanzie riconducibili ai diritti dell'uomo vengono generalmente ricollegate all'esercizio dei poteri statali, in quanto le stesse regolamentano il rapporto tra individui e Stato, l'analisi dell'implementazione dei diritti umani all'interno dei conflitti armati (e nelle operazioni di pace) dovrà essere svolta attraverso la descrizione di un fenomeno particolarmente complesso: lo *stato di emergenza*. La legittimazione di strumenti di deroga all'applicazione dei diritti umani nel conflitto armato consente di delimitare, in primo luogo, i poteri consentiti agli Stati nella conduzione delle ostilità, sottolineando le contraddizioni intrinseche ai sistemi giuridici europeo e internazionale nella considerazione dei diritti umani come *jus cogens*. La rilevanza della clausole di deroga può ravvisarsi in due necessità prioritarie: da una parte, il bisogno di adattare i requisiti della protezione dei diritti fondamentali e della salvaguardia del diritto costituzionale di ogni Stato parte; dall'altra parte, l'esistenza di un obiettivo di protezione, concernente l'isolamento di stati interni di emergenza attraverso l'implementazione di meccanismi di controllo convenzionale. In uno stato di emergenza rilevante, è necessario limitare l'eccezione a circostanze straordinarie; infatti, l'eccezione deve considerarsi come un istituto configurabile come *extrema ratio*, ovvero l'ultimo rimedio concesso agli Stati Parti per prevenire l'affermazione di regimi basati su principi non democratici. Nonostante la sospensione venga considerata accettabile, con conseguente possibilità di sovvertimento dei principi dello stato democratico, mette conto evidenziare la natura contraddittoria di un sistema giuridico che legittima l'applicazione del comportamento derogatorio come procedimento giuridicamente cristallizzato per la salvaguardia dello Stato-nazione. La *ratio* del regime giuridico emergenziale si fonda, paradossalmente, sulla protezione dei diritti individuali attraverso il *rule of law*, unico strumento che permette di garantirli. In questo senso, è necessario stabilire se sia concepibile l'esistenza di un sistema giuridico garantistico, che consideri la tutela della dignità umana come fattore indissolubile, ma che, allo stesso tempo, sia inclusivo di un meccanismo “legittimizzato” di sospensione

che consenta la deroga in casi straordinari di necessità e urgenza, al verificarsi dei quali venga minacciata e pregiudicata l'esistenza stessa dello Stato. Inoltre, il percorso di ricerca si focalizzerà sulla contraddizione inerente alla contestuale esistenza di un sistema normativo derogatorio parallelo al sistema giuridico dei diritti umani, in cui venga legittimato un potere politico discrezionale particolarmente pericoloso per l'esistenza stessa del *rule of law*. Le clausole di deroga si identificano con l'istituto della *sospensione* dei diritti: in questo caso, gli Stati membri sono dispensati dall'obbligo, e le norme relative alla protezione dei diritti sono poste in uno stato di stasi, che si differenzia dall'abrogazione in relazione al carattere di temporaneità. L'istituzione di un regime giuridico speciale, funzionale alla presenza di circostanze eccezionali, richiede l'applicazione di un determinato *corpus* di norme giuridiche, nonché la variazione del perimetro di alcuni di essi. Ciò considerato, in riferimento alle suddette questioni, l'esistenza di un conflitto armato implica una focalizzazione delle cause dell'emergenza sulle norme applicabili, in quanto, in questi casi, l'applicazione del diritto sulla tutela dei diritti umani in tempo di pace si interseca con quello delle corrispondenti norme del diritto umanitario. La natura contraddittoria del meccanismo di deroga nel sistema dei diritti umani rappresenta una questione particolarmente complessa, principalmente in relazione al presupposto che i diritti umani debbano considerarsi come "rights"; infatti, a partire dal plesso normativo dei diritti umani, rileva analizzare la concezione stessa di un'eccezione a tali diritti al verificarsi di uno stato di emergenza specifico: il conflitto armato. In proposito, da una parte occorre evidenziare una mancanza di disposizioni formali volte alla regolamentazione dei poteri d'emergenza statali, così come, dall'altro lato, vi sono specifiche clausole di limitazione interne, specie con riferimento alla sicurezza nazionale e sociale e alla solidarietà nazionale, da considerarsi come rigide piattaforme per lo Stato, quando si ritiene auspicabile una deviazione dalla piena tutela dei diritti. Nonostante la ricerca di un equilibrio tra i diritti umani e la sicurezza nazionale permetta di mitigare il rischio di una distorsione dello Stato di diritto, la stessa contemplazione di una sospensione del diritto (deroga) in nome della legge (diritti umani) è una contraddizione semantica, in quanto garantirebbe la tenuta della sicurezza dello Stato attraverso il sacrificio di principi e regole su cui esso si basa. Pertanto, partendo dal presupposto che un'emergenza presuppone un evento improvviso, urgente, e

solitamente imprevisto, che richiede un'azione immediata, è possibile che la deroga, anche se individuata come un concetto finito - temporaneo e straordinario - e mai considerato come creazione di uno strumento volto all'applicazione permanente dei poteri di emergenza, esso potrebbe diventare la "norma". In questo senso, sussistono numerosi esempi di prassi statali che dimostrano la deviazione dell'emergenza, trincerata nei sistemi culturali giuridici e politici dello Stato. In particolare, nell'analisi dottrina, un principio rilevante è che molti governi considerano qualsiasi sfida alla loro autorità come una "minaccia", facilitando l'uso delle disposizioni derogatorie, consentendo uno smantellamento dei sistemi giuridici vigenti per la tutela dell'individuo. In riferimento alle suddette questioni, l'esistenza di un conflitto armato implica una focalizzazione delle cause dell'emergenza sulle norme applicabili, in quanto, in questi casi, l'applicazione del diritto sulla tutela dei diritti umani in tempo di pace si interseca con quello delle corrispondenti norme del diritto umanitario. Prima di tutto, nel dibattito dottrinario, è possibile scorgere un approccio specifico che concepisce la guerra come possibilità di "giustificare" la sospensione diffusa della legalità. L'ipotesi dei regimi di eccezione si verifica in relazione ai governi che operano dopo l'invocazione dell'emergenza, e ciò richiama il pensiero di Carl Schmitt, in base al quale il vero sovrano è la persona che ha il potere di invocare l'eccezione di una nazione. L'applicazione delle norme *ad hoc* per la tutela dei diritti fondamentali, in caso di conflitto armato (diritto internazionale umanitario), comporta la concorrenza di tali regole con gli obblighi derivanti da trattati sui diritti umani applicabili in tempo di pace e di guerra. Paradossalmente, un conflitto armato che non soddisfa automaticamente i criteri di deroga dovrebbe risponderne, in quanto sussiste anche una misura qualitativa di gravità che richiede che le deroghe siano ammesse "soltanto se e nella misura in cui la situazione costituisce una minaccia per la vita della nazione". Nel rispetto di tutte le circostanze che legittimano le clausole di deroga, è necessario analizzare brevemente il significato del termine "guerra". Infatti, l'ipotesi della guerra classica, preceduta da una dichiarazione formale, strumento principale degli Stati per dimostrare in modo inequivocabile l'*animus bellandi* e definire chiaramente l'inizio di uno stato di guerra, è in pratica ormai obsoleto; dunque, il termine in questione deve essere interpretato in senso più ampio, considerando l'espressione "conflitto armato", o eliminando il riferimento alla guerra, attraverso il collegamento generico

a un pericolo pubblico. Inoltre, la soluzione più convincente sembra essere che, a causa di un'interpretazione ampia del termine, occorre includere i conflitti armati interni e i conflitti internazionali.

Ciò posto, alla luce dell'impianto giuridico cristallizzato nello stato di emergenza, occorre chiedersi quale sia la condizione giuridica dell'individuo nei sistemi giuridici in esame. Infatti, non è possibile considerare in senso assoluto l'individuo come soggetto tutelato in modo indiscriminato nel diritto di pace e nel diritto bellico. In questo senso, occorre analizzare la mutazione giuridica dell'individuo nel diritto dei conflitti armati, attraverso la disamina dei sistemi giuridici esistenti per contrastare qualunque pregiudizio a danno di individui estranei al conflitto bellico, o non più considerabili come parti del conflitto. Dunque, si ravvisa immediatamente la presenza di una discriminazione giuridica individuale basata sulla posizione occupata nel contesto bellico, così da classificare, attraverso il *principio di distinzione*, l'obiettivo militare dalla vittima. L'inquadramento dell'individuo come soggetto internazionale all'interno del sistema giuridico dei diritti umani e del diritto umanitario implica una premessa: in questi due sistemi giuridici, gli individui sono dotati di diritti e doveri sostanziali e procedurali. In primo luogo, i diritti sostanziali sono quelli ricavabili da accordi bilaterali o multilaterali, o dal diritto internazionale consuetudinario, e sono spesso riconosciuti come parte dello *jus cogens*. Contestualmente, i diritti processuali sono quelli funzionali al riconoscimento da parte dello Stato della personalità giuridica dell'individuo. Considerando l'interazione fra diritti umani e diritto umanitario il nocciolo duro da cui muovere l'analisi dell'individuo come soggetto internazionale, occorre evidenziare una dicotomia indissolubile riconducibile alla visione del soggetto come *right-and-duty-holder*. Infatti, da una parte, in relazione al regime dei *rights*, i diritti sostanziali garantiti agli individui, nel sistema giuridico dei diritti umani, si considerano in relazione all'idea che i diritti umani vengono garantiti dallo Stato direttamente all'individuo, ma considerando che la condizione dello Stato di Parte contraente di un trattato è anche vantaggiosa per il medesimo. Pertanto, la regolamentazione giuridica dell'individuo all'interno del contesto bellico verrà principalmente affrontata attraverso l'analisi della sua condizione di *civile*, permettendo così una necessaria comparazione fra sistemi giuridici volti a tutelarne la dignità, nonostante tale questione necessiti principalmente di un'individuazione del conflitto a cui ci si riferisce. In termini generali, i

civili posseggono uno *status* giuridico espressamente regolamentato dal diritto internazionale umanitario, che ne garantisce la protezione durante le ostilità, pur non essendo ciò sufficiente a delimitare un sistema giuridico efficiente in ogni circostanza, in quanto la condizione dei civili è stata sottoposta a limitazioni di tutela nel caso in cui l'estraneità al conflitto armato venga meno, manifestandosi così una rilevante contraddizione. Occorre sottolineare una palese complessità nell'effettuare una distinzione esauriente fra combattenti e civili, in quanto le forze armate statali coinvolgono i civili nella conduzione delle ostilità, attribuendo loro mansioni che pregiudicano la condizione di soggetti estranei al conflitto. L'impianto giuridico che definisce il principio di distinzione fra obiettivi civili e obiettivi militari è, in primo luogo, ravvisabile nei Regolamenti dell'Aja allegati alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, le Convenzioni di Ginevra e i loro Protocolli Addizionali del 1977. Parallelamente, la categoria giuridica dei prigionieri di guerra rappresenta un ambito necessario per l'analisi dell'individuo quale soggetto internazionale cangiante in base al contesto bellico o di pace dinanzi al quale si trova. Infatti, la prigionia di guerra rappresenta un istituto giuridico riconducibile al diritto internazionale dei conflitti armati particolarmente risalente, i cui fondamenti giuridici trovano fondamento nel diritto consuetudinario, dimostrando ciò che l'individuo non ha avuto una costante considerazione in termini di tutela della dignità, soprattutto in relazione alla particolare condizione di prigioniero di guerra che, in passato, ne pregiudicava la dignità attraverso schiavitù, tortura e riduzione in schiavitù. In questo senso, occorre evidenziare che il prigioniero di guerra rientra all'interno di un determinato comparto giuridico, senza che si ponga in rilievo la condizione di essere umano, ma considerando principalmente la sua posizione all'interno del conflitto armato, rendendo in questo senso secondaria la tutela della dignità umana a fronte del contesto bellico in corso. All'interno di tali distinzioni, occorrerà soffermarsi sulla qualifica giuridica attribuita al terrorista, al quale viene attribuita una condotta volta allo stravolgimento dell'ordine costituzionale di un ordinamento giuridico, non necessariamente inquadrabile all'interno di un conflitto armato, nonostante il fenomeno della *war on terrorism* abbia comportato molteplici orientamenti dottrinari atti a qualificare come conflitto armato il contrasto al terrorismo internazionale. Da ciò, è necessario evidenziare le conseguenze derivanti da tali fenomeni, *in primis* il trattamento dei

sospetti terroristi nella prigione di Guantanamo. In questo caso, l'incertezza generata dalla mancata qualificazione giuridica del conflitto fra forze militari e terroristi impedisce di stabilire se sia possibile l'applicazione parallela del diritto dei diritti umani e del diritto umanitario. Inoltre, la categoria del terrorista verrà analizzata attraverso il necessario riferimento al diritto penale del nemico, una teoria che consente di stabilire le conseguenze di una degenerazione del diritto dei conflitti armati rispetto alla concezione del terrorista, da non potersi concepire come criminale, quanto come nemico, dunque un soggetto antitetico allo Stato, nei cui confronti l'azione di contrasto, a livello giuridico, implica l'assoluta estraneità di tale soggetto dal sistema giuridico. In questo senso, i presupposti per l'esistenza di un *nemico* all'interno dello Stato non implica la sussistenza di un soggetto politico in senso specifico, ma di un'ampia comunità di riferimento, ovvero una *global society*. Infatti, lo *status* di nemico rappresenterebbe una prerogativa dell'autorità governativa, quindi riconducibile a una valutazione politica. Inoltre, in tal senso, sarebbe necessario un *diritto penale globale*, che travalichi i confini, superando il concetto di *territorial sovereignty*. Il superamento del livello internazionale a fronte di un livello globale genererebbe un dissesto nella distinzione tra guerra e pace, in quanto, proprio come l'esistenza di un diritto penale del nemico genererebbe uno stato di emergenza a livello nazionale, un diritto penale del nemico a livello internazionale implicherebbe uno *stato di emergenza globale*, in cui non è ravvisabile la distinzione fra diritto dei diritti umani e diritto internazionale umanitario. L'uso della forza contro presunti individui provocherebbe una sovrapposizione tra il diritto dei conflitti armati e il diritto penale del nemico, in quanto il nemico non è più un attore internazionale tradizionale, riconosciuto dalla comunità internazionale (uno Stato o un gruppo armato regolare), ma un singolo individuo che sfida l'unico ordine globale legittimo.

Dunque, la struttura del percorso di ricerca comprende tre livelli fondamentali: la *ratio* del diritto umanitario, lo *stato di emergenza* e la condizione giuridica dell'*individuo* nei conflitti armati. In questo senso, il rapporto fra diritti umani e diritto umanitario non verrà sottoposto a una disamina meramente generale, ma implicherà una specifica e dettagliata trattazione delle questioni più rilevanti e complesse per individuare le conseguenze del rapporto.

Capitolo I

“Le ragioni del diritto umanitario nella comunità internazionale: origini, funzioni e sviluppo”

Sommario: 1. Le origini storico-giuridiche del diritto internazionale umanitario: dalla Pace di Westfalia al “modello ONU” - 2. Lo Stato di guerra nel diritto internazionale generale: la metamorfosi dell’uso della forza - 2.1. *Inter arma silent leges*: applicabilità e limiti dei diritti umani in tempo di guerra - 3. La genesi del diritto internazionale umanitario: dalle Convenzioni dell’Aja allo Statuto della Corte penale internazionale - 3.1. Il principio di umanità: aspetti teorici e pratici di un dilemma - 4. L’extra-territorialità dei diritti umani nelle operazioni militari: evoluzione di un bilanciamento precario - 4.1. extra-territorialità e *jurisdiction clauses* nei trattati sui diritti umani - 5. L’interazione fra diritti umani e diritto umanitario: fra specialità e complementarità - 5.1. La detenzione amministrativa durante le operazioni militari: un’ipotesi di complementarità - 6. Diritto umanitario e diritti umani: la dicotomia fra *hard law* e *soft law*

1. Le origini storico-giuridiche del diritto internazionale umanitario: dalla Pace di Westfalia al “Modello ONU”

L’instaurazione del diritto internazionale umanitario nella comunità internazionale rappresenta il risultato di un processo particolarmente complesso, avente ad oggetto la creazione di un regime normativo circoscritto che individui l’insieme delle norme giuridiche da attuarsi durante lo svolgimento di un conflitto armato. In particolare, occorre descrivere preliminarmente l’evoluzione del diritto internazionale generale in tal senso, in quanto i presupposti storico-giuridici rappresentano il punto di partenza di un percorso che ha comportato modifiche e metamorfosi circa le metodologie di svolgimento delle ostilità tra Stati. Dal punto di vista storico, è necessario sottolineare che l’origine del diritto internazionale umanitario è riconducibile al cosiddetto “Modello di Westfalia”, ovvero alle origini moderne del diritto internazionale, il cui impianto politico-giuridico era caratterizzato dall’enfaticizzazione della libertà degli Stati, dal riconoscimento della forza come fonte principale di legittimità e dall’estremo decentramento delle funzioni giuridiche.¹ In particolare, erano proprio i trattati della

¹ Specificamente, la regolamentazione normativa dei conflitti armati deve rinvenirsi, nonostante la sussistenza di risalenti principi e consuetudini di matrice religiosa e militare, nel primordiale *Codice Lieber* del 1863 (General Order No. 100: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field. La denominazione del suddetto *corpus* deriva dal nome del suo fondatore, Francis Lieber. Inoltre, la formazione del diritto internazionale umanitario nel XIX secolo deve ricondursi anche all’operato di Henry Dunant, che, in seguito alla Battaglia di Solferino, propose la negoziazione di una Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti degli

Westfalia ad aver posto le fondamenta di uno *jus publicum europaeum*, elaborato nel XV secolo, che rappresentasse un *diritto delle genti* in cui fossero individuate le condizioni legittimanti il diritto di fare la guerra (*jus ad bellum*), nonché il *modus operandi* all'interno della stessa (*jus in bello*), nella configurazione della sovranità e dell'eguaglianza degli Stati come principi fondamentali delle relazioni internazionali.² Il diritto delle genti rappresentava il presupposto su cui fondare una perfetta simmetria tra gli Stati, essendo ognuno detentore dello *jus belli ac pacis*, ovvero del diritto di porre in essere la guerra o esercitare un diritto di neutralità, manifestandosi un medesimo piano morale e giuridico (*inter hostes aequaliter justis*).³ In questo contesto, una questione fondamentale concerneva il tentativo di inserire il diritto nella guerra; dunque, il presupposto fondamentale del diritto internazionale umanitario è tradizionalmente legato alla partizione tra diritto internazionale di pace e diritto internazionale di guerra.⁴ In particolare, quest'ultimo deve inserirsi in una sfera temporale di applicazione circoscritta da due momenti: il sorgere e l'estinguersi del rapporto di belligeranza fra gli Stati.⁵ L'idea stessa di disciplinare la condotta delle ostilità risponde ad

eserciti in campagna. Ma, nel 1868, fu adeguatamente trattata la materia attraverso la Dichiarazione di San Pietroburgo, che evidenziò i principi fondamentali di tale ambito, cioè che l'evoluzione della civiltà devono occuparsi dell'alleviamento delle calamità conseguenti alla guerra, essendo obiettivo del conflitto l'indebolimento delle forze armate del nemico, e che vi sono leggi di umanità da rispettare in ogni circostanza.

² LEANZA U., 2002. *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati al diritto per gli individui*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 18.

³ FREUND, J. 1978. *Vue d'ensemble sur l'oeuvre de Carl Schmitt*. In *Revue européenne des sciences sociales*, Vol. 44, par. 18. L'Autore specifica che queste condizioni permettevano di negoziare un trattato di pace con il nemico, non trattandosi più di annientarlo come se fosse colpevole, ma di rispettarlo nella sua sconfitta.

⁴ La geografia giuridica internazionale considerava la guerra come un vero e proprio duello, e tale impianto rimase vigente fin quando i tentativi egemonici di Napoleone cercarono di imporre la sua superiorità personale, nonché quella della Francia, facendo leva sulla forza delle idee affermatesi con la rivoluzione francese. In particolare, con le paci della Westfalia, fu demolito il precedente apparato centrale fondato sull'autorità imperiale, riconoscendosi la parità fra gli Stati. Inoltre, la necessità di una ripresa del sistema di limitazioni è testimoniato dalla Dichiarazione di Parigi sulla guerra marittima del 1856, con la Conferenza di Bruxelles del 1875 e con la Conferenza di Pace dell'Aia del 1899 e 1907. Il raggiungimento della soluzione pacifica delle controversie internazionali implicò l'adozione di molteplici documenti, quali, in particolare, il Patto di Briand-Kellog del 27 agosto 1928. In proposito, si veda BALLADORE-PALLIERI, G. *Diritto bellico*, p. 185 ss.

⁵ A partire dal 1648, con la pace di Westfalia, che concluse la Guerra dei Trent'anni, si dissolse il mito della *Respublica Christiana*, cioè dell'unità politica e religiosa in Europa. Infatti, il continente fu rigidamente diviso in entità indipendenti, creando una situazione di equilibrio armato. A tal proposito, le relazioni interne a questa comunità

una prioritaria preoccupazione di “umanizzare la guerra”, limitando i comportamenti più disumani dei belligeranti.⁶ A tal proposito, occorre evidenziare che un presupposto fondamentale risiede nel principio di umanità, chiamato a contenere gli effetti devastanti della guerra e le esigenze militari; tale principio è risalente, soprattutto, nel dibattito teorico, in ragione della necessità di sviluppare un orientamento volto alla costruzione di una dimensione giuridica per la guerra, con particolare riferimento alle sue conseguenze.⁷ L’obiettivo era generare uno *jus in bello*, inteso come dimensione normativa della guerra, con particolare riferimento alle conseguenze della stessa. In questo senso, il dibattito dottrinario si è soffermato su tre settori fondamentali ai fini di un’analisi differenziata: il diritto bellico *tout court*, in virtù del quale l’utilizzo di armi e strumenti bellici, la necessità militare e gli obiettivi strategici vengono considerati in quest’ambito in termini di legittimità o illegittimità; in secondo luogo, il diritto “umanitario”, mirante alla salvaguardia dei militari “*hors de combat*” e dei civili non partecipanti al

di Stati dovevano essere regolamentate da norme giuridiche, derivanti da consuetudini o trattati. A partire dalla seconda metà del XVI secolo, sulla base dei modelli classici, si elaborò il diritto delle genti che, nonostante fosse riconducibile allo *jus gentium* romano, rappresentava sostanzialmente il moderno diritto internazionale pubblico, da intendersi come “diritto *fra* le genti”, cioè tra gli Stati, indipendente dalla morale e dalla teologia. Tale ambito comprendeva la regolamentazione dei rapporti all’interno della comunità internazionale degli Stati, inizialmente solo europei, assicurandone la coesistenza e delimitando le rispettive sfere di sovranità. Gli Stati, riconoscendo reciprocamente la propria esistenza, accettavano di avere relazioni e si aspettavano che i patti fra loro stipulati fossero normalmente rispettati. Per un approfondimento, si veda FERRAJOLI L., 1995. *La sovranità nel mondo moderno*. Milano: Laterza.

⁶ In particolare, si veda NEFF, C. S. 2005. *War and the Law of the Nations*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 340-341. In particolare, l’Autore argomenta il concetto di “rivoluzione umanitaria” come evento che segna una svolta fondamentale nella natura e nello scopo delle norme che disciplinano l’accusa di conflitto armato. Questo cambiamento, che si manifesta con la necessità di considerare il conflitto armato non in termini di scontro fra interessi nazionali rivali, ma piuttosto come una tragedia umana. Questo ha segnato una delle più grandi operazioni concettuali nella storia del diritto dei conflitti armati. In seguito, il compito principale del diritto delle genti non fu quello di garantire l’equità e l’imparzialità tra gli Stati contendenti, ma piuttosto di porre dei limiti alla quantità di danni e sofferenze delle vittime di guerra. Il corpo di legge in questione per la protezione delle vittime di guerra venne etichettato come ‘diritto internazionale umanitario’. La sua caratteristica principale è di considerare le leggi di guerra in termini di contenimento piuttosto che di privilegio. Ciò era in netto contrasto con l’opinione prevalente dei secoli precedenti, in cui la maggiore preoccupazione era considerare i diritti dei belligeranti. Nel settore umanitario, l’argomento principale è stato quello di monitorare funzioni di belligeranti e sui molti vincoli alla loro libertà di azione durante i conflitti armati.

⁷ GREPPI E., 2001. *I crimini di guerra e contro l’umanità nel diritto internazionale*. UTET:Torino, 17.

conflitto; infine, la protezione internazionale dei diritti umani, ovvero l'insieme delle norme che hanno ad oggetto l'individuazione e la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali per gli individui.⁸ Ciò considerato, il problema del rapporto tra norme di diritto umanitario e legislazione internazionale dei diritti umani deve essere preliminarmente affrontato alla luce del modello politico-normativo vigente nel diritto internazionale, ovvero il "modello della Carta dell'ONU", successivo alla Seconda guerra mondiale, in cui l'adozione della Carta delle Nazioni Unite cercò di attenuare i difetti del vecchio sistema, attraverso il divieto dell'uso della forza e il riconoscimento indiscriminato della dignità umana come fondamento della pace internazionale.⁹ L'emergenza del rispetto della dignità della persona nell'ordinamento internazionale rappresenta il presupposto giustificativo su cui fondare i suddetti sistemi normativi, e da cui dedurre la metamorfosi in atto nella comunità internazionale che, da diritto delle genti di tradizione romanistica (*jus gentium*) che regolamentava i rapporti tra i popoli, diviene diritto *tra* le genti (*jus inter gentes*), riconducibile ai rapporti tra le nazioni che fiorivano in Europa alle origini dell'età moderna. È necessario precisare che il diritto internazionale "westfaliano" prevedeva un rapporto tra lo Stato e il cittadino rientrante nell'ambito di un dominio riservato, che non poteva essere alterato da potenze straniere. Dunque, tale contesto implicava che gli individui non potessero essere in alcun modo soggetti del diritto, ma solo oggetti, o destinatari di soccorso: il soggetto poteva avere diritti solo in quanto cittadino e in ogni caso all'interno dello Stato cui apparteneva.¹⁰ Gli Stati, avendo riconosciuto reciprocamente la

⁸ In relazione al primo settore, si veda PICTET, J. 1985. *Developments and Principles of International Humanitarian Law*. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, 8. Per quanto riguarda il secondo settore, DETTER DE LUPIS, I. 1987. *The Law of War*. Cambridge: Cambridge University Press, 129; DRAPER, G. 1973. "Military Necessity and Humanitarian Imperatives". *Reveu de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 129; HAYASHI, NOBUO. 2013. "Military Necessity ad Normative Indifference". *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2, pp. 675-782; SBOLCI, I. 1995. *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*. In *Scritti degli Allievi in memoria di Giuseppe Barile*. Cedam: Padova, 653; PILLITU, P. A. 1981. *La necessità militare nel diritto internazionale*. Edizioni Scientifiche Italiane: Perugia. In riferimento al terzo settore, si veda in particolare TORRELLI, M. 1989. *Le droit international humanitaire*. P.U.F.:Paris.

⁹ GREPPI, EDOARDO. 1996. "Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza". *La comunità internazionale*, 475 ss.

¹⁰ Nel diritto internazionale generale, una necessaria distinzione è quella tra teoria "dualista", in base alla quale il diritto internazionale e il diritto interno rappresentano due sistemi giuridici separati, e teoria "monista", che, invece, prevede un inglobamento del diritto interno nel diritto internazionale. Per un approfondimento in proposito, si

propria esistenza, accettavano di avere relazioni, aspettandosi che i patti fra loro stipulati fossero regolarmente rispettati. Ogni Stato aveva un governo che manteneva il controllo della popolazione e del territorio (sovranità interna), senza che gli altri potessero esercitare alcuna ingerenza legittima nei suoi affari, e ad ognuno veniva assicurata l'indipendenza (sovranità esterna) e la sicurezza. Ciò considerato, la costante diffusione di tecnologie belliche manifestatasi fra il XIX e il XX secolo indusse le maggiori potenze a tentare di regolamentare la condotta degli eserciti e di alleviare la condizione dei feriti, dei prigionieri di guerra e dei civili. A tal proposito, era assolutamente rilevante e necessaria la creazione di uno specifico sistema normativo che garantisse norme e regole volte a regolamentare il comportamento delle forze armate all'interno di un conflitto armato, al fine di tutelare coloro che rientravano nella categorie delle vittime di guerra.¹¹ Nel 1863, la Conferenza internazionale di Ginevra permise la produzione della Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle sorti dei feriti in guerra, in base alla quale il personale sanitario doveva essere considerato non belligerante e i feriti dovevano essere curati, indipendentemente dalla nazionalità. In tale occasione, sorse il diritto internazionale umanitario, un sistema normativo avente ad oggetto un complesso di norme, di origine consuetudinaria e pattizia, la cui finalità è proteggere, in tempo di conflitto armato (internazionale e non internazionale), i soggetti che non partecipano o che non possono partecipare alle ostilità.¹² A tale finalità, sussistono molteplici disposizioni che si applicano alla

veda: CASSESE, ANTONIO. 2004. *Diritto internazionale*. Bologna: Il Mulino; LUZZATO, RICCARDO - CARBONE, SERGIO MARIA - SANTA MARIA, ALBERTO. 2003. *Istituzioni di diritto internazionale*. Torino: Giappichelli; ZICCARDI, P. *Diritto internazionale in generale*.

¹¹ La genesi del diritto umanitario deve ricondursi principalmente al contributo offerto da un'organizzazione privata, la Croce Rossa Internazionale, fondata da Henri Dunant. Nel 1859, egli si trovò casualmente a Solferino, durante una sanguinosa battaglia avvenuta durante la seconda Guerra d'Indipendenza, che oppose gli italiani e i francesi agli austriaci. Durante quell'esperienza, le tragiche condizioni di abbandono in cui versavano i feriti di entrambi gli schieramenti indusse Dunant a proporre la creazione di una società volontaria di soccorso ai feriti in guerra in ogni Stato. Pertanto, nello stesso anno, fu creato il Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR), con l'obiettivo di indurre i governi a sottoscrivere un trattato per la protezione dei militari feriti e del personale sanitario.

¹² In relazione alla definizione di diritto umanitario, è opportuno evidenziare come la dottrina abbia considerato tale ambito normativo come "l'insieme delle norme internazionali, consuetudinarie e pattizie, che hanno per oggetto la limitazione della violenza bellica e la protezione delle vittime di guerra". In proposito, si veda VENTURINI, GABRIELLA. 2001. "Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza". In *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1:49.

condotta del combattimento, al comportamento dei combattenti, alla protezione della persona, ma anche dell'ambiente e dei beni culturali che possono essere coinvolti nel conflitto stesso.¹³ Nella vigente codificazione internazionale, il "diritto internazionale umanitario dei conflitti armati" si esplica nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e nei due Protocolli aggiuntivi dell'8 giugno 1977, entrati rispettivamente in vigore il 21 ottobre 1950 e il 7 dicembre 1978.¹⁴ Tali Convenzioni sono state attualmente ratificate da 190 Stati, mentre i due Protocolli, rispettivamente, da 161 e da 156 Stati. In particolare, in epoca contemporanea, occorre menzionare la Convenzione di Ginevra del 22 agosto 1864 (per il miglioramento delle condizioni dei militari feriti in guerra), alle Convenzioni dell'Aja del 1899 (sulle leggi e costumi della guerra terrestre e l'adattamento alla guerra marittima del principi della Convenzione del 1864) e del 1904 sulle navi ospedali in tempo di guerra; quindi ancora alle Convenzioni di Ginevra del 1907 (per l'assistenza ai malati e ai feriti della guerra terrestre) e a quelle dell'Aja dello stesso anno (leggi e costumi della guerra terrestre e per il trattamento dei prigionieri di guerra di guerra, sotto l'egida delle quali è stata combattuta la seconda guerra mondiale.¹⁵

¹³ L'evoluzione del diritto umanitario ha implicato l'adozione di molteplici convenzioni, aventi ad oggetto molteplici tutele: Convenzione per la protezione di beni culturali in caso di conflitto armato, L'Aja, 14 maggio 1954; le Convenzioni sul disarmo e sulla messa al bando di determinate tipologie di armi, come le due Convenzioni sulla messa al bando delle armi batteriologiche e tossiniche del 1972 (BWC) e del 1993 (CWC), nonché la Convenzione sulla messa al bando delle mine antipersona, oltre al Trattato sulla non proliferazione nucleare.

¹⁴ Per fini di completezza, occorre menzionare la IV Convenzione del 18 ottobre 1907 relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre ed il regolamento ad essa allegato e la IX Convenzione relative ai bombardamenti, da parte di forze navali. In particolare, in seguito alla Conferenza svoltasi all'Aja dall'11 dicembre 1922 al 19 febbraio 1923, furono prodotte le *Hague Rules of Air Warfare*, mai entrate in vigore. Per un approfondimento sui testi della IV Convenzione e del regolamento, si veda GREPPI, EDOARDO-VENTURINI, GABRIELLA. 2003. *Codice di diritto internazionale umanitario*. Torino: Giappichelli, pagg. 3-11.

¹⁵ Le Convenzioni di Ginevra del 1949 sono relative, rispettivamente, al miglioramento della sorte dei "feriti e malati delle Forze armate in campagna" (I) e dei "Feriti, malati e naufraghi delle Forze armate sul mare" (II), al trattamento dei "Prigionieri di guerra" (III) ed infine alla "Protezione dei civili in tempo di guerra" (IV). In una prospettiva storica, occorre evidenziare che la I e la III Convenzione di Ginevra costituiscono la revisione e l'aggiornamento delle analoghe convenzioni di Ginevra del 1929, mentre la II rappresenta la revisione della X Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, mentre completamente nuova è la IV Convenzione, resasi necessaria dopo i drammi vissuti dalla popolazione civile durante la seconda guerra mondiale. Per un approfondimento sull'analisi delle suddette Convenzione, si veda MARESCA A., 1965. *La protezione internazionale dei combattenti e dei civili*. Milano: Giuffrè. In particolare, l'Autore

Ciò posto, occorre evidenziare una distinzione fondamentale, operante fra il “sistema di Ginevra”, il “sistema dell’Aja” (*Law of the armed conflicts*), che regola lo *jus in bello* ed è volto a limitare i mezzi e gli strumenti di guerra adottabili dai belligeranti, e il “sistema di New York” (*Human Rights Law*), avente ad oggetto la salvaguardia dei diritti umani fondamentali. Ognuno dei suddetti sistemi persegue il medesimo obiettivo di proteggere gli individui, nonostante in differenti circostanze e in modi differenti con i seguenti specifici campi di applicazione: nei conflitti armati internazionali i belligeranti sono tenuti ad applicare le norme del sistema dell’Aja, le quattro Convenzioni di Ginevra e il “primo” Protocollo aggiuntivo oltre, ovviamente, ai principi fondamentali dei diritti umani considerati non derogabili. Circa il rapporto tra il “Diritto di Ginevra” e il “Diritto dell’Aja”, è assolutamente rilevante il contributo dato dalla Corte Internazionale di Giustizia, che, nel Parere sulla liceità della minaccia dell’uso delle armi nucleari del 1996, li considera due ambiti del diritto applicabili nei conflitti armati che “hanno sviluppato rapporti internazionali così stretti da essere considerati come elementi che hanno progressivamente formato un solo complesso sistema definito oggi diritto internazionale umanitario”.¹⁶ In relazione alle norme consuetudinarie intese alla più ampia salvaguardia dei belligeranti e delle popolazioni civili in tempo di conflitto armato internazionale, occorre evidenziare la “clausola Martens”, secondo cui “nella consapevolezza del carattere incompleto di ogni codificazione, in casi non contemplati (dalle norme convenzionali del diritto internazionale umanitario), popolazioni civili e belligeranti restano sotto la salvaguardia e l’imperio dei principi del diritto delle genti, quali risultano dagli usi stabiliti fra le nazioni civili, dalle leggi dell’umanità e dalle esigenze della pubblica coscienza”.¹⁷ Per quanto concerne, invece, i conflitti interni, che non presentano carattere internazionale (conflitti di origine politica, religiosa o etnico-tribale), ciascuna delle parti in conflitto dovrà applicare l’art. 3 comune alle

sottolinea che la Conferenza Diplomatica di Ginevra del 1949 trovava la sua *ratio* nell’umana solidarietà, nella reciproca comprensione e nella mutua operante carità. Tali valori devono sopravvivere alle crisi internazionali più gravi e, in tali contesti, devono manifestarsi compiutamente.

¹⁶ Corte Internazionale di Giustizia, 8 luglio 1996, *Parere sulla liceità della minaccia dell’uso delle armi nucleari*. *International Court of Justice Reports*.

¹⁷ In particolare, si veda CASSESE, ANTONIO. 2000. “*The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?*”. *European Journal of International Law* 11, 1: 187-216; TICEHURST, RUPERT. 1997. “*The Martens Clause and the Law of the Armed Conflicts*”. *International Review of the Red Cross*, 317: 125-314.

Quattro Convenzioni di Ginevra, che prevede “il trattamento con umanità in ogni circostanza e senza distinzione di carattere sfavorevole” nei confronti di “persone che non partecipano direttamente alle ostilità” (civili e membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa), nei cui confronti sono quindi vietate violenze di ogni tipo, catture di ostaggi, violazioni della dignità personale (in particolare, trattamenti umilianti e degradanti), condanne ed esecuzioni senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, il secondo protocollo addizionale e i diritti umani “non derogabili”.¹⁸ Tuttavia, nonostante sussista una proliferante produzione di convenzioni internazionali, volte a garantire una rigida architettura giuridica del diritto umanitario, nel corso del tempo si è sviluppata una criticità da parte di molteplici Stati circa l’approccio del Comitato internazionale della Croce Rossa, tendente ad attribuire una natura consuetudinaria alle norme ivi contenute.

1. *Lo stato di guerra nel diritto internazionale generale: la metamorfosi dell’uso della forza*

La matrice bellica del conflitto tra gli Stati ha sempre comportato soluzioni normative diversificate nell’evoluzione della comunità internazionale. In particolare, l’interazione fra diritto e guerra deve analizzarsi attraverso una preliminare similitudine: entrambi soggiacciono al potere di chi li comanda. Infatti, se il diritto è uno strumento utilizzabile dall’autorità per imporre scelte politiche, economiche, sociali e religiose, la guerra, al contrario, rappresenta un mezzo parallelo e secondario per dare attuazione alle preferenze politiche, egemoniche, economiche e sociali degli uomini di potere. Pertanto, il metodo alternativo, contrario all’uso del diritto, consiste nell’insieme dei criteri di autodifesa propri dei conflitti armati come la guerra, la rivoluzione violenta, la guerriglia, il terrorismo. La guerra è la prosecuzione della politica con mezzi non giuridici e, inoltre, la continuazione dell’economia e delle scelte sociali, religiose con mezzi diversi dal diritto.

¹⁸ FERRANTE, EZIO. 2003. “*Conflitti armati e diritto umanitario*”. *Affari sociali internazionali*, 3: 169-179.

Dunque, il genere prossimo del diritto è costituito dai conflitti armati, ed entrambi forniscono i mezzi per l'attuazione delle politiche economiche, egemoniche e sociali. In relazione alla definizione di diritto, il genere prossimo deve essere inteso come l'insieme dei modelli propri dell'autodifesa, tra cui spiccano la guerra, la guerriglia, la rappresaglia, la faida, la vendetta e la rivoluzione armata. A tal proposito, con particolare riferimento al dibattito filosofico-giuridico, occorre evidenziare che, secondo parte della dottrina, il diritto senza la forza è impotente, ma la forza senza diritto diventa cieca e, in particolare, la guerra atomica rappresenta l'unico evento refrattario ad ogni disciplina giuridica.¹⁹ Tuttavia, altra parte della dottrina stabilisce che il diritto viene meno quando il conflitto assume caratteri bellici, ovvero quando si tenta di risolvere il diritto con mezzi diversi da quelli offerti dal diritto.²⁰

Ciò posto, in seguito all'evoluzione del diritto internazionale umanitario come nuova visione del diritto delle genti, occorre specificare gli effetti sorti nei trattati comunitari e nel diritto comunitario che furono evitare guerre tra i paesi firmatari dei patti istitutivi e, nel contrasto fra guerra e diritto, sostenere il principio per cui il diritto è l'esatto contrario del conflitto armato. Infatti, lo scopo principale della fondazione delle istituzioni comunitarie era quello di prevenire qualunque potenziale conflitto fra Francia e Germania, alla luce delle conseguenze del secondo conflitto mondiale. Dunque, tale obiettivo rappresentava l'idea pratica kantiana che auspicava la creazione di una federazione di Stati come mezzo per dirimere i conflitti, alternativo alla guerra.²¹

Nel delineare il rapporto tra guerra e diritto, occorre evidenziare una classificazione delle opinioni sulla guerra in rapporto al diritto, con particolare riferimento al pensiero di Bobbio. In proposito, egli sostiene che il rapporto tra guerra e diritto può configurarsi in quattro modi differenti: a) come antitesi al diritto (teoria di Hobbes); b) come mezzo per realizzare il diritto (*guerra giusta*); c) come oggetto del diritto (*jus belli*), ipotesi di cui occorre escludere la validità, in quanto il concetto di guerra come oggetto del diritto trova fondamento nelle teorie che

¹⁹ FIORILLO M., 2009. *Guerra e diritto*. Laterza: Bari-Roma, p. 160.

²⁰ FEDERICI R., 2010. *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Editoriale Scientifica: Napoli, p. 35.

²¹ KANT I., 2003. *Per la pace perpetua*. BUR: Milano. In particolare, Kant, nel condannare la guerra, ne dimostrava l'antigiuridicità, e, a fronte di tale questione, concepiva la necessità della creazione di organismi a livello internazionale, anticipando il concetto di *villaggio globale*.

identificano il diritto come regola della forza, in base alle quali “la forza viene considerata come l’oggetto esclusivo delle regole che siamo soliti chiamare giuridiche” - anche se questa teoria potrebbe essere vista alla luce del principio per cui il diritto internazionale riguarderebbe la guerra in ordine ai modi con cui si combatte - stabilendo una serie di limitazioni all’uso della violenza nei rapporti tra gli Stati belligeranti; d) come fonte di diritto, tipologia non riguardante il rapporto tra guerra e diritto, ma le conseguenze sul diritto della guerra ormai finita, ovvero una fattispecie che considera gli eventi successivi alla fine della guerra, e il diritto internazionale riguarderebbe la guerra in ordine ai modi con cui si combatte, stabilendo una serie di limitazioni all’uso della violenza nei rapporti tra gli Stati belligeranti; e) come strumento per realizzare la giustizia, con riferimento al concetto di *bellum justum*, non potendo porsi in dubbio l’aspetto formale, che però può giustificarsi al fine di evitare la guerra e non per iniziarla.

Nel XIX secolo, con la crisi del giusnaturalismo e il prevalere del positivismo giuridico, il riconoscimento costituzionale dei diritti naturali implicò la perdita del significato del conflitto tra diritto positivo e diritto naturale. La ricerca delle giuste cause che legittimano una guerra implicava una varietà di cause, che partiva da un minimo costituito dal concetto di guerra di difesa, giungendo alla guerra di riparazione di un torto fino alla guerra punitiva.²² In relazione a tale questione, da una parte, secondo Bobbio, la guerra era definita una *procedura giudiziaria*, cioè un procedimento che, a somiglianza di un processo all’interno di un ordinamento giuridico, ha lo scopo di ristabilire un diritto offeso o di punire un colpevole; dall’altro lato, secondo Kelsen, il principio di *bellum justum* è un principio di diritto internazionale positivo, rendendo impercettibile il diaframma fra il concetto di guerra giusta e quello di guerra come oggetto di diritto.²³ La dottrina della guerra giusta

²² STEIGER, HEINHARD. “Peace Treaties from Paris to Versailles”. In *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, a cura di RANDALL LESAFFER, pp. 59-99. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. In particolare, l’Autore evidenzia che, nonostante la strada dell’attacco sia quella maggiormente battuta per la ricerca della pace, con conseguente violazione del diritto internazionale e, specialmente, del diritto internazionale umanitario, la questione principale concerne l’individuazione della liceità della guerra, ovvero del rispetto dell’art. 53 della Carta delle Nazioni Unite. In questo senso, è necessario porre tali questioni dinanzi alle Corti competenti, attraverso l’utilizzo di principi giuridici chiari e certi, così come stabiliti in seguito alla Seconda Guerra mondiale.

²³ KELSEN, H. 2000. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Einaudi: Torino.

rappresentava un'elaborazione medievale volta a giustificare la paradossale legittimità del diritto nella guerra, portando all'esigenza di limitarla, presentandosi come una teoria "viziata", in quanto, nonostante avesse posto l'obiettivo di garantire un'accurata analisi delle cause della guerra, muoveva dal paradigma della possibilità di una giusta guerra.²⁴

In tale contesto, non può non evidenziarsi l'elemento della sovranità, quale libertà o forma di libertà primordiale che ha ispirato la formazione dell'ordinamento giuridico internazionale come imitazione dei più elementari ordinamenti giuridici. La guerra non è mai un processo giuridico e, nell'ordinamento internazionale, non esistono organi giurisdizionali in grado di imporre la pace, esistendo soltanto la ragione del più forte e rimandando punizioni e procedimenti giurisdizionali al termine del conflitto.²⁵ La fine del secondo conflitto mondiale implicò l'affermazione del divieto della pratica della minaccia e della pratica dell'uso della forza da parte degli Stati, così come indicato nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui l'eccezione a tale divieto prevede l'utilizzo dell'uso della forza in caso di legittima difesa.²⁶ Tale disposto viene fortificato da espressioni come "legittimi atti di guerra", autorizzando, in tal senso, deroghe in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita delle nazioni aderenti alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.²⁷ Pertanto, occorre distinguere tra atti di guerra *legittimi*, in sé illeciti ma eccezionalmente resi leciti in tempi particolarmente cruenti quali la guerra, e atti di guerra *illegittimi*.²⁸ In proposito, secondo parte della dottrina, la Carta delle Nazioni Unite si baserebbe su tre principi e strumenti fondamentali: il divieto della minaccia e dell'uso della forza

²⁴ BERMAN, H.J. 1983. *Diritto e Rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*. Il Mulino:Bologna, pp. 163 ss.

²⁵ ZOLO, D. 2006. *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*. Laterza: Roma.

²⁶ L'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite prevede che "Nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le misure prese da Membri nell'esercizio di questo diritto di autotutela sono immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere e il compito spettanti, secondo il presente Statuto, al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento quell'azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale".

²⁷ Art. 15 CEDU.

²⁸ In particolare, autorevole dottrina ha stabilito un elenco in tal senso: legittima difesa; misure contro gli Stati ex-nemici; il consenso dell'avente diritto; altre cause, tra cui lo stato di necessità. In proposito, si veda RONZITTI, N., *Diritto internazionale*, cit., p. 3 ss.

armata ex art. 2, par. 4; la legittima difesa individuale e collettiva in caso di attacco armato ex art. 51; il sistema di sicurezza collettiva ad opera del Consiglio di Sicurezza di cui al Capo VII della Carta.²⁹ In tal senso, è necessario sottolineare il ruolo svolto dalla dottrina internazionalistica, rilevante non solo per l'elaborazione del diritto convenzionale, ma anche per l'identificazione di norme di diritto consuetudinario, quest'ultimo costituito da norme vincolanti, formatesi con la prassi e con l'*opinio juris*: gli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, su cui si è articolato un rilevante dibattito dottrinale. L'art. 53 disciplina il possibile conflitto dei trattati stipulati dagli Stati con una norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*); dunque, esistono norme imperative e inderogabili, e le eventuali questioni sulla concreta individuazione delle norme cogenti possono risolversi attraverso l'*opinio juris* degli Stati come si manifesta in seno ad organismi internazionali. I limiti derivanti dall'utilizzo dell'uso della forza nei limiti della legittimità giuridica stabilita dal diritto internazionale convenzionale sono stati - e sono tutt'ora - oggetto di un ampio dibattito, da analizzarsi partendo dal concetto di *aggressione* o *attacco armato*, proprio in riferimento alla valicabilità dei limiti imposti dalla Carta delle Nazioni Unite. Infatti, ai sensi dell'art. 3, lett. g della Dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 3314-XXIX del 14.12.1974, si manifesta aggressione o attacco armato non solo quando ad attaccare sono forze regolari, ma anche quando, con effetti equivalenti, lo Stato agisce attraverso bande irregolari o mercenari da esso assoldati.³⁰ L'aggressione, dunque, viene considerata la forma più grave di ricorso all'uso della forza, in considerazione dell'esistenza di armamenti di distruzione di massa e, pertanto, dei rischi in cui può incorrere la comunità internazionale. I suddetti limiti hanno provocato un potenziale conflitto fra diritto internazionale consuetudinario e diritto delle Nazioni Unite, in quanto, se in un primo momento quest'ultimo ordinamento giuridico si manifestava con caratteri di specialità rispetto al diritto internazionale generale, in seguito, la forza attrattiva di questo nuovo sistema normativo imponeva la sua specialità come nuovo diritto

²⁹ GIARDINA A. *Diritto internazionale ed uso della forza*, p. 16.

³⁰ United Nations General Assembly, Resolution 3314 (XXIX), december 14th, 1974. *Definition of Aggression*.

internazionale generale.³¹ Tale rapporto è stato sottoposto al vaglio della Corte Internazionale di Giustizia che, nell'emblematico caso *Nicaragua*, relativo alle attività militari e paramilitari in Nicaragua, estendendo l'applicazione del principio di cui all'art. 2, par. 3 della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui *“gli Stati devono risolvere le controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo”*.³² Dunque, può parlarsi di rivoluzione giuridica che ha sottratto agli Stati lo *jus ad bellum*, ammesso in precedenza dal diritto internazionale consuetudinario.³³

Ciò posto, alla luce della suesposta architettura storico-giuridica, occorre soffermarsi sulla questione della capacità effettiva dell'ONU di impedire le guerre e le sue calamità e, pertanto, di aver creato un ordinamento giuridico (internazionale) in grado di sottomettere gli ordinamenti giuridici. In primo luogo, dal punto di vista dottrinario, si è sostenuta la dipendenza di tale problema dalla prevalenza della sovranità degli Stati sulla sovranità popolare.³⁴ Inoltre, la questione si dirama anche in un ambito pratico, in quanto la ragion pratica ha due basi: da un lato, la sostanziale opposizione di alcuni Stati; mentre, dall'altro, l'inadeguato esercizio della forza di dissuasione attraverso l'irrogazione puntuale della sanzione. A proposito della debolezza del sistema sanzionatorio, questo concetto viene evidenziato da Conforti, secondo cui *“il divieto della minaccia o dell'uso della forza, sentito come “cogente” nella comunità internazionale attuale, deve purtroppo fare i conti con il sistema accentrato di sicurezza collettivo ex Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, e dunque con il fatto che anch'esso trova la sua unica sanzione nell'autotutela*.³⁵ Per quanto concerne l'evoluzione dell'opinione dominante nel diritto internazionale, una parte della dottrina sosteneva che la guerra era disciplinata dal *“diritto internazionale bellico”* e concepita come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, non essendo necessario dimostrare l'esistenza di un titolo giuridico per ricorrere alla guerra. Infatti, il diritto internazionale non

³¹ In particolare, si veda il parere della Corte Internazionale di Giustizia del 21 giugno 1971 (*I.C.J. Reports*, 16).

³² MODABBER, Z. *Collective Self-defense: Nicaragua v. United States*. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, p. 459.

³³ MARCHISIO S., *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, p. 51.

³⁴ BOBBIO, N. 2009. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Il Mulino: Bologna.

prevedeva istituti di cooperazione fra Stati, ammettendo, pertanto, la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali.³⁶

Accanto ad un diritto internazionale di pace costituito da regole di coesistenza e di cooperazione fra Stati, si colloca un complesso di norme destinate a valere in caso di guerra, considerata non illecita di per sé, ma semplicemente come uno stato d'essere delle relazioni internazionali diverso dalla pace e bisognoso di regole specifiche di disciplina delle relazioni fra Stati. Questi principi sono stati riconosciuti come fondamentali fino a quando si è cominciato a distinguere fra guerre giuste e guerre ingiuste, quindi ad ammettere la guerra solo in certe situazioni ed escluderla, come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. Nonostante la guerra fosse considerata come un istituto giuridico internazionale di incerta natura, la difficoltà nella costruzione dell'istituto era dimostrata dalla divergenza di opinioni dottrinarie.³⁷

Secondo il diritto internazionale generale, l'esercizio sovrano della guerra costituì per secoli il supremo potere dello Stato moderno (*jus belli*) e, tradizionalmente, esso prevedeva un triplice potere: il diritto di provocare la guerra (*jus ad bellum*); il diritto di condurre le ostilità (*jus in bello*); il diritto di stabilire le azioni necessarie per il ritorno allo stato di pace (*jus post bellum*). Inoltre, le fonti del diritto bellico erano ritenute di carattere consuetudinario, e le convenzioni internazionali in materia erano considerate come pseudo-trattati, in quanto recepivano norme già presenti nel diritto consuetudinario di quel particolare momento storico. Dunque, la funzione dei trattati era quella di confermare determinate consuetudini e, quindi, renderle meglio conoscibili come si addice alle fonti di cognizione.³⁸ A tal proposito, la dottrina più recente stabilisce che il diritto internazionale bellico sia uno dei primi settori del diritto internazionale ad aver ricevuto un'ampia codificazione.³⁹ Inoltre, la trasformazione delle fonti da consuetudinarie in legislative è avvenuta dopo la seconda guerra mondiale, attraverso la creazione dell'ONU e le Convenzioni di Ginevra del 1949, mentre, in passato, non esistevano norme sulla condotta delle ostilità nel corso delle guerre civili, essendo, pertanto, i combattimenti tra insorti e autorità governative disciplinati

³⁵ CONFORTI, B. *Diritto internazionale*. Editoriale Scientifica: Napoli, pp. 180 ss.

³⁶ POCAR, F. *Guerra, pace e il ruolo delle Nazioni Unite*, in AA.VV., *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, cit., p. 84.

³⁷ QUADRI, R. *Diritto internazionale pubblico*, p. 279.

³⁸ CANSACCHI, G., *Nozioni di diritto bellico*, cit., p. 1066.

³⁹ RONZITTI, N., *Guerra*, p. 20.

esclusivamente dal diritto interno. Ciò implicava che le autorità governative centrali potevano trattare i ribelli alla stregua di criminali di diritto comune, con l'eccezione dell'ipotesi in cui lo Stato legittimo non avesse provveduto al "riconoscimento di belligeranza".⁴⁰ Tuttavia, sembra che in un conflitto interno lo Stato sia libero di assoggettare i rivoluzionari alla propria potestà punitiva, seppur nel rispetto delle norme di carattere umanitario. In particolare, le norme internazionali sulla guerra civile hanno una caratteristica essenziale in comune: esse non concedono ai ribelli lo *status* di legittimi combattenti. Per il governo contro il quale lottano, come per gli Stati terzi, i ribelli rimangono criminali che violano il diritto penale interno e, di conseguenza, qualora essi venissero catturati, non godrebbero dello *status* di prigionieri di guerra, ma verrebbero processati e condannati per il mero fatto di aver preso le armi contro le autorità centrali. L'unico caso in cui i combattenti legittimi possono acquisire lo *status* di legittimi combattenti è se il governo decide di concedere loro il riconoscimento di belligeranza.⁴¹

Tuttavia, anche in seguito all'entrata in vigore dello Statuto delle Nazioni Unite, l'attività di repressione di un'insurrezione interna non sarebbe sottoposta ad alcuna ingerenza interna, se non sussistesse l'eccezione concernente il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana.⁴² A tal proposito, è necessario specificare che l'ipotesi di un'accusa e di una punizione nei confronti di uno Stato può essere ricondotta unicamente alla volontà di un'organizzazione internazionale come l'ONU, in quanto, secondo autorevole dottrina, il sopravvento del diritto sulla guerra sarebbe possibile attraverso "il disarmo almeno tendenziale degli Stati e il correlativo monopolio della forza in capo all'ONU debitamente riformato in senso democratico, nonché attraverso l'introduzione di garanzie giuridiche, con riferimento all'effettiva istituzione del tribunale penale sui crimini contro l'umanità nella cui competenza rientrano sia le violazioni più gravi dei diritti umani che le guerre di aggressione ex art. 5 dello Statuto della Corte Penale Internazionale del 17 luglio 1998".⁴³

⁴⁰ CASSESE, A., *Diritto internazionale*, vol. II, cit., p. 117.

⁴¹ *Ibidem*, p. 137.

⁴² LIAKOPOULOS, D., *L'ingerenza umanitaria nel diritto internazionale e comunitario*. Cedam:Padova, 2007.

⁴³ FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, cit., p. 332-333.

2.1. *Inter arma silent leges: applicabilità e limiti dei diritti umani in tempo di guerra*

Nonostante il diritto internazionale umanitario rappresenti il sistema giuridico primario ai fini di un contenimento efficiente delle ostilità belliche, è necessario evidenziare la rilevanza del diritto dei diritti umani in relazione alla disciplina dei rapporti esistenti tra individuo e autorità statale, soprattutto in tempo di pace. Il diritto internazionale dei diritti umani scaturisce dall'implementazione della Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948 e, con riferimento ai conflitti armati, esso si presenta come un terzo *corpus juris* parallelo al diritto dell'Aja e al diritto di Ginevra. Tale sistema normativo, però, delimita i rapporti tra lo Stato e l'individuo, ed è fondato sul principio generale secondo cui le sorti degli individui che si trovano sul territorio di uno Stato o che sono sottoposti alla sua giurisdizione non sono da considerare affari interni ai sensi dell'art.2, par. 7 della Carta delle Nazioni Unite, anche se vi è la tendenza ad escludere dal dominio riservato le situazioni di massiccia violazione dei diritti umani. Specificamente, l'applicabilità degli strumenti di protezione dei diritti umani anche durante i conflitti armati (soprattutto durante i conflitti interni) rileva per due ragioni: dal punto di vista sostanziale, il diritto dei diritti umani, andando oltre le previsioni del diritto internazionale umanitario, contribuisce a colmare le lacune presenti in quest'ultimo sistema; dal punto di vista procedurale, gli strumenti di tutela dei diritti umani contengono sofisticati meccanismi di *enforcement* che, seppur dotati di minor rigore, risultano indubbiamente più efficaci sotto il profilo pratico di quelli propri del diritto internazionale umanitario, caratterizzati dal consenso preventivo e da un approccio essenzialmente *State-oriented*.

In particolare, sorge la questione dell'applicazione residua dei diritti umani in situazioni non espressamente disciplinate dal diritto internazionale umanitario. A tal proposito, autorevole dottrina ha stabilito che i diritti dell'uomo sono sempre validi ed efficaci in ogni circostanza, compresa l'ipotesi dei conflitti armati, ma nel rispetto complessivo del diritto internazionale.⁴⁴

⁴⁴ In proposito, si veda BENNOUNE, KARIMA. 2004. *Towards a Human Rights Approach to Armed Conflicts: Iraq 2003*. *University of California Davis Journal of International Law & Politics*, Vol. 11, No. 1, p. 206. Inoltre, è stato anche affermato che le convenzioni sui diritti umani vincolano anche le organizzazioni internazionali di cui sono membri gli Stati firmatari. Si veda, in proposito, il discorso pronunciato dal Presidente del

Ciò considerato, storicamente, il rispetto dei diritti umani durante i conflitti armati fu affermato durante la Conferenza di Teheran del 1968, che permise l'emanazione della Proclamazione di Teheran, il cui testo fu inserito nella Risoluzione dell'Assemblea Generale del 19 dicembre 1968 e, in seguito, influenzò il primo rapporto del Segretario generale sulla tutela dei diritti umani nei conflitti armati del 1969.⁴⁵ In relazione alla suddetta Risoluzione, i principi cardinali in essa presenti e generalmente applicabili in ogni forma di conflitto armato acceleravano il processo che avrebbe condotto all'adozione dei diritti dell'uomo nei territori sotto occupazione straniera, in accordo con il diritto internazionale umanitario. Tuttavia, la posizione occupata dai diritti umani nell'architettura giuridica internazionale ha generato molteplici problematiche, in relazione alla loro adozione all'interno di un conflitto armato, sussistendo un sistema normativo - umanitario - che già rappresentava la risposta necessaria al contenimento dell'uso della forza. Tale questione, che rappresenta il punto focale della tutela dell'individuo da un uso della forza improprio, sorge in riferimento a un problema fondamentale: in una situazione di conflitto armato, sorge il rischio che, attraverso l'indebolimento del diritto internazionale umanitario, i diritti fondamentali delle persone vengano pregiudicati, con particolare riferimento ai cittadini, tutelati dal diritto internazionale dei diritti umani.⁴⁶ A tal proposito, se è vero che i diritti umani implicano una tutela dell'individuo in quanto tale in ogni possibile circostanza, è opportuno delineare in che modo venga considerato tale sistema in termini teorici, soprattutto attraverso un'analisi dei fenomeni bellici avvenuti nel nome dei diritti umani.

Comitato Internazionale della Croce Rossa, Jakob Kellenberger, alla 27ª Tavola Rotonda sulle problematiche concernenti il diritto internazionale umanitario, *"International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence" Address by Jakob Kellenberger, President of the International Committee of the Red Cross* *"International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence" Address by Jakob Kellenberger"*. *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 851, 2003, 651.

⁴⁵ In seguito alla Conferenza Internazionale sui diritti umani, tenutasi a Teheran il 12 maggio 1968, fu adottata la *Proclamation of Teheran* da parte delle Nazioni Unite. Per un approfondimento, si veda SCHINDLER, D.-TOMAS, J. *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*. Martinus Nijhoff: Dordrecht, 1988, pp. 261-262.

⁴⁶ In particolare, si pensi che azioni di genocidio, tortura, trasferimenti forzati di popolazioni, lo stupro e tutte le forme di violenza sessuale, gli omicidi, crimini che spesso rientrano nella più generale azione della "pulizia etnica", se commessi all'interno di un conflitto armato, sono condannabili e perseguibili come violazioni dei diritti umani e come crimini di guerra.

L'accezione universalistica dei diritti umani rappresenta il principale ostacolo all'ammissibilità di un conflitto armato, principalmente in ragione di un'identità etica che contraddistingue i diritti dell'uomo rispetto a qualunque altro sistema normativo. La concezione del diritto internazionale dei diritti umani come diritto consuetudinario è stato il presupposto fondamentale su cui fondare un'azione di contrasto al potere delle nazioni nell'esercitare un potere in modo arbitrario a scapito dell'individuo, e questa universalità rappresenta il presupposto su cui si è cercato di garantire, da parte degli Stati, un *consenso*, scritto o verbale, affinché i principi e le norme dei diritti dell'uomo si riflettessero nei trattati multilaterali, nelle Risoluzioni dell'Assemblea Generale e negli atti interni.⁴⁷

I diritti umani, proprio in virtù dei propri principi fondanti la tutela indiscriminata dell'individuo in quanto essere umano, implicano che i valori per i quali si combatte sono gli stessi valori da non violare combattendo; essi non rappresentano *valori altri* e diversi in nome della cui superiorità si possa giustificare la pretesa di uccidere e distruggere. Questa contraddittorietà deve essere affrontata anche da un punto di vista pratico, in quanto le forme e i modi in cui si combattono le c.d. "nuove guerre" - le "guerre postmoderne" - rappresentano una sistematica violazione delle norme dello *jus in bello*, a cui consegue una delegittimazione dello *jus ad bellum*.⁴⁸ In questo senso, nel trattare il diritto nella guerra, è possibile scorgere, in ambito dottrinario, la categoria dello *jus contra bellum*, che rappresenta un caso limite dello *jus ad bellum*, in cui quest'ultimo si riduce a un unico precetto: il divieto della guerra, ovvero la negazione di qualsiasi titolo di una sua legittimità giuridica. Inoltre, è possibile individuare una seconda categoria concettuale, quella dello *jus ante bellum*, che rinvia alle forme e ai modi in cui il diritto è o potrebbe essere utilizzato per predisporre misure che consentano la prevenzione della guerra, dunque di incidere sulle cause all'origine di possibili conflitti, depotenziandole. Quest'ultima categoria concettuale individua, o almeno consente di indicare una forma di disciplina giuridica della guerra altra e diversa da quelle definite dal *jus ad bellum* e dal *jus in bello*, una forma di disciplina giuridica che appare

⁴⁷ GOLDSMITH, J. L.-POSNER, E. A. *A Theory of International Customary Law*. In John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 63, 1998.

⁴⁸ In riferimento alle "guerre post-moderne", si veda KALDOR, M. *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*, Cambridge:Polity Press, 2006.

uno strumento per il mantenimento della pace, e che, al tempo stesso, si rivela funzionale non solo all'attuazione e alla tutela dei diritti fondamentali, quanto all'affermazione della democrazia come forma di governo anche sovranazionale. È indubbio che rifarsi a uno *jus ante bellum* implicherebbe focalizzare l'attenzione sul fatto che la politica può *continuativamente* svilupparsi all'interno di un progetto bellico.⁴⁹

Dunque, le conseguenze di una violazione dei diritti umani nel nome dei diritti umani non implica solo contraddizioni semantiche ed etiche, ma anche pratiche, rappresentando l'*incipit* di ulteriori molteplici violazioni dei sistemi normativi istituiti nella comunità internazionale per contenere e regolamentare l'uso della forza.⁵⁰ In questo senso, autorevole dottrina ritiene ingiustificabile il ricorso all'uso della forza, indipendentemente dall'entità della stessa, qualora ciò pregiudichi i due principi fondamentali dello *jus in bello*: il *principio di proporzionalità* e il *principio di discriminazione*.⁵¹ Tuttavia, altra parte della dottrina ritiene che, mentre lo *jus ad bellum* rinvia a concetti quali aggressione e autodifesa, lo *jus in bello* delimita l'osservanza o la violazione di norme consuetudinarie e positive del combattimento, e, pertanto, si tratterebbe di due giudizi tra loro logicamente indipendenti.⁵²

Ciò considerato, la distinzione fra *jus ad bellum* e *jus in bello* richiama, altresì, la questione, di matrice giuridica, dell'eventuale inadeguatezza delle norme (nazionali e sovranazionali) che attualmente individuano e definiscono le uniche condizioni in presenza delle quali una guerra possa dirsi legittima: l'interrogativo dell'eventuale necessità di ripensare e riscrivere le norme giuridiche che fissano i criteri dello *ius ad bellum*. In relazione a tale questione, è necessario individuare le differenti interpretazioni dottrinali riscontrabili nel dibattito teorico, che, da una

⁴⁹ In proposito, si veda MILLER, R. B. 1991. *Interpretations of Conflict: Ethics, Pacifism, and the Just-War Tradition*, Chicago: Chicago University Press; RAMSEY, P. 1988. *Speak Up for Just War or Pacifism*, Pennsylvania University Press; BAER, H.D.- CAPIZZI, J.E. 2005. "Just War Theories Reconsidered. Problems with Prima facie Duties and the Need for a Political Ethic". In *Journal of Religious Ethics*, 1, pp. 119-137.

⁵⁰ In proposito, si veda SCHMITT, C. 1932. *Il concetto di "politico"*. In *Le categorie del "politico"*. Bologna: Il Mulino, pag. 139. L'Autore sottolinea che "proclamare il concetto di umanità, richiamarsi all'umanità, monopolizzare questa parola: tutto ciò potrebbe manifestare soltanto - visto che non si possono impiegare termini del genere senza conseguenze di un certo tipo - la terribile pretesa che al nemico va tolta la qualità di uomo, che esso deve essere dichiarato hors-la-loi e hors-l'humanité".

⁵¹ PONTARA, G. 1996. *Guerre, disobbedienza civile, non violenza*, Torino:Edizioni Gruppo Abele, p. 42.

⁵² WALZER, M. 1977. *Just and Unjust Wars*, Basic Books: New York; la citazione è tratta dalla trad. it.: *Guerre giuste e ingiuste*, Liguori Editore, Napoli, 1990, p. 39.

parte, condividono la necessità di una modificazione/integrazione che, tra le giuste cause di una guerra, riconosca esplicitamente anche quella dell'intervento in difesa dei diritti umani.⁵³ In questo senso, altra parte della dottrina focalizza la contraddizione riscontrabile in un'aggressione internazionale che, solo in quanto denominata "umanitaria" dai suoi autori, non solo possa considerarsi legittima, ma divenga *eo ipso* fonte di un nuovo assetto di diritto internazionale. Inoltre, altra parte della dottrina ha addirittura avanzato una proposta, sulla base di "*nascent trends in the world community*", individuando rigide condizioni (*strict conditions*) in presenza delle quali il ricorso ad "*armed force may gradually become justified, even absent any authorization by the Security Council*".⁵⁴

Ciò posto, i differenti orientamenti critici sulla legittimazione internazionale dell'uso della forza devono essere visti sotto una prospettiva squisitamente politica, soprattutto alla luce di due questioni fondamentali: come individuare i soggetti che dovranno decidere, con determinate procedure e con specifici parametri, che sono state esaurite tutte le possibili soluzioni diplomatiche per porre fine alla sistematica e reiterata violazione dei diritti umani, in relazione a cui occorre porsi l'interrogativo del possibile ricorso all'uso internazionale della forza; individuare i criteri necessari attraverso cui giungere alla conclusione di

⁵³ In proposito, si veda DE SENA, P. "Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale". In *Ragion Pratica*, 7, 13, 1999, pp. 141-165.

⁵⁴ CASSESE, A. 1999. "Ex iniuria ius oritur: Are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?". In *European Journal of International Law*, 10, 1, 1999, pp. 23-30, a p. 24. In particolare, l'Autore sottolinea che «*In the current framework of the international community, three sets of values underpin the overreaching system of inter-state relations: peace, human rights and self-determination. However, any time the conflict or tension arises between two or more of these values, peace must always constitute the ultimate and prevailing factor*». Inoltre, si veda CASSESE, A. 1999. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma:Laterza, pp. 78-79. In questo caso, l'Autore individuava i pericoli derivanti dalla concezione dei diritti umani come "religione dell'umanità", stabilendo che «Chiamare questo codice nuova "religione dell'umanità" mi sembra eccessivo e fuorviante [...] se si crede in una "religione" e si guarda poi alla realtà (che è fatta di negazioni quotidiane dei diritti umani) si diventa missionari, per realizzarla. Si finisce così per coinvolgere i diritti umani nei conflitti e nelle polemiche Est-Ovest o Nord-Sud, negli scontri ideologici e nei dissidi strategico-militari: la "religione viene pervertita". L'azione -meritoria- per far rispettare i diritti umani diviene una "crociata" e può, alla fine, legittimare intolleranze, manipolazioni, se non persecuzioni -non diversamente dalle religioni storiche, in nome delle quali, come ben si sa, in passato si è bruciato gli eretici, perseguitato i "miscredenti" e condotto guerre sanguinose, mentre oggi, in certe parti del mondo, si invoca la "guerra santa"».

un necessario ricorso all'uso internazionale della forza.⁵⁵ Le suddette questioni rinviano ad un'ulteriore regola che, probabilmente, non può non completare il catalogo delle condizioni: l'irrompere di una *metanorma* di chiusura, una *rule of thumb*, esplicita e non scritta che sancisca la totale causalità della scelta.⁵⁶

3. La genesi del diritto internazionale umanitario: dalle Convenzioni dell'Aja allo Statuto della Corte penale internazionale

L'individuazione delle ragioni relative alla necessità di creare un sistema normativo che definisse la tutela esplicita di soggetti estranei a un conflitto armato in corso, erigendo un confine fra l'uso della forza arbitrario e il rispetto dei diritti umani fondamentali implica una necessaria critica all'ordinamento giuridico internazionale, con particolare riferimento alla concezione che ammette l'esistenza del "diritto bellico" o "diritto dei conflitti armati". Una nozione generale di "diritto di guerra" o "diritto bellico" porta a considerare come oggetto della normativa internazionale "la violenza armata dei belligeranti, le modalità di condotta delle ostilità, il trattamento riservato alle vittime dei conflitti armati, il rispetto dei diritti dell'uomo e l'impiego delle armi".⁵⁷ A tal proposito, occorre delineare i "pilastri" del diritto bellico: la *separazione dei combattenti dalla popolazione civile*, per cui le parti nel conflitto armato non devono coinvolgere la popolazione nelle operazioni belliche. La popolazione civile, estranea al conflitto, non dovrebbe essere colpita, imprigionata, ferita o uccisa, e ciò rappresenta un principio di diritto internazionale umanitario; lo *status di legittimo combattente*, condizione relativa a una nozione strumentale al servizio delle regole sul

⁵⁵ CASSESE, A. *Ex iniuria ius obitur*, op. cit., p. 27. In questo caso, il riferimento della prima questione è alla quarta delle sei *strict conditions* ipotizzate dall'Autore, secondo cui "*all peaceful avenues which may be explored consistent with the urgency of the situation to achieve a solution based on negotiation, discussion and any other means short of force have been exhausted, notwithstanding which, no solution can be agreed upon by the parties to the conflict*".

⁵⁶ In questo senso, si tratterebbe di una *rule of thumb* politicamente meno neutrale di quanto si potrebbe credere, per ribattere sia a chi lamenta l'inadeguatezza o l'insufficienza degli strumenti diplomatici utilizzati, sia a chi si interroga sull'assenza, o anche sulla risibilità, delle reazioni internazionali rispetto a situazioni che non appaiono meno tragiche di quella che ha sollecitato, in particolare, l'intervento in Kosovo: a situazioni come quella del Timor Est all'indomani del referendum per l'indipendenza dall'Indonesia, del Kurdistan e della Cecenia. In particolare, si veda VALDÉS GARZÓN, E. *Guerra e diritti umani*. In *Ragion pratica*, 7, 13, 1999, pp. 25-49.

⁵⁷ In dottrina, la dizione "conflitti armati" risulta essere preferibile. In particolare, si veda DAVID, É. 1998. *Principes de droit des conflits armés*. Bruyant:Bruxelles; SCHWARZENBERGER, G. *International law*. Stevens:London, 1957.

trattamento umanitario dei prigionieri di guerra. Ciò si evince dalle quattro convenzioni di Ginevra del 1949, che definiscono la nozione di prigioniero di guerra piuttosto che quella di combattente. La distinzione fra combattimento regolare e irregolare dipende da una precisa definizione del “regolare”, in quanto i legittimi combattenti sono coloro che possono partecipare alle ostilità, e i cui atti sono imputati allo Stato di cui sono organi.⁵⁸ Inoltre, i legittimi combattenti devono sottostare a quattro principi fondamentali: essere inquadrati gerarchicamente; portare un segno distintivo fisso riconoscibile a distanza; mostrare le armi; conformarsi, nelle operazioni, alle leggi e agli usi di guerra. Il rispetto di questi quattro obblighi implica, in caso di cattura, il diritto ad essere tutelato dalle norme umanitarie come prigioniero di guerra; i *divieti relativi ai mezzi e metodi di combattimento*, che risalgono al preambolo della Dichiarazione di San Pietroburgo del 1864 e delle Convenzioni dell’Aja del 1864 e del 1907; il *principio di eguaglianza dei belligeranti*, concernente la tutela dei prigionieri e della popolazione civile, è un istituto di diritto internazionale umanitario che trova fondamento normativo nel I Protocollo Addizionale del 1977, secondo cui le disposizioni sulla Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 e del presente protocollo devono essere pienamente applicate in ogni circostanza a tutte le persone protette da detti strumenti, senza alcuna distinzione sfavorevole fondata sulla natura o l’origine del conflitto armato, o sulle cause invocate dalle parti in conflitto a ad esse attribuite; le *disposizioni sul trattamento degli stranieri*, i quali sono cittadini dello Stato antagonista, aventi ad oggetto norme di diritto interno che valgono in tempo di guerra. La libertà degli stranieri originari dello Stato nemico e residenti sul territorio dell’altra parte del conflitto può essere fortemente limitata, tanto che i cosiddetti “sudditi nemici” possono essere internati per motivi di sicurezza; il *sistema delle “potenze protettrici”*, in relazione al quale il I Protocollo addizionale di Ginevra del 1977 rappresenta un serio tentativo di rendere giuridico il rapporto bellico, cercando con esso di adottare un criterio fondato sulle garanzie offerte dalle potenze protettrici.

Fino all’entrata in vigore dello Statuto delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, l’esercizio del potere sovrano di provocare, gestire e concludere un conflitto bellico era

⁵⁸ SCHMITT, C., *Teoria del partigiano*, cit., p. 13

considerato uno strumento valido alla risoluzione di controversie internazionali. Infatti, in seguito all'adozione dei suddetti strumenti normativi, la priorità della comunità internazionale divenne la necessità di un rifiuto generale nel concepire la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. Tuttavia, occorre specificare che la Carta delle Nazioni Unite prevede due specifiche eccezioni al divieto generale del ricorso alla guerra: la legittima difesa dell'aggressione, ma entro i limiti della necessità e della proporzionalità; la legittimità dell'intervento armato per far fronte anche preventivamente alle minacce per la pace, dopo aver constatato l'inadeguatezza di altre doverose misure⁵⁹. Ciò considerato, secondo la dottrina maggioritaria, la violazione grave dei diritti umani è ormai definita come "minaccia alla pace".⁶⁰ Con l'entrata in vigore dello Statuto delle Nazioni Unite e la proibizione prevista circa la guerra di aggressione, dovrebbe considerarsi abolita tale ipotesi, anche se gli Stati hanno escogitato alcuni espedienti per schivare le sanzioni (si pensi, ad esempio, alla mancanza dell'utilizzo della dichiarazione di guerra).

⁵⁹ In proposito, occorre evidenziare che, in seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre, i limiti delineati dalla Carta delle Nazioni Unite in merito alla legittimità dell'uso della forza, merita un breve accenno la categoria dei *Rogue States*. In proposito, all'interno del panorama giuridico contemporaneo, sussistono determinate categorie di Stati che sfuggono al diritto internazionale, in quanto riconducibili a una dottrina puramente teorica che non ha trovato riscontro normativo e giurisprudenziale: la teoria degli Stati canaglia (*Rogue States*). Essa è stata formulata dalla scienza politica per delimitare quegli Stati che non rispettano i loro doveri dinanzi alla comunità internazionale, attraverso l'articolazione di comportamenti che violano il diritto internazionale e lo stesso Stato di diritto. In primo luogo, occorre evidenziare che, mentre gli Stati afferenti alla comunità internazionale possono talvolta adottare comportamenti contrari al diritto internazionale, gli Stati canaglia ne sono costanti trasgressori. In questo senso, assume fondamentale importanza il concetto di forza "internazionale", concernente l'insieme dei limiti che riguardano l'uso della forza da parte degli Stati, ovvero qualsiasi atto il quale implichi operazioni militari, come l'attraversamento della frontiera da parte di truppe regolari o di bande armate assoldate dallo Stato, il bombardamento di parti del territorio, l'attacco contro navi o aerei militari, ecc. Per un approfondimento, si veda CHOMSKY, N. 2000. *Rogue States. The rule of force in world affairs*. South End Press: Cambridge; CLARK AREND, A. 2002. *International Law and Rogue States: The Failure of the Charter Framework*. *New England Law Review*, 36; DERRIDA, J. 2003. *Stati canaglia*, Raffaello Cortina Editore: Milano; SAUNDERS, E. N. 2006. *Setting boundaries: can international society exclude "Rogue States"?*. *International Studies Review*, 8, pagg. 23-53; WERNER, WOUTER. 2004. *From Justus hostis to Rogue State. The concept of enemy in international legal thinking*. *International journal for the semiotics of law*, n. 17, pagg. 155-168; HENRIKSEN, THOMAS. 2001. *The rise and decline of Rogue States*. *Journal of International Affairs*, 54, n. 2; ROTBERG, R. I. 2007. *Worst of the Worst: Dealing With Repressive and Rogue Nations*. Brookings Institution Press: Washington.

⁶⁰ POCAR, F., *Guerra, pace e il ruolo delle Nazioni Unite*, cit., p. 85 ss.

I due significati fondamentali di guerra sono quelli evidenziati da Clausewitz, successivamente ripresi da una parte della dottrina: un fenomeno comprendente tutti quei fatti di violenza collettiva aventi lo scopo di imporre la nostra volontà al nemico, posto nell'impossibilità di difendersi.⁶¹ Inoltre, la Comunità degli Stati, pur considerando generalmente un illecito il ricorso alla violenza militare tra i suoi membri, in certe ipotesi vi fa eccezione, nel senso che, nello stato di guerra, si crea una situazione di disapplicazione quasi totale delle norme internazionale. In particolare, secondo parte della dottrina, differentemente dai casi differenti dal diritto internazionale classico, di uso lecito delle armi (intervento, rappresaglia, legittima difesa, necessità), il modo d'essere dell'ordinamento internazionale viene influenzato dalla mancata applicazione delle norme internazionali rese simultaneamente inapplicabili dalla manifestata volontà di guerra.⁶² Pertanto, ciò che rimane di giuridico non sospeso dell'ordinamento internazionale, costituirebbe il Diritto bellico, e tale affermazione rappresenta un nuovo orientamento che comporta la riduzione di spazi, senza però eliminare del tutto la possibilità che esista un diritto bellico.

Ciò considerato, al fine di individuare la *ratio* del diritto umanitario come innovazione e contenimento del fenomeno bellico, occorre esaminare la questione dell'assoggettamento delle parti belligeranti al rispetto delle più elementari norme umanitarie, creando il dubbio dell'esistenza effettiva di un diritto bellico o di un diritto umanitario. A tal proposito, queste norme sono destinate a mitigare le asprezze della lotta tra i belligeranti, nonché a tutelare gli Stati estranei al conflitto: in questo caso, secondo la dottrina, tali norme hanno la valenza di regole di diritto umanitario.⁶³

Il diritto umanitario, definibile come un complesso di norme volto alla protezione della popolazione civile, dei naufraghi e prigionieri di guerra, nonché relativo a mezzi e metodi di combattimento contenuti nel I Protocollo Addizionale alla IV Convenzione di Ginevra del 1949, genera dubbi circa la sua allocazione all'interno dell'architettura giuridica internazionale. Infatti, parte della dottrina sostiene che il diritto internazionale umanitario sia un'evoluzione del diritto dei conflitti

⁶¹ CLAUSEWITZ, K., *Della guerra*, cit., p. 20.

⁶² CURTI GIALDINO, A., *Guerra (diritto internazionale)*, cit., p. 850.

⁶³ CASSESE, A., *Diritto internazionale*, cit., p. 115.

armati, o addirittura una metamorfosi del diritto bellico⁶⁴; invece, altra parte della dottrina dissente da tale orientamento, sostenendo non un legame di successione fra questi sistemi normativi, ma prevedendo un sistema normativo parallelo e differente, volto a mantenere in vigore norme giuridiche all'interno di un contesto avente ad oggetto azioni non giuridiche.⁶⁵

Ciò considerato, all'interno di tale dibattito scientifico, autorevole dottrina sostiene che il diritto internazionale bellico non può mantenersi distinto dal diritto internazionale di pace, essendo l'espressione "diritto bellico" una contraddizione: in primo luogo, perché il diritto è alternativo alla guerra; in secondo luogo, perché il diritto internazionale disciplina i rapporti tra gli Stati affinché non degenerino nella guerra. Il tentativo di non coinvolgere i civili nei conflitti armati è stato perseguito dalle Conferenze di pace dell'Aja del 1899 e del 1907, introducendo limiti alle operazioni di guerra in funzione umanitaria. Un tentativo espresso di superamento del concetto di diritto bellico può riscontrarsi nella composizione di un unico insieme comprendente il diritto umanitario e il diritto bellico, estendendo l'ambito della guerra classica, cioè della guerra che rispetta i rituali formali, a tutti i conflitti armati internazionali in senso sostanziale e non solo a questi ma anche alle rivoluzioni.⁶⁶ Dunque, le regole umanitarie sono le norme che i belligeranti possono rispettare mentre violentano le altre nel risolvere il conflitto che li contrappone: non esiste un diritto bellico, ma un diritto umanitario che può essere rispettato anche in guerra.⁶⁷

3.1. Principio di umanità e necessità militare: aspetti teorici e pratici di un dilemma

L'architettura strutturale del diritto internazionale umanitario implica la configurazione di un presupposto cardinale, il principio di "umanità". Indubbiamente, è arduo configurare e delimitare un termine così universale, anche se la sua circoscrizione normativa è stata oggetto di un dibattito risalente, i cui effetti hanno condizionato la trattazione stessa del diritto nella guerra. L'evoluzione del diritto umanitario rappresenta il riflesso della natura del conflitto e dei valori dei suoi partecipanti. Fin dal

⁶⁴ RONZITTI, N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 19 ss.

⁶⁵ FEDERICI, R., *Guerra o Diritto?*, cit., p. 287.

⁶⁶ LEANZA, U., *Il diritto internazionale*, cit., p. 286.

⁶⁷ QUADRI, R., *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 24.

XIX secolo, si è sviluppato un percorso evolutivo di tale sistema normativo al fine di congiungersi pienamente con il principio di umanità e scindersi da quello di necessità militare. Infatti, fino alle Convenzioni di Ginevra del 1949, si parlava di *law of war*, ma, successivamente, si coniò il termine *law of armed conflicts*, al fine di sottolineare che l'applicazione delle prescrizioni umanitarie non dipendono né da una dichiarazione di guerra, né dal riconoscimento delle parti di uno stato di guerra. Infine, questo *corpus* diventa *international humanitarian law*, volendo in questo senso avvalorare l'indelebile componente umanitaria che contraddistingue un sistema normativo in cui l'individuo rappresenta l'ambito di tutela principale, nonostante tali sforzi non si siano rivelati sufficienti ad isolare adeguatamente la dottrina della necessità militare.

Le leggi dell'umanità e i crimini contro l'umanità sono direttamente riconducibili ai trattati internazionali, che rappresentano indubbiamente una fonte di diritto internazionale, implicando una forza morale in sé.⁶⁸ Il diritto umanitario, oltre che rappresentare il sistema normativo nevralgico di contenimento dell'uso della forza nella comunità internazionale, si impone come equilibrio ragionato fra il principio di umanità e la dottrina della necessità militare, e ogni norma del suddetto ordinamento giuridico rappresenta un compromesso dialettico tra queste due forze opposte.⁶⁹

⁶⁸ BROWNLIE, IAN. 1998. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press:Oxford, p. 28.

⁶⁹ Le origini della dottrina della necessità militare possono ravvisarsi all'interno del Lieber's Code del 1863, all'interno del quale vi sono tre specifiche norme destinate a individuare la struttura sostanziale di tale principio. In particolare: *Art. 14 Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war; Art. 15 Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of armed enemies, and of other persons whose destruction is incidentally unavoidable in the armed contests of the war . . . Men who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God; Art. 16. Military necessity does not admit of cruelty – that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge . . . [A]nd, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult.* Queste specifiche disposizioni del Codice Lieber moderano ogni accenno alla necessità militare. Infatti, L'art. 14 prevede che qualunque distruzione è necessario per il perseguimento degli obiettivi generali della guerra, ma solo nella misura in cui le azioni rientrino nel contesto giuridico delle norme di guerra. Allo stesso modo, anche se l'art. 15 prevede l'inevitabilità di danni a individui diversi dai combattenti, tale norma limita tale pregiudizio a ciò che è accessorio ed evitabile. L'art. 16 circoscrive l'affermazione che tutti gli attacchi contro i combattenti si qualifichino come necessari, con la clausola che non siano crudeli. Per un approfondimento, si veda CARNAHAN, B. M. 1998. *Lincoln,*

In termini generali, solo gli Stati hanno la capacità di creare il diritto internazionale, sia attraverso la via convenzionale che mediante la prassi, per giungere al diritto consuetudinario. Dunque, il diritto internazionale riflette gli obiettivi di quegli Stati consenzienti di essere vincolati da esso e, nel contesto del conflitto, gli Stati mirano a due obiettivi fondamentali: in primo luogo, perseguire e tutelare gli interessi nazionali primari, alla luce del fatto che, in sede di applicazione del diritto umanitario, gli Stati possono subire gravi pregiudizi alla loro libertà d'azione nel contesto bellico, tali da influire sugli interessi nazionali, che, pertanto, vengono salvaguardati dalla *dottrina della necessità militare*, un meccanismo interno al diritto internazionale umanitario che permette di proteggere i suddetti interessi; in secondo luogo, il principio di umanità rappresenta il supporto necessario per tutelare la popolazione attraverso la fornitura, da parte dello Stato, di quei beni pubblici (*public goods*) alla base del contratto sociale tra uno Stato e la sua collettività. Tali interessi, che appaiono spesso contraddittori, implicano la necessità, da parte degli Stati, di compiere adeguate scelte politiche, che si esplicano in trattati o sotto forma di prassi, a seconda della circostanza. Ovviamente, tutte le scelte sono contestuali, nel senso che si basano su circostanze passate, esistenti o anticipate. Qualora le circostanze cambino, il bilanciamento consolidato fra principio di umanità e dottrina della necessità militare può essere messo in dubbio. A fronte di tale pericolo, gli Stati rispondono rigettando o integrando l'attuale diritto internazionale umanitario, o forgiando un nuovo supporto normativo. In questo senso, l'interpretazione e l'applicazione della normativa vigente possono anche riecheggiare le nuove circostanze.

L'equilibrio fra necessità militare e principio di umanità colpisce il diritto internazionale umanitario, sia in senso generale che specifico. In particolare, la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1968 individua la necessità di stabilire un tale equilibrio, cercando di risolvere i limiti tecnici a cui le necessità della guerra dovrebbero cedere alle esigenze dell'umanità. Tuttavia, il bilanciamento appare come un più generale principio fondamentale del diritto internazionale umanitario: infatti, la IV Convenzione dell'Aja del 1907, riconosciuta di diritto internazionale consuetudinario dalla Corte Internazionale di Giustizia, rappresenta uno

Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity. In *The American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2., pp. 213-231.92.

strumento “ispirato dal desiderio di diminuire i mali della guerra, per quanto le esigenze militari lo consentano”. L’inclusione della celeberrima “Clausola Martens” nella IV Convenzione dell’Aja conferma, inoltre, che il bilanciamento degli obiettivi militari attraverso le considerazioni umanitarie garantisce una nozione generale che coinvolge il diritto: *until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.*⁷⁰ In questo senso, la Clausola Martens dimostra che il diritto internazionale umanitario deve essere escluso da qualsiasi approccio positivista, secondo cui tutto ciò che non è proibito dal diritto internazionale è permesso, e ciò può desumersi da un rilevante contributo della Corte Internazionale di Giustizia in proposito, che si è pronunciata, nel corso del tempo, allo scopo di individuare i presupposti essenziali del principio di umanità. In particolare, evidenti tracce di un’architettura sostanziale del principio di umanità si possono scorgere nel *caso Lotus*, in relazione al quale la Corte Internazionale di Giustizia evidenziò che *“international law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.”*⁷¹ Inoltre, nel *caso Corfu Channel*, la Corte stabilì che le considerazioni elementari di umanità permeano il diritto internazionale.⁷² Pertanto, la mancanza di una specifica norma di diritto umanitario su una determinata questione non giustifica un’azione basata sulla dottrina della necessità militare: le azioni in condizioni di conflitto armato devono riflettere egualmente il rispetto per l’umanità. Tuttavia, occorre specificare che la Clausola Martens si applica soltanto quando la *lex scripta* tace e, dunque, il diritto dei trattati riflette un concordato equilibrio tra la necessità militare e il

⁷⁰ *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land annex art. 22*, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277, 207 Consol. T.S. 277, pmbl. para. 8.

⁷¹ In proposito, si veda *S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

⁷² *Corfu Channel, U.K. v. Albania, Judgment*, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9).

principio di umanità, tale che nessuno dei due giustifica indipendentemente un allontanamento dalle sue disposizioni, salvo casi specificamente contemplati dalla legge.⁷³ Così come soltanto gli Stati creano la legge, allo stesso modo solo loro possono regolare il bilanciamento del consenso. Viceversa, il diritto umanitario contempla, talvolta, la deviazione da una regola fondata sull'umanitarismo sulla base della necessità militare. In tal senso, se la IV Convenzione dell'Aja impedisce la distruzione o il sequestro dei beni nemici, a meno che ciò non sia imperativamente richiesto dalle necessità della guerra, la IV Convenzione di Ginevra del 1949 proibisce alle potenze occupanti di distruggere specifiche proprietà, se tale distruzione non è resa assolutamente necessaria dalle operazioni militari.

Ciò considerato, il bilanciamento implicito risulta essere molto più pervasivo. La dottrina della necessità militare limita il principio di distinzione, caratterizzato da un principio cardinale ravvisabile nell'art. 48 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, secondo cui le parti, in ogni momento del conflitto, devono distinguere tra popolazione civile e combattenti, nonché tra obiettivi civili e obiettivi militari. Gli artt. 51 e 52 rendono operativa la distinzione nel contesto della necessità militare. In questo senso, mentre l'art. 51 proibisce attacchi contro i civili, coloro che partecipano al conflitto perdono tale tutela per tutto il tempo in cui partecipano direttamente alle ostilità. Analogamente, l'art. 52 proibisce attacchi su oggetti che non sono "*obiettivi militari*", ma riconosce che gli obiettivi civili possano diventare obiettivi militari quando, "*per loro natura, ubicazione, scopo o uso*" tali oggetti "*danno un contributo effettivo all'azione militare*" e la loro "*distruzione totale o parziale, cattura o neutralizzazione, nelle circostanze in vigore alla il tempo, offre un vantaggio militare preciso.*"⁷⁴ In questo senso, la dottrina della necessità appare anche come un fattore limitante nel secondo principio cardinale, ovvero le inutili sofferenze, che riconosce implicitamente il carattere legittimo di armi che causano sofferenze

⁷³ In particolare, CASSESE, A. 2000. *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?* In *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, pag. 213. L'Autore specifica che, in relazione alle *considerations of humanity*, che costituiscono un principio di diritto internazionale impositivo di obblighi nei confronti degli Stati, non sono state chiarite le caratteristiche funzionali da parte della Corte Internazionale di Giustizia, essendo incerto se tali condizioni possono essere innalzate al rango di *jus cogens*.

⁷⁴ 1125 UNTS 609/ [1991] ATS 30/16 ILM 1442 (1977).

“militarmente necessarie”.⁷⁵ Nonostante la delimitazione di una norma generale sulla base della necessità militare è palese, l’analisi della maggioranza delle norme di diritto internazionale umanitario, in particolare quelle che disciplinano la condotta delle ostilità, rivela la sensibilità coerente per l’equilibrio tra necessità militare e principio di umanità. La ricerca di scelte tattiche è un mezzo di frequente preservazione dell’umanità durante la conduzione delle ostilità. In questo senso, l’utilizzo di precauzioni in attacco rappresentano uno strumento valido che consente un compromesso rilevante tra fattori umanitari e fattori militari.⁷⁶

L’utilizzo dei termini “umano” e “umanitario” risulta controverso e, talvolta, contraddittorio, in quanto è ancora incerto se il principio generale di umanità sia stato isolato o integrato all’interno di concetti contemporanei come diritti umani e sicurezza umana. Il termine “umanitario”, usato specificamente per contraddistinguere uno specifico ambito del diritto internazionale, indica una finalità precisa, ovvero proteggere l’individuo in tempo di guerra o in pericolo di guerra, cercando di ridurre al minimo le conseguenze negative che potrebbero essere prodotte da armamenti non controllati e da un conflitto armato condotto senza regole. Inoltre, occorre evidenziare un carattere originario del suddetto sistema normativo, avvalorato da una parte della dottrina, consistente nell’elaborazione di norme sul disarmo e sul controllo degli armamenti. È indubbio che l’accezione umanitaria di un sistema normativo delimita fortemente la sua funzione prettamente nomofilattica, ovvero uno scopo garantistico degli individui estranei a un determinato fenomeno, portatori di valori propri dell’umanità. In questo

⁷⁵ In proposito, si veda SCHMITT, M. N. 2010. “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”. In *Virginia Journal of International Law*, Vol. 5, Issue 4, pagg. 795-839.

⁷⁶ Il termine “feasible precautions” viene generalmente usato per indicare quelle precauzioni che sono praticabili o praticamente possibili, tenendo conto di tutte le circostanze in vigore alla data, comprese le considerazioni umanitarie e militari. In proposito, l’art. 57, par. a, specifica che “those who plan or decide upon an attack shall: (i) do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them; (ii) take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss or civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects; (iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

modo, vi è un superamento della dicotomia fra leggi di guerra e leggi di pace, suggellandosi un *garantismo globale* nei confronti dell'individuo che supera le divergenze strutturali fra diritto umanitario e diritti umani.⁷⁷

In questo senso, ritenere che gli Stati-nazione siano sorti dai conflitti armati non è un azzardo, in quanto, all'interno di una società, l'applicazione della legge potrebbe comportare un utilizzo contenuto delle armi⁷⁸. La volontà degli Stati di difendersi o di esercitare poteri di ingerenza con la forza ha dato loro i mezzi per avanzare. In termini generali, l'unica differenza tra guerra o inumanità, da un lato, e l'uso legittimo o minaccia della forza armata creatrici delle condizioni per progressi sociali, d'altra parte, è ritenuta come, quando e dove le armi sono utilizzati.

Lo *status* di umanità assume un ruolo fondamentale nel diritto internazionale, nonostante non vi sia alcuna definizione circoscritta che ne delimiti la struttura. Tuttavia, è possibile scorgere tale nozione all'interno della dottrina, che ne ha individuato il riferimento principale in relazione al sistema normativo umanitario, individuando il binomio "umanità-genere umano".⁷⁹

In primo luogo, è opportuno evidenziare le origini del suddetto concetto, riconducibili in particolare al pensiero di Jean-Jacques Rousseau, secondo cui *"la guerra non è una relazione tra uomo e uomo, ma una relazione tra Stati, in cui gli individui sono nemici solo per caso; non come uomini, nemmeno come cittadini, ma solo in quanto soldati. Poiché l'oggetto della guerra è quello di distruggere lo Stato nemico, sarà legittimo ucciderne i difensori finché questi imbracciano le armi; ma non appena essi le gettano e si arrendono, cessano in quel momento di essere nemici o agenti del nemico e*

⁷⁷ In proposito, si veda GENESIO, U. 2009. *Le leggi dell'umanità*, Milano:Edizioni Nagard, p. 31. L'Autore sottolinea il rapporto tra diritto umanitario e diritti umani, evidenziando che «i due sistemi, quello del diritto umanitario tradizionale e quello recente dei diritti umani, diversi per formazione storica e per configurazione tecnica, si fondano su una comune base filosofica, l'affermazione del valore della persona, e tendono alla finalità comune di assicurare a questa una protezione stabile ed efficace in ogni circostanza, che è poi condizione della pace mondiale. Si consideri per quest'ultimo punto che proprio lo "spirito di pace" ha animato tutto lo sviluppo storico del diritto umanitario, da sempre orientato a limitare i mali della guerra solo come "extrema ratio" per questa tragica eventualità ... Dalla percezione di tale rapporto di complementarietà e di interdipendenza fra i due sistemi si è sviluppata la tendenza crescente, sul piano internazionale, a considerare il problema della protezione dell'uomo in una prospettiva globale e unitaria, senza più riferimento alla demarcazione classica fra legge di guerra e legge di pace».

⁷⁸ KEEGAN, JOHN. 1993. *A History of Warfare*. Pimlico:London, p. 386.

⁷⁹ In particolare, Jean Pictet stabilisce che "[t]he principle of humanity stands out on its own in the doctrine of the Red Cross, and all other principles hang from it." Si veda

tornano ad essere semplicemente uomini, per cui non si ha diritto sulla vita". A tale concetto, occorre allegare le parole di Fyodor Martens, che, nel 1899, evidenziò la fallacia delle primordiali Convenzioni di Diritto Umanitario, stabilendo che "...i civili e i combattenti rimangono sotto la protezione e l'imperio dei principi di diritto delle genti quali risultano dalle consuetudini stabilite, dai principi di umanità e dai precetti della pubblica coscienza". Da ciò, sorsero i presupposti della *Clausola Martens*, un principio inizialmente considerato come norma di diritto consuetudinario, ma che, successivamente, fu inserito nell'art. 1 del I Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1977.

4. L'extra-territorialità dei diritti umani nelle operazioni militari: evoluzione di un bilanciamento precario

Nonostante la Carta delle Nazioni Unite abbia rappresentato la svolta giuridica al processo di armonizzazione dei diritti umani nella comunità internazionale, su di essa grava il precario tentativo di contenere il potere politico e militare degli Stati, ma soprattutto garantire l'efficacia delle libertà fondamentali, rappresentando il risultato di una "costituente internazionale".⁸⁰ Tuttavia, non si può ravvisare una costante applicazione dei diritti umani da parte degli Stati e delle Organizzazioni internazionali, delineandosi talvolta l'applicazione di *clausole di eccezionalità* in deroga ai diritti umani, ovvero casi di vere e proprie violazioni ai danni di singoli individui.⁸¹ A tal proposito, occorre soffermarsi sui concetti di *jurisdiction* e "applicazione extraterritoriale" e, in particolare, sul potere decisionale spettante all'ONU - nello specifico, all'Assemblea Generale, unico soggetto internazionale legittimato a pronunciarsi sulle minacce alla pace e alla sicurezza internazionali - nell'ambito delle operazioni militari. Il suddetto settore permette di individuare i limiti di efficienza e di funzionalità dei trattati sui diritti

⁸⁰ RAPPARD, W. E. *Human Rights in Mandated Territories*. In *Annals of the Am. Academy of Pol. & Soc. Science*, Vol. 243 (*Essential Human Rights*), 1946, 122 - 123. In particolare, si ritiene che la Carta delle Nazioni Unite sia depositaria dell'«only power that can persuade without coercing - the power of recognized fairness, wisdom, and truth».

⁸¹ Specifiche richieste di deroghe e violazioni sostanziali sono state parimenti avanzate nel corso di operazioni di supporto alla pace (Peace Support Operations - PSOs) e le stesse sono state altresì generalmente giustificate sulla base della "situazione di emergenza" riscontrata sul terreno.

umani a livello pratico, qualora tale applicazione debba porsi in essere nel corso di operazioni militari.

In primo luogo, il riferimento ai diritti umani presente nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza relative alla condotta dei militari nelle singole operazioni rappresenta ormai una prassi internazionale consolidata, la cui formula comprende l'incitazione alla promozione e alla tutela dei diritti umani, differente dal riferimento alle norme poste a tutela dei diritti umani come parametro di condotta dei militari impegnati, ma che conserva sempre il suo interesse, potendo essere indice del costante impegno delle organizzazioni internazionali nell'integrazione delle norme sui diritti umani nell'ambito delle operazioni militari da esse istituite.⁸² Tale prassi è stata sempre avvalorata dal Consiglio di Sicurezza nel contesto delle operazioni di pace, ribadendosi la rilevanza della promozione dei diritti umani in molteplici documenti e risoluzioni tematiche, specialmente in riferimento alla protezione dei civili.⁸³ Pertanto, l'applicabilità dei diritti umani nel contesto delle operazioni militari, alla luce della loro "nuova" dimensione multifunzionale, può avere una duplice chiave di lettura: da un lato, essa può ergersi a paradigma legislativo a cui ispirarsi per la ricostruzione in aree post-belliche; dall'altro lato, essa si manifesta come parametro di riferimento per l'attività svolta dai *law enforcement officials*, sia in caso di esercizio della forza armata, sia in caso di detenzione di individui.

⁸² In proposito, si pensi alla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza UNSC Res. 1542 (2004), 30 aprile 2004, § III (a), con cui è stata istituita la missione MINUSTAH in Haiti, che veniva autorizzata al fine di "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". Inoltre, si veda KATAYANAGI, M. 2002. *Human rights function of peacekeeping operations*, L'Aia. Per un approfondimento, si veda MANSSON, K. *The Forgotten Agenda: Human Rights Protection and Promotion in Cold War Peacekeeping*. In *Journal of Conflict & security Law*, 2005, pp. 379-403. Inoltre, rileva la Risoluzione UNSC Res. 1590 (2005), 24 marzo 2005, § 4 (a) con cui si autorizzava la missione UNMIS in Sudan, in cui è stato incluso un riferimento al contributo della missione "towards International efforts to protect and promote human rights in Sudan".

⁸³ L'attribuzione della Risoluzione UNSC Res. 1647 (2006), 28 aprile 2006 come modello giuridico è giustificabile in quanto essa stabilisce 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".

Ciò considerato, l'analisi in esame deve focalizzarsi sulla prassi consolidata degli Stati in relazione alle principali convenzioni internazionali in materia di diritti umani: la *Dichiarazione universale dei diritti umani*, la cui natura giuridica non vincolante è cristallizzata nella prassi, nonostante autorevole dottrina sostenga che i diritti rientranti nella Dichiarazione debbano considerarsi parte del diritto internazionale consuetudinario e rientranti, dal punto di vista delle fonti normative, tra i principi generali di diritto ex art. 38, comma 1, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.⁸⁴ La solennità assunta da tale "Raccomandazione" verso la civiltà dei diritti dell'uomo rappresentò una rivoluzione culturale ed etica, ma che, a differenza della Carta delle Nazioni Unite, non imprimeva un vincolo giuridico. Nonostante sussista la non vincolatività della Dichiarazione, essa è stata ampiamente richiamata dal Consiglio di Sicurezza nella prassi, specificamente in riferimento alla condotta delle operazioni militari;⁸⁵ *I Patti internazionali delle Nazioni Unite del 1966*, che, sorti come necessaria evoluzione, in ragione della natura non vincolante della Dichiarazione del 1948, rappresentano una rilevante progressione, in ragione dell'efficacia vincolante che li contraddistingue. Inoltre, l'adozione di due distinti trattati internazionali volti a codificare tutti i diritti enunciati nella Dichiarazione del 1948 si manifestava come proposito di creare due sistemi di protezione differenti a cui far corrispondere differenti percorsi evolutivi⁸⁶. A tal proposito, occorre evidenziare che, in merito alle operazioni militari, il Patto sui diritti civili e politici assume una

⁸⁴ TOMUSCHAT, C. 2008. *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford:Oxford University Press, p. 32.

⁸⁵ La Risoluzione n. 276 del 1970 (UNSC Res. 276 (1970), 30 gennaio 1970) adottata dal Consiglio di Sicurezza, relativa alla situazione in Namibia, afferma che la condotta del governo sudafricano costituisce una "*flagrant violation of the rights of the namibian concerned, the universal declaration of human rights and International status of the territory*". In riferimento a questa Risoluzione, è stata emessa la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia.

⁸⁶ In relazione alla natura dei Patti e alla classificazione di divergenze e principi comuni, è sorto un rilevante dibattito dottrinario, soprattutto in ragione delle ragioni che hanno portato alla creazione di sistemi normativi paralleli. In particolare, si veda VIERDAG, E.W. *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; BOSSUYT, M. *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économique, 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 VAN HOOFF, G. J. H. *The legal nature of economic social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views*. In Alston - TOMASEVSKI, K. 1984. *The right to food*, Dordrecht, p. 97.

particolare rilevanza, in quanto trattato di natura vincolante che assorbe i diritti civili e politici riconducibili alla Dichiarazione del 1948. Tale rilevanza si ravvisa principalmente nella prassi, in base alla quale la sua applicabilità nelle operazioni militari viene sancita nel Commento generale n. 31 del 2004 del Comitato sui diritti umani, all'interno del quale gli obblighi di rispetto del Patto durante le operazioni di *peacekeeping* e *peace-enforcement* ricadono sugli Stati fornitori delle truppe⁸⁷. Inoltre, la prassi delle Nazioni Unite ha contribuito a dare rilevanza ai diritti civili e politici, inserendo le norme del Patto nel diritto applicabile in Kosovo da parte dell'amministrazione transitoria UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo). In questo caso, la Risoluzione n. 1244 del 10 giugno 1999 adottata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che sanciva la fine dei bombardamenti della NATO in Jugoslavia, poneva il Kosovo sotto il controllo provvisorio di un organismo internazionale - appunto, l'UNMIK -, mentre, circa lo statuto della provincia, pur garantendo la sovranità della Serbia, ne auspicava l'autonomia⁸⁸. Inoltre, la rilevanza del Patto sui diritti civili e politici si ravvisa negli *Status of Forces Agreements* tra le

⁸⁷ 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/21fRev.I/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".

⁸⁸ UN-Security Council Resolution 1244 (1999). In proposito, occorre evidenziare che il ritardo con cui l'UNMIK divenne realmente operativa non garantiva stabilità nella vita civile, favorendo tuttavia la criminalità organizzata che, nel vuoto politico e giuridico creatosi, riuscì a ramificare le sue attività (traffico di armi, di droga e di esseri umani). La smilitarizzazione dell'Esercito di liberazione del Kosovo (*Ushtria çlirimtare e Kosovës*, UÇK) e la sua trasformazione in un corpo civile - il *Kosovo Protection Corps* (in albanese *Trupat e Mbrojtjes së Kosovës*, TMK) - non garantì l'eliminazione delle frange estremistiche militarizzate albanesi, i cui membri si andarono presto organizzando in nuove formazioni armate. Le forze di sicurezza internazionali - la *Kosovo Force* (KFOR), dapprima sotto il comando della NATO e successivamente dell'Eurocorps nel 2000, costituito da truppe di cinque Paesi dell'Unione Europea - non riuscirono a porre fine ai conflitti interetnici, riaccessi immediatamente, nonché alle vendette perpetrate dagli Albanesi, principalmente ai danni dei Serbi, ma anche dei Rom e di altre minoranze. In proposito, si veda ORTICA, P.-SAIJA, M. (a cura di) 2001. *La guerra del Kosovo e la questione balcanica*, Catanzaro: Soveria Mannelli; TOMMASI, U. - CATALDO, M. 2004. *Kosovo. Buco nero d'Europa*, Verona: Achab Edizioni; DÉRENS, J.-A. 2006. *Kosovo, année zéro*, Paris: Editions Paris-Méditerranée; AL-SHĀDHĪKĪ 'UTHMĀN, M. 2003. *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*.

Nazioni Unite e gli Stati ospiti, con particolare riferimento agli accordi fra Sudan e Nazioni Unite, il cui accordo prevedeva un riferimento specifico ai diritti civili e politici riconducibili al Patto del 1966⁸⁹. Diversamente, dal punto di vista giurisprudenziale, occorre evidenziare il caso *Nuhanovic*, in cui l'Olanda veniva condannata dalla Corte d'Appello dell'Aja per la morte di tre civili bosniaco-musulmani, uccisi in seguito al "Massacro di Srebrenica", avvenuto tra il 9 e l'11 luglio del 1995 durante la guerra in Jugoslavia. La Corte olandese stabiliva che, malgrado il *Dutchbat* (i caschi blu olandesi a Srebrenica) fosse sotto il comando delle Nazioni Unite, dopo la caduta di Srebrenica si è creata una situazione speciale in cui il governo olandese ha interferito con il *Dutchbat* e con l'evacuazione dei profughi. Alla luce di tale coinvolgimento, la Corte considerava il governo olandese responsabile per le azioni dei soldati del *Dutchbat* nei confronti dei civili suddetti. In tale circostanza, la Corte d'Appello dell'Aja riteneva applicabili alle condotte dei militari olandesi, impegnati nell'operazione UNPROFOR, gli artt. 6 e 7 del Patto sui diritti civili e politici⁹⁰; *la protezione dei rifugiati*, ulteriore riferimento ravvisabile all'interno delle operazioni militari,

⁸⁹ In particolare, gli *Status Forces Agreements* (SOFA) costituiscono accordi internazionali, in forma semplificata o solenne, tra due o più soggetti di diritto internazionale, che definiscono nel dettaglio lo stato giuridico del personale e del materiale appartenente a forze armate nazionali in territorio straniero. I SOFA comprendono materie specifiche: l'eventuale competenza in sede civile e penale delle autorità giudiziarie nazionali; l'uso dell'uniforme; il porto e l'uso delle armi, lo svolgimento di attività militari; eventuali esenzioni fiscali, concessioni agevolate per taluni provvedimenti amministrativi; disciplina del contenzioso per danni materiali procurati a terzi. I SOFA conclusi dalle Organizzazioni internazionali con lo Stato territoriale favoriscono la tendenza odierna alla regionalizzazione delle operazioni di peacekeeping, sempre più condotte da organizzazioni regionali, nonché sempre più al di fuori del procedimento autorizzatorio espressamente previsto dalla Carta delle Nazioni Unite. In riferimento agli accordi stipulati fra il Sudan e le Nazioni Unite, si veda *Agreement between the Government of Sudan and the United Nations concerning the Status of United Nations mission in Sudan (UNMIS)*, Khartoum, 28 dicembre 2005.

⁹⁰ Corte d'appello dell'Aia, *H. Nuhanovic c. The State of the Netherlands*, 200.020.174/01, 5 luglio 2011, 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".

essendo presente nel mandato un richiamo alla tutela di tali soggetti⁹¹. Anche in questo caso, la prassi permette di scorgere un richiamo nei confronti dei componenti di un'operazione militare a rispettare gli obblighi specifici sanciti dalla Convenzione sui rifugiati. Infatti, la Risoluzione n. 1756 del 2007 adottata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite autorizzava l'Operazione MONUC a contribuire al miglioramento delle condizioni di sicurezza in cui è prevista l'assistenza umanitaria, e assistere nel rimpatrio volontario dei rifugiati e dislocare internamente persone.⁹² In particolare, gli obblighi gravanti sui *peacekeepers* non sono generici e non attengono unicamente alla cooperazione con altre agenzie delle Nazioni Unite. Il riferimento alla Convenzione sui rifugiati e ai suoi protocolli aggiuntivi è reso esplicito dal Consiglio di Sicurezza nelle Risoluzioni relative alle donne, la pace e la sicurezza, sui bambini e sulla protezione dei civili nei conflitti armati⁹³; la *Convenzione contro il genocidio*, in relazione alla quale occorre evidenziare che, nella prassi, l'unica traccia riscontrabile in merito all'applicabilità di tale Convenzione nelle operazioni militari si rinviene in relazione all'operazione MONUC, nella Repubblica democratica del Congo. In proposito, la Risoluzione n. 1756 del 2000 adottata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, autorizzava la missione ad arrestare o detenere individui sospetti di aver commesso gravi crimini, qual è il crimine di genocidio.⁹⁴ Pertanto, gli obblighi gravanti sui *peacekeepers* sarebbero solo obblighi di cooperazione al fine di fare giustizia sulle gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario.

⁹¹ *International Convention relating to the Status of Refugees*, 189 UNTS 137, Ginevra, 28 luglio 1951.

⁹² UNSC Res. 1756 (2007), 15 maggio 2007, § 2 (b).

⁹³ In proposito, la Risoluzione n. 1325 del 2000 sulle donne, la pace e la sicurezza stabilisce che l'obbligo da parte dei *peacekeepers* "*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*". UNSC Res. 1325 (2000), 31 ottobre 2000, cit., § 9. Inoltre, nella risoluzione del 2006 sulla protezione dei civili nei conflitti armati nella quale il consiglio di sicurezza sancisce "*the need to maintain the security and civilian character of refugee and internally displace 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*". In proposito, cfr. UNSC Res. 1674 (2006), 28 aprile 2006, § 14.

⁹⁴ UN Doc. S/RES/1756, 15 maggio 2007, § 3 (c).

4.1. *Extra-territorialità e jurisdiction clauses nei trattati sui diritti umani*

La contrapposizione fra applicazione extra-territoriale dei diritti umani e clausole di giurisdizione rappresenta un contrasto particolarmente complesso, principalmente in relazione alla natura stessa della cosiddetta *jurisdiction*. In proposito, l'*archetipo* della *jurisdiction* si ravvisa nell'art. 1 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, secondo cui "*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*": nonostante tale clausola sia stata inserita in numerosi successivi trattati, nessuna delle altre è identica a quella suesposta.⁹⁵ Inoltre, le clausole sulla giurisdizione devono essere suddivise in due ulteriori categorie: da un lato, le clausole incluse solo con riguardo a specifici diritti, come la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 e la Convenzione contro la tortura; dall'altro lato, clausole che regolano la competenza delle Corti istituite dalle Convenzioni stesse, chiamate a giudicare sulle loro violazioni.⁹⁶ Tuttavia, è possibile rintracciare una nozione di giurisdizione a livello giurisprudenziale, grazie al supporto delle Corti internazionali, che hanno argomentato differenti interpretazioni in tal senso. In primo luogo, la questione è stata affrontata dalla Corte Internazionale di Giustizia, che si è pronunciata sull'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani nell'opinione consultiva nel caso della costruzione del muro nei territori occupati palestinesi, in cui la Corte dell'Aia interpretava l'art. 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 occupati.⁹⁷ In particolare, l'orientamento si fondava sul controllo svolto questo Stato

⁹⁵ Si pensi all'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, che impone agli Stati il rispetto e di assicurare il rispetto dei diritti protetti dal documento "to all individuals within their territory and subject to their jurisdiction". In proposito, si veda MILANOVIC, M. "From compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties". In *Human Rights Law Review*, 2008, p. 412.

⁹⁶ In particolare, il Comitato dei diritti umani, regolato dal primo Protocollo aggiuntivo al Patto del 1966, in cui non sussiste il riferimento al territorio, ma che non può essere usato come base per espandere la clausola di giurisdizione del Patto, essendo solo una clausola di giurisdizione di una Corte. Si veda MILANOVIC, M., *cit.*, pp. 415-417.

⁹⁷ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, ICJ Reports 2004. In particolare, la Corte riteneva che la costruzione di un muro rappresentasse una manifestazione di controllo tale da far rientrare la West Bank nel territorio di Israele.

nella *West Bank*, tale da concepire quei territori come un'estensione di Israele: la Corte indicava il riferimento all'art. 12 del Patto, riferito principalmente al territorio di uno Stato al fine di stabilire la libertà di movimento.

Ciò considerato, mette conto soffermarsi sul contributo dato dal Comitato dei Diritti Umani del Patto sui diritti civili e politici, che, in materia di extraterritorialità, ha garantito un supporto interpretativo particolarmente rilevante attraverso il caso *Lopez Burgos*⁹⁸. Il suddetto caso di specie rileva per l'interpretazione dell'art. 2 del Patto, segnando un punto di svolta rilevante nella giurisprudenza relativa all'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani. Tale fattispecie concerneva un rapimento commesso da forze militari uruguaiane nel territorio argentino: il fulcro della questione relativa alla violazione era la sussistenza della giurisdizione dell'Uruguay al di fuori del territorio. In proposito, la sentenza ammetteva la sottoposizione di Lopez Burgos alla giurisdizione dell'Uruguay, nonché la necessità di interpretare l'art. 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 sanzionate⁹⁹.

Per quanto concerne l'intervento della Commissione Inter-americana dei diritti dell'uomo in merito all'extraterritorialità dei diritti umani, occorre evidenziare un atteggiamento costantemente favorevole all'applicazione extraterritoriale dei diritti umani, come può denotarsi dal supporto giurisprudenziale in proposito. Infatti, l'*Haitian Interdiction Case* del 1997 stabiliva che la Convenzione per la protezione dei rifugiati dovesse avere un'applicazione extraterritoriale, riscontrando pertanto una violazione della Convenzione medesima da parte degli Stati Uniti.¹⁰⁰ Inoltre, occorre evidenziare il caso *Coard vs. United States*, in cui si affermava l'applicabilità extraterritoriale della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, letta in combinato disposto con l'art. 1 della Convenzione americana sui diritti umani. Alla luce della

⁹⁸ 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).

⁹⁹ In particolare, al § 12 la Corte precisava che "[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."

¹⁰⁰ The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997).

giurisprudenza suesposta, l'orientamento adottato dalla Corte Inter-americana stabilisce una coincidenza fra la questione della giurisdizione statale e quella dell'attribuzione della condotta.¹⁰¹ Nonostante le due valutazioni spesso si intersechino, il discorso sull'attribuzione finisce per assumere quello relativo alla giurisdizione con il risultato che qualunque individuo si trova "under the jurisdiction" di uno Stato quando subisca direttamente una violazione di diritto internazionale dallo Stato in questione.¹⁰² Inoltre, il contributo della Corte Inter-americana ha permesso di individuare, attraverso l'analisi della *jurisdiction*, anche le conseguenze di una sovrapposizione fra diritto umanitario e diritti umani, evidenziando una linearità applicativa, riconducibile ai principi inerenti alla tutela della persona umana. In merito all'analisi svolta dalla Corte, il caso *Tablada* specifica che la Convenzione americana, come gli altri strumenti internazionali e regionali di tutela dei diritti dell'uomo, e le Convenzioni di Ginevra del 1949, condividono un comune nucleo di diritti inderogabili, implicando ciò, nel caso dei conflitti interni, che i due corpi normativi convergono, supportandosi l'un l'altro. Inoltre, la Commissione ha stabilito che l'art. 3 comune può essere considerato puramente e semplicemente una norma di diritto internazionale dei diritti umani, in quanto ribadisce obblighi a cui lo Stato è già tenuto per volontà della Convenzione americana dei diritti dell'uomo. In seguito, la Commissione analizza i rapporti intercorrenti tra il Patto sui diritti civili e politici del 1966 e il II Protocollo addizionale del 1977 alle Convenzioni di Ginevra, che regolamenta, i conflitti armati non internazionali, implementando l'art 3 comune. In particolare, quando il II Protocollo garantisce *standards* di tutela più elevati di quelli garantiti dal Patto, in qualità di *lex specialis*, dovrebbe prevalere. In proposito, non può non evidenziarsi che le norme contenute nel Patto non riprodotte nel Protocollo dovrebbero essere considerate integrative della disciplina introdotta da quest'ultimo. Dal caso suesposto, la Commissione ha confermato la natura prettamente pubblicistica della propria giurisdizione, limitandone l'esercizio alle sole condotte imputabili ad agenti dello Stato e non a privati cittadini.¹⁰³

¹⁰¹ Inter-American Commission of Human Rights, *Coard v. United States*, Report n. 109/9, 29 settembre 1999, DC 215-6.

¹⁰² TOMUSCHAT, C. 2008. *Human rights. Between idealism and realism*, Oxford:Oxford University Press.

¹⁰³ Inter-American Commission of Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report N° 55/97, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997). In particolare, la

In aggiunta, è necessario soffermarsi in modo particolarmente dettagliato sui molteplici interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in proposito si è pronunciata in differenti specifici casi aventi ad oggetto la controversa ipotesi dell'applicazione extraterritoriale dei diritti umani contrapposta al concetto di *jurisdiction*, considerando quest'ultima come modello "territoriale", e tenuta separata dall'attribuzione della condotta, che potremmo definire come "modello personale". In primo luogo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo favoriva il primo modello suddetto, mentre, successivamente, con l'evoluzione della casistica, si notava un avvicinamento al secondo modello. Il caso *Loizidou c. Turchia*, particolarmente emblematico, rappresentava il prototipo dell'applicazione extraterritoriale degli obblighi gravanti sulla Turchia, con l'estensione degli stessi alla Repubblica Turca di Cipro del Nord, controllata dalla Turchia stessa¹⁰⁴. Il fondamento normativo di tale estensione veniva ravvisato dalla Corte nel principio di *effective overall control* esercitato dalla Turchia su quella porzione di territorio, considerando tale 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 confini. Dunque, si trattava 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. Tale concetto veniva successivamente confermato nel caso *Cipro c. Turchia*, attribuendo alla Turchia tutti gli atti compiuti a Cipro del Nord a prescindere dall'attribuibilità di essi ad agenti dello Stato turco.¹⁰⁵ Inoltre, nel caso *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, in cui oltre al Belgio venivano convenuti in giudizio sedici Stati firmatari della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché componenti della coalizione che aveva preso parte ai bombardamenti della NATO in ex Jugoslavia, la Corte confermava l'orientamento adottato nel caso *Loizidou*, generando,

Commissione evidenzia che "[t]he American Convention contains no rules that either define or distinguish civilians from combatants and other military targets, much less, specify when a civilian can be lawfully attacked or when civilian casualties are a lawful consequence of military operations. Therefore, the Commission must necessarily look to and apply definitional standards and relevant rules of humanitarian law as sources of authoritative guidance in its resolution of this and other kinds of claims alleging violations of the American Convention in combat situations"

¹⁰⁴ Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia*, Preliminary objections, 15318/89, 23 marzo 1995.

¹⁰⁵ Corte europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia*, 25781/94, Judgment, 10 maggio 2001.

tuttavia, una posizione non del tutto lineare sulla questione. Infatti, in questo caso: 1) la Corte chiariva il significato della norma contenuta nell'art. 1 della CEDU, in riferimento al concetto di "*within their jurisdiction*", sostenendo che la giurisdizione statale dovesse essere principalmente territoriale, e che il riconoscimento di una giurisdizione extraterritoriale dovesse avvenire in via eccezionale; 2) favorendo un'interpretazione "territoriale" dell'art. 1 della CEDU, la Corte riportava anche la prassi degli Stati in tema di deroghe ex art. 15 CEDU, sostenendo che questa disposizione dovesse essere letta alla luce dell'art. 1; infine, la Corte, richiamava i lavori preparatori che, nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, considerava l'espressione "*within their jurisdiction*" funzionale ad estendere la giurisdizione dello Stato a quegli individui non cittadini che tuttavia sono sul territorio dello Stato in questione.¹⁰⁶ In questo caso, la Corte non riteneva corretta l'applicazione del principio del controllo effettivo sostenuta nel *caso Loizidou* in relazione ai singoli episodi relativi ai bombardamenti in ex Jugoslavia, sostenendo che una simile costruzione andrebbe contro la lettera dell'art. 1 della Convenzione, norma che richiede che un atto sia commesso sotto la giurisdizione di uno Stato parte.¹⁰⁷ Inoltre, la Corte sosteneva che la Convenzione europea, in quanto strumento regionale, potesse applicarsi solo nello spazio giuridico degli Stati parti, tra i quali non vi era l'allora Repubblica federale di Jugoslavia, ritenendo pertanto essa applicabile *throughout the world*.

Pertanto, nel *caso Bankovic*, la Corte ricostruiva l'applicabilità extraterritoriale della Convenzione europea sulla base dell'esercizio dei poteri statali su un territorio straniero, a vario titolo fondati. In tal senso, occorre specificare che l'orientamento per cui il potere di uccidere attraverso un bombardamento aereo non fosse sufficiente ad integrare il controllo su un territorio, essendo necessaria la presenza fisica sul suolo di forze armate, ha generato molteplici orientamenti dottrinari contrari, confermando la prevalenza del modello territoriale sul modello personale; tuttavia, nonostante la Corte non abbia considerato il modello

¹⁰⁶ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, 52207/99, Decision, 12 dicembre 2001, § 59 e § 62 e § 63.

¹⁰⁷ In particolare, la Corte sosteneva che, qualora fosse stato adottato un simile approccio dalla Corte, sarebbe stato omesso il riferimento alla *jurisdiction* ex art. 1. In proposito, si veda Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, cit., § 75.

personale, la mera esistenza di un potere di uccidere non costituisce un grado di controllo sufficiente ad attribuire a uno Stato una giurisdizione extraterritoriale.¹⁰⁸

Una parziale metamorfosi dell'orientamento giurisprudenziale della Corte può ravvisarsi nel *caso Issa c. Turchia* del 2004, in cui, pur manifestandosi l'assenza di controllo da parte dei militari turchi, la Corte di Strasburgo enunciava il principio per cui l'art. 1 della Convenzione dovesse essere letto in modo tale da consentire l'applicabilità della medesima a livello extraterritoriale qualora il soggetto che avesse subito la violazione si trovasse sotto il controllo dello Stato parte della CEDU: in particolare, la Corte specificava che una contraria interpretazione avrebbe permesso agli Stati di commettere violazioni sul territorio di altri Stati senza essere sanzionati.¹⁰⁹ Dunque, le divergenze interpretative sorte tra il caso *Bankovic* e il caso *Issa* hanno creato due filoni interpretativi contrapposti, nonostante la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia confermato l'impostazione della decisione nel caso *Issa* piuttosto che quella nel caso *Bankovic*.

Ciò considerato, occorre analizzare il *caso Pad e altri contro Turchia*, in cui i ricorrenti, cittadini iraniani, erano stati uccisi in seguito ad una serie di colpi mortali sparati da un elicottero dell'esercito turco e, non essendoci certezza sull'esatta ubicazione dei ricorrenti (territorio iraniano o turco), la Corte aveva ritenuto applicabile alla Turchia la condotta dei suoi militari sulla base del modello personale, essendo quei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Turchia: tale pronuncia rappresenta un

¹⁰⁸ In proposito, cfr. LAWSON, R. *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on human rights*, in Coomans-Kamminga, cit., p. 83; DE SCHUTTER, O. 2006. "Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights". In *Baltic Yearbook of International Law*, p. 183; ORAKHELASHVILI, A. 2003. "Restrictive interpretation of human rights treaties in recent jurisprudence of European court of human rights". In *European Journal of International Law*, p. 529; Wilde, *Triggering State obligations extraterritorially: the spatial testy in certain human rights treaties*, in *Israel Law Review*, 2007, p. 503.

¹⁰⁹ Corte europea dei diritti umani, *Issa e altri c. Turchia*, 31821/96, Judgment, 16 novembre 2004. In particolare, al § 71 la Corte stabiliva che "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".

cambio di rotta rispetto alla sentenza *Bankovic*, sebbene sussistesse una somiglianza fra i due casi.¹¹⁰

Invece, nel caso *Isaak e altri*, sempre contro la Turchia, il ricorso era fondato sull'asserita violazione della Convenzione in seguito all'uccisione di individui da militari turchi a Cipro del Nord in un'area posta sotto il controllo delle Nazioni Unite e quindi non sotto il controllo turco.¹¹¹ Le costanti divergenze applicative dei due modelli di giurisdizione, quello territoriale e quello temporale, possono ricavarsi ulteriormente da un'analisi delle sentenze *Medvedyev c. Francia* e *Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*: in entrambi i casi, la Corte ha tentato di applicare il modello territoriale, ma su aree talmente ridotte di dimensioni che è difficile pensare di scindere questo modello da quello personale¹¹². Infatti, nel primo caso, si riteneva applicabile la CEDU, in quanto la Francia esercitava un *full and exclusive control* su un'imbarcazione e sul suo equipaggio; invece, nel caso *Al Sadoon e Mufdhi*, i ricorrenti sono stati considerati sotto la giurisdizione del Regno Unito per il controllo che quest'ultimo Stato esercitava sulla prigione in cui erano detenuti.

Il suesposto percorso giurisprudenziale permette di scorgere l'instabilità interpretativa da parte della giurisprudenza internazionale, alla luce della specificità dei casi di specie che impediscono l'adozione di un unitario modello orientativo, generando divergenze, a volte capillari, fra la fattispecie e la normativa applicabile. Inoltre, non può non evidenziarsi che il requisito del "territorio" non rappresenta un elemento necessario e imprescindibile in senso assoluto per il fondamento della giurisdizione, in quanto quest'ultima viene stabilita alla luce dell'effettivo controllo esercitato da uno Stato sugli individui a questo comunque sottoposti, indipendentemente dal fatto che, dal punto di vista giurisprudenziale si ribadisca l'importanza «primaria» della dimensione territoriale, quale elemento definitorio della giurisdizione statale.¹¹³

¹¹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Pad e altri c. Turchia*, 60167/00, Decision, 28 giugno 2007.

¹¹¹ Corte europea dei diritti umani, *Isaak e altri c. Turchia*, 44587/98, Decision, 28 settembre 2006.

¹¹² Corte europea dei diritti umani, *Medvedyev c. Francia*, 3394/03, Judgment, 29 marzo 2010 e Corte europea dei diritti umani, *Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 61498/08, Judgment, 3 luglio 2009.

¹¹³ European Court of Human Rights, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, Application No. 45036/98, Judgment, 30 giugno 2005, par. 136, citando i precedenti in *Gentilhomme*, *Schaff-Benhadi and Zerouki v. France*, Judgment, 14

L'«effettivo controllo», avente ad oggetto un «nesso immediato e diretto» tra l'autorità statale e gli individui sottoposti, diviene l'elemento cardine attorno cui troverà fondamento la giurisdizione statale e, di conseguenza, quella del competente organo giurisdizionale internazionale. In questo senso, in situazioni di crisi interna o internazionale, la sussistenza o meno di un conflitto armato, capace di affermare la predominanza del diritto internazionale umanitario nel sottrarre spazio ai diritti dell'uomo, rimane quindi la prima condizione da accertare in via pregiudiziale.

5. *L'interazione fra diritto umanitario e diritti umani: il dilemma della frammentazione del diritto internazionale*

La questione dell'interazione fra diritto umanitario e diritti umani deve essere sottoposta a un'analisi specifica in relazione alle conseguenze sul contesto giuridico relativo ai meccanismi di tutela dell'individuo. Infatti, la complessità della questione è riscontrabile nella molteplicità di problematiche e mutamenti presenti all'interno della comunità internazionale, alla luce dei differenti conflitti armati presenti in tale scenario. In primo luogo, l'analisi tecnica di un simile rapporto deve essere preliminarmente rimandato alla più generale tendenza del diritto internazionale alla potenziale frammentazione o addirittura a una intensa "specializzazione funzionale" e alla formazione di veri e propri *self-contained regimes*.¹¹⁴ Quando si parla, in particolare, di *self-contained regime*, si intende: a) un insieme di norme in rapporto di *specialità* - dunque di priorità applicativa ed interpretativa - rispetto ad uno o più generale; b) un regime normativo speciale applicabile ad un territorio; c) un intero settore regolato da regole sostanziali e di interpretazione speciali e diverse rispetto a quelle generali, conseguentemente modificate

maggio 2002, par. 20; *Banković and Others v. Belgium*, op. cit., par. 59 - 61; *Ilaşcu and Others*, op. cit., par. 312. Cfr. anche ECtHR, *Assanidzé v. Georgia*, Application No. 71503/01, Judgement, 8 aprile 2004, par. 137. Le decisioni della Corte sono tutte disponibili su <http://www.echr.coe.int/echr>.

¹¹⁴ Per quanto concerne il concetto di frammentazione, si veda in proposito BUFFARD, I.-CRAWFORD J.-PELLET A.-WITTICH, S. 2007. *International law between universalism and fragmentation*, Leiden; BUFFARD, I.-HAFNER, G. 2007. *Risques et fragmentation en droit international*. In *L'Observateur des Nations Unies*. In riferimento al concetto di *self-contained regime*, si veda SIMMA, B.-PULKOWSKI D. 2010. *Lex specialis and self-contained regimes*. In CRAWFORD, J.-PELLET A.-OLLESON S. *The law of international responsibility*, New York; SIMMA B. 1985. *Self-contained regimes*. In *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, 111.

o escluse. Quest'espressione delimita la circostanza che determinati obblighi sostanziali, posti in essere da un trattato multilaterale - ma anche da norme consuetudinarie relative a settori specifici - siano accompagnati da regole speciali relative alle conseguenze della loro eventuale violazione, in modo tale da escludere la possibilità, per gli Stati parti, di ricorrere a misure di reazione all'illecito previste dal diritto generale, anche se, in relazione alla tutela dei diritti umani, si esclude l'esistenza di "regimi" *self-contained* in senso assoluto.¹¹⁵ La trattazione dei *self-contained regimes* è stata sottoposta all'attenzione della Corte Internazionale di Giustizia, che si è pronunciata in merito nel caso *Tehran Hostages*, in cui ha stabilito che "*diplomatic law in itself provides the necessary means of defense against, and sanction for, illicit activities by members of diplomatic and consular missions. ... The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving state to counter any such abuse. The means are by their nature entirely efficacious*".¹¹⁶

La "sovrapposizione" fra i due sistemi normativi è stata ampiamente analizzata dal punto di vista dottrinale. In primo luogo, occorre chiedersi se la contestuale applicazione dei suddetti sistemi normativi determini una frammentazione giuridica, o se, da tale procedura, si sviluppi un terreno giuridico comune per la protezione dell'individuo nell'ambito di un conflitto armato¹¹⁷. La questione cruciale che traspare è se la

¹¹⁵ HENKIN, L. 1977. *Human Rights and Domestic Jurisdiction*. In *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*. New York: University Books, pag. 31. In proposito, L'Autore specifica che gli accordi internazionali in materia di diritti dell'uomo "were clearly intended to supplement, not to supplant general remedies available to one party against violation by another...".

¹¹⁶ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, *United States v. Iran*, 1980 I.C.J. 3 (May 24).

¹¹⁷ Si veda EDWARDS, G. E. 2010. *Attributes of Successful Human Rights Non-Governmental Organizations (NGOs) – Sixty Years After the 1948 Universal Declaration of Human Rights*. In CHOWDHURY, A. R. - JAHID HOSSAIN BHUIYAN, Md. (edited by). *An Introduction to International Human Rights Law*. Martinus Nijhoff Publishers, p. 152. In particolare, l'Autore specifica questa "sovrapposizione" fra il diritto internazionale dei diritti umani da una parte, e gli altri settori del diritto internazionale - compreso il diritto umanitario - dall'altra: "*the concept of "international human rights norm" is broad, and it overlaps with rights protected under other areas of international and domestic law, including international humanitarian law, international criminal law, international environmental law, development*

protezione garantita agli individui nell'ambito del diritto umanitario sia inferiore rispetto alle garanzie previste dal diritto dei diritti umani. L'essenza della frammentazione concerne la scissione dei sistemi normativi in determinate categorie altamente specializzanti, che richiedono una specifica autonomia gli uni dagli altri. La frammentazione può avvenire attraverso l'interpretazione contraria di diritto generale, l'emergere di leggi speciali che derogano alla legge generale, o l'esistenza di due diversi organismi di diritto speciale. Quindi un problema correlato è quello del conflitto normativo tra le norme che si riferiscono allo stesso oggetto, ma ciò implica esiti diversi in relazione ad esse, per esempio qualora sussista, fra esse, una *lex specialis*¹¹⁸. In particolare, sia la Corte Internazionale di Giustizia che vari organismi di diritti umani hanno esplorato la concezione del diritto umanitario come *lex specialis* rispetto ai diritti umani. Tuttavia, ciò che ha provocato una minore elaborazione giurisprudenziale è che, in relazione ad alcune specifiche questioni, i diritti umani costituiscono la *lex specialis*. A tal proposito, il significato e l'identificazione del concetto di *lex specialis* sono stati sottoposti al vaglio della Commissione di diritto internazionale¹¹⁹.

Ciò considerato, mette conto evidenziare lo scopo dell'applicazione dei due sistemi normativi in esame e, in particolare, lo sfondo comune entro cui i medesimi complessi normativi si applicano. Infatti, mentre il diritto umanitario si applica solo ai conflitti armati, come previsto, ad esempio, nell'art 2 Comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949, il diritto dei diritti umani si applica sia in pace e in guerra. A tal proposito, assume particolare rilevanza la prassi dell'Unione europea, che, per favorire l'osservanza del diritto internazionale umanitario, si ritiene il medesimo applicabile all'interno di un conflitto armato e nel caso di occupazione; viceversa, il diritto dei diritti umani è considerato applicabile nell'ambito della giurisdizione dello Stato in questione, in tempo di pace e in tempo di guerra. Pertanto, sebbene distinti, i due

law, labor law, refugee and asylum law, constitutional law, domestic criminal law and procedure, and even the law of the sea".

¹¹⁸ ORAKHELASHVILI, A. 2008. "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?". In *The European Journal of International Law*, Vol. 19, n. 1, p. 162.

¹¹⁹ KOSKENNIEMI, MARTTI. 'Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission', UN Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006 ; Report of the International Law Commission (ILC), Fifty-sixth session, UN Doc A/59/10, paras. 304 ff.

sistemi di regole possono essere entrambi applicabili ad una particolare situazione. Dunque, la questione principale non è unitaria, ma ramificata, alla luce delle necessarie problematiche legate alle conseguenze di un'applicazione contestuale dei due sistemi giuridici: il rapporto tra questi due settori del diritto si sviluppa nel senso di frammentare il quadro giuridico comune altrimenti esistente che protegge l'individuo, o rende tali sistemi fra loro paralleli, offrendo soluzioni reciprocamente compatibili? Inoltre, i requisiti di ognuno dei due sistemi confliggono fra loro, o si sviluppano per generare un terreno giuridico comune, se non un "regime" giuridico comune, che può offrire le norme uniformi per la protezione delle persone nel contesto di un conflitto armato? Principalmente, le ragioni della frammentazione possono desumersi dalle conseguenze dell'applicazione dei due sistemi normativi in differenti tipologie di conflitti. Infatti, qualora si manifestino i presupposti di un conflitto armato internazionale, i trattati di diritto umanitario sono sviluppati in modo migliore e, soprattutto, le regole di entrambi i sistemi normativi hanno gli stessi destinatari: gli Stati. In secondo luogo, per molte situazioni è difficile sostenere che i diritti umani si applicano a tutti, perché le vittime non possono essere considerate nel territorio o sotto la giurisdizione dello Stato che li attacca¹²⁰. Qualora, invece, si parli di conflitti armati non internazionali, entrambi i sistemi conducono prevalentemente agli stessi risultati. Infatti, il trattamento delle persone detenute o comunque sottoposte all'ingerenza di uno Stato è prescritto in modo molto simile. Le garanzie giurisdizionali per persone in fase di sperimentazione sono anche molto simili, ma sono meglio sviluppate nei diritti umani.

La questione in esame deve essere affrontata partendo dalla più ampia problematica della frammentazione dei regimi giuridici internazionali. In proposito, nel 2006, la Commissione di Diritto Internazionale emanò uno specifico *Report* in merito a tale analisi, all'interno del quale venne focalizzato specificamente il conflitto normativo. Specificamente, si sosteneva che, da un lato, la frammentazione generasse il pericolo di norme, principi, sistemi di regole e prassi istituzionali contrastanti e incompatibili. Secondo il Rapporto, la questione è che un processo legislativo e uno sviluppo istituzionale così specializzati tendono a

¹²⁰ MURPHY, SEAN. 2013. "Deconstructing Fragmentation: Koskeniemi's 2006 ILC Project". In *Temple International & Comparative Law Journal*.

posizionarsi con relativa ignoranza delle attività legislative e istituzionali nei campi adiacenti e dei principi generali e delle prassi del diritto internazionale. Il risultato è un conflitto tra sistemi normativi, prassi degli Stati divergenti e, eventualmente, la perdita di una prospettiva globale sulla legge. Inoltre, il problema si pone in termini di scissione della legge in "zone" altamente specialistiche che pretendono una relativa autonomia le une dalle altre e dalla legge generale. Pertanto, occorre chiedersi quali sono gli effetti sostanziali di tale specializzazione, nonché come dovrebbe essere concepita la relazione tra queste "zone". La frammentazione può avvenire attraverso l'interpretazione contrastante della legislazione generale, l'emergere di una legge speciale che deroghi alla legge generale, o l'esistenza di due differenti corpi di legge speciale. Inoltre, essa concerne la diversificazione della regolamentazione giuridica riconducibile a un settore specifico governato dal diritto internazionale.¹²¹

Il Rapporto identifica specificamente l'essenza dei conflitti normativi, che non si occupano della natura o della designazione di strumenti giuridici e istituti rilevanti, stabilendo che se il conflitto fosse solo tra norme che trattino il medesimo oggetto, conseguentemente il modo di applicazione di un trattato dipenderebbe in modo cruciale da come esso si classificherebbe sotto uno schema preesistente di soggetti diversi. Inoltre, occorre specificare che il conflitto normativo non concerne l'oggetto della regolamentazione del settore pertinente del diritto o dello strumento normativo, ma della loro applicabilità per l'oggetto che può essere regolamentato sotto più di un settore del diritto internazionale¹²².

Ciò posto, l'analisi deve focalizzarsi sul *principio di complementarità*, in virtù del quale diritti umani e diritto umanitario non si contraddicono, ma possono *influenzarsi* reciprocamente, alla luce degli stessi principi e valori su cui si fondano, ma possono anche essere utilizzati come reciproci mezzi di interpretazione.¹²³ Se è vero che i diritti umani rappresentano norme "general", che si avvalgono delle norme di diritto

¹²¹ ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2010. "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?". In *International Law and Justice Colloquium New York University (NYU)*, 26 February 2007.

¹²² *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

¹²³ GREPPI, E. *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*. In PINESCHI, L. (a cura di). *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, pag. 86.

umanitario, “specifiche”, è possibile che le norme di diritto umanitario si avvalgano dell’intervento delle Corti chiamate a pronunciarsi sulla violazione di diritti umani, i cui *dicta* giurisprudenziali sono più ingenti rispetto alle pronunce relative al diritto umanitario.¹²⁴ La tesi della complementarità deve essere analizzata attraverso la tutela dei diritti dell’uomo sotto il controllo e l’autorità di una parte del conflitto: in particolare, la detenzione e l’uso della forza da parte dei *law enforcement officials*. In proposito, l’art. 75 del I Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1977, redatto sulla falsariga dell’art. 14 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, delimita un livello di tutela minimo fondamentale per un diritto a un processo equo, che invece per i diritti umani è inderogabile *in toto*.¹²⁵ Inoltre, la complementarità può evincersi in relazione ai diritti economici, sociali e culturali, nonostante la dottrina sia stata sempre propensa ad analizzare la complementarità in relazione ai diritti civili e politici. Tuttavia, nella prassi si evince la necessità di un’analisi dell’applicabilità dei diritti economici e sociali nell’ambito dei conflitti armati, in relazione alla quale il diritto umanitario contiene disposizioni più precise rispetto ai diritti umani, nell’ambito dei quali, sussiste una copiosa giurisprudenza.¹²⁶ Inoltre, i diritti umani rappresentano uno strumento valido per reprimere le lacune presenti nel diritto umanitario in riferimento alla IV Convenzione di Ginevra, con particolare riferimento al diritto dell’occupazione bellica.¹²⁷ Un particolare esempio di complementarità deve ravvisarsi nella Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione n. 61/117 del 20 dicembre 2006, e che assume una particolare rilevanza in merito.¹²⁸ In particolare, l’art. 24, comma secondo della Convenzione può considerarsi ricavato dall’art. 32 del I Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, così come i diritti di

¹²⁴ DROEGE, C. *The interplay between International Humanitarian law and Human Rights Law in situations of armed conflicts*, cit., pag. 341.

¹²⁵ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*, 31 agosto 2001, § 16.

¹²⁶ In proposito, si veda 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. In particolare,

¹²⁷ UN Doc. E/C.12/1/Add. 90, 23 maggio 2003, §§ 11 e 19. UN Doc. CRC/C/15/ Add. 195, 9 ottobre 2002.

¹²⁸ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, G.A. res. 61/177, U.N. Doc. A/RES/61/177 (2006), adopted Dec. 20, 2006.

informazione delle famiglie sono stati influenzati dall'art. 18 della IV Convenzione di Ginevra: la complementarità si verifica quando, reciprocamente, diritti umani e diritto umanitario enucleano diritti posti a tutelare gli individui dagli abusi di potere delle persone che li controllano.¹²⁹

Ciò considerato, per quanto concerne il principio della *lex specialis*, tale tesi si applica nei casi in cui diritti umani e diritto umanitario risultino incompatibili in riferimento alla protezione di specifici diritti, dovendosi pertanto garantire la prevalenza della disposizione normativa che tutela in modo più completo una specifica condotta.¹³⁰ I principali riferimenti concernono il diritto alla vita, la cui tutela varia in dipendenza dell'applicabilità dei diritti umani o del diritto umanitario. Nel primo caso, l'uso della forza letale è tollerato soltanto qualora sia misura necessaria a fronte di un pericolo imminente. Invece, nel diritto umanitario l'uso della forza letale è tollerato e sono accettate anche perdite accidentali. Specificamente, in riferimento ai diritti umani, qualora l'operazione preveda l'uso della forza, essa deve essere pianificata senza considerare il ricorso alla forza letale, particolare che non sussiste nel diritto umanitario. Pertanto, deve sottolinearsi che anche il principio di proporzionalità viene assimilato in modo diverso, a seconda del sistema normativo considerato: in relazione ai diritti umani, la proporzione si applica fra 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*.¹³¹ Nella prassi, pertanto, la *lex specialis* rappresenta uno strumento interpretativo, in virtù del quale quando uno dei sistemi giuridici in esame è più specifico dell'altro, il primo verrà utilizzato come paradigma interpretativo del secondo. Tale approccio, suggellato dalla Corte Internazionale di Giustizia, trova fondamento anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, nella maggior parte dei casi, pur non richiamando direttamente le norme di diritto umanitario, le utilizza come

¹²⁹ DROEGE, C. *The interplay between International humanitarian law and human rights law in situations of armed conflicts*, cit., pag. 344.

¹³⁰ In proposito, si veda MERON, T. *On the inadequate reach of humanitarian and human rights norms and the need for a new instrument*, cit., p. 241.

¹³¹ Occorre puntualizzare che non è assoluta l'applicabilità esclusiva del diritto umanitario durante un conflitto armato, essendo possibile ritenere applicabili i diritti umani in quelle specifiche situazioni in cui vi siano, all'interno di un conflitto armato, operazioni di *law enforcement*, fenomeno particolarmente presente nelle operazioni militari.

strumento di interpretazione delle norme sui diritti umani in quei casi specifici in cui si sia trovata a pronunciarsi su presunte violazioni nell'ambito di un conflitto armato. In particolare, nel caso *Ergi c. Turchia*, la Corte faceva riferimento all'art. 57, comma secondo, lett. a) del I Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, parlando 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*".¹³² Tuttavia, nel caso *Varnava e altri c. Turchia*, la Corte europea ha evocato espressamente il diritto umanitario, ammettendolo come strumento di interpretazione degli obblighi già riscontrabili nella Convenzione europea.¹³³

In aggiunta, anche la Corte Inter-Americana dei diritti dell'uomo ha apportato un rilevante contributo in merito alle conseguenze di un'interazione fra i sistemi giuridici in esame. Infatti, nel caso *Las Palmeras*, la Corte ha stabilito di poter decidere sulle violazioni del diritto alla vita «*in a way which is coextensive with the norm of general international law embodied in Article 3 common to all the Geneva Conventions*». ¹³⁴ Inoltre, nel caso *Bamaca Velasquez*, la stessa Corte ha sostenuto che, in un conflitto armato interno, la Convenzione americana non esonera lo Stato parte dal pieno rispetto della medesima, ma lo obbliga ad agire in ossequio alle

¹³² Corte europea dei diritti umani, *Ergi c. Turchia*, 66/1997/850/1057, 28 luglio 1998, § 79. Per quanto riguarda le sentenze in cui la Corte europea si è espressamente pronunciata sul diritto umanitario, si vedano:

Corte europea dei diritti umani, *Finogenov e altri c. Russia*, 18299/03 e 27311/03, 20 dicembre 2011, § 208; *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.

¹³³ In proposito, si veda 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, con particolare riferimento al § 178, in cui la Corte sosteneva che "*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*".

¹³⁴ In proposito, si veda IACtHR, *Las Palmeras Case*, Judgement on preliminary objections (III), 4 febbraio 2000, par. 31.

previsioni in essa contenute. Secondo tale orientamento, gli individui che non partecipano attivamente alle ostilità, ovvero posti a qualunque titolo fuori combattimento, avrebbero diritto ad un trattamento umano, senza nessuna distinzione.¹³⁵

Sebbene sembri coerente il principio della *lex specialis* nella trattazione del rapporto tra diritti umani e diritto umanitario, occorre precisare che sussistono particolari circostanze, come l'ipotesi delle garanzie procedurali ex art. 3 Comune alle Convenzioni di Ginevra, in cui le nozioni di *regularly constituted court* e *judicial guarantees* devono interpretarsi con riferimento agli strumenti in materia di diritti umani.¹³⁶ Tuttavia, il principio della *lex specialis* risulta essere il più idoneo a dirimere conflittualità normative sussistenti tra i due sistemi normativi, considerando applicabile l'uno rispetto all'altro. Dal punto di vista dottrinario, si sostiene che, nell'ambito dei conflitti armati, il diritto umanitario offra spesso la soluzione più completa che può confliggere con una norma sui diritti umani, prevaricandola. Inoltre, può verificarsi l'ipotesi in cui il diritto umanitario non si presenti come *lex specialis*, potendo ravvisarsi un'ipotesi di vuoto normativo, in relazione al quale i diritti umani sono più precisi e, dunque, preferibili in un potenziale contrasto: autorevole dottrina si è in proposito pronunciata con riferimento al diritto applicabile alle uccisioni mirate e alla detenzione di individui nell'ambito dei conflitti armati non-internazionali.¹³⁷

5.1. La detenzione amministrativa durante le operazioni militari: un'ipotesi di complementarità

La trattazione del rapporto esistente fra diritti umani e diritto umanitario deve concentrarsi in una particolare ipotesi, riscontrabile all'interno delle operazioni militari, concernente la detenzione amministrativa di individui, da cui derivano molteplici questioni riconducibili al problema del sistema normativo di riferimento. In questo caso, la confluenza di norme di entrambi i suddetti sistemi giuridici permette di verificare le conseguenze derivanti dall'interazione fra *jus ad*

¹³⁵ IACtHR, *Bámaca Velásquez Case*, Judgement, 25 novembre 2000, par. 207.

¹³⁶ HENCKAERTS-DOSWALD BECK. 2005. *Customary International humanitarian law*, Cambridge: Cambridge University Press, regola n. 6.

¹³⁷ SASSOLI, M.-OLSON, L. 2008. "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*, pp. 613-614.

bellum e jus in bello.¹³⁸ In proposito, occorre evidenziare la prassi delle operazioni militari istituite dalle Organizzazioni internazionali, che identifica molteplici detenzioni, ad opera dei *peacekeepers*, di individui durante tali operazioni; in particolare, analizzando i mandati delle operazioni, può riscontrarsi che la detenzione di individui rappresenti una conseguenza derivante dall'ingenza dei compiti.¹³⁹ È risalente, nella prassi delle Nazioni Unite, l'accettazione della detenzione di individui da parte dei propri soldati: si pensi all'operazione UNEF I, in relazione alla quale il Rapporto del Segretario Generale del 1958 sulla missione indicò che UNEF I "*exercised a limited power of detention*".¹⁴⁰ Parallelamente, occorre evidenziare l'operazione militare in Cipro, in cui i caschi blu furono autorizzati a svolgere detenzioni amministrative sulla base del seguente mandato: "*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*".¹⁴¹

Ciò considerato, sussistono simili operazioni militari che, tuttavia, essendo svolte da Organizzazioni Internazionali diverse dalle Nazioni Unite, creano rilevanti questioni in materia di tutela giuridica: in particolare, la missione KFOR della NATO in Kosovo, nell'ambito della quale si verificarono molteplici casi di detenzione e la missione

¹³⁸ Per un approfondimento sul tema, si vedano OSWALD, B. 2009. "The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention". In ARNOLD, R. 2009. *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, L'Aia, p. 197; OSWALD, B. 2011. "Detention by United Nations peacekeepers: searching for definition and categorization". In *Journal of international peacekeeping*; OSWALD, B. 2007. "The law on military occupation: answering the challenge of detention during contemporary peace operations?" In *Melbourne Journal of International Law*; DEEKS, A. S. 2007. "Administrative detention in armed conflicts". In *Case Western Journal of International Law*; PEJIC, J. "Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence". In *International Review of the Red Cross*; OLSON, L. "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*.

¹³⁹ In particolare, si veda OSWALD, B. *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in ARNOLD, R. (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, cit., p. 197. L'Autore menziona, fra le ipotesi possibili, la protezione dei civili, la protezione dello stesso personale delle Nazioni Unite, l'assistenza nel mantenimento della pace e della sicurezza e nella messa in sicurezza dell'assistenza umanitaria.

¹⁴⁰ UN Doc. A/3943, 9.10.1958, § 54.

¹⁴¹ UN Doc. S/12946, 1.12.1978, §§ 40 - 41.

INTERFET (Timor Orientale), durante la quale i *peacekeepers* furono autorizzati a detenere individui sospettati di aver commesso crimini di varia natura. I suddetti casi evidenziano come sussistano particolari fenomeni di conflittualità interstatale in cui la tutela giuridica non sia, a volte, neanche esistente. In particolare, la scelta dell'ordinamento giuridico di riferimento, considerando come base legale la detenzione e il trattamento dei detenuti, rende notevolmente differente lo scenario dal punto di vista degli obblighi dei *peacekeepers*.¹⁴² L'esistenza di una simile falla normativa ha generato, come conseguenza principale, la proposizione di ricorsi dinanzi a Corti nazionali e internazionali aventi ad oggetto il sindacato di misure detentive prese contro determinati individui. In particolare, il caso *Al Jedda c. Regno Unito* rappresenta una situazione emblematica, in cui la Corte europea veniva chiamata a pronunciarsi, in primo luogo, in merito alla detenzione del ricorrente allo Stato inglese, parte contraente della Cedu, oppure alle Nazioni Unite, sulla base delle Risoluzioni n. 1511 e 1546 del 2003 del Consiglio di Sicurezza.¹⁴³ In riferimento a tale questione, sussiste già un supporto giurisprudenziale precedente al caso in analisi, precisamente il caso *Behrami e Saramati* del 2007, in cui la Corte aveva ritenuto che le violazioni lamentate dai ricorrenti nel Kosovo occupato dalla NATO non fossero imputabili alle forze armate dei singoli Stati partecipanti alla missione, ma direttamente alle Nazioni Unite, su mandato delle quali le stesse forze NATO operavano. In quel caso, la Corte confermò la partecipazione di uno Stato contraente a un'organizzazione internazionale come attività che non esime lo Stato medesimo dal rispetto degli obblighi discendenti dalla CEDU, ma sostenne, al contempo, che quando l'organizzazione internazionale assicuri un livello di tutela di diritti fondamentali dell'individuo almeno equivalente a quello garantito dalla CEDU, deve presumersi che nel caso concreto non

¹⁴² In proposito, si veda DEEKS, A. S. *Administrative detention in armed conflicts*; OSWALD, B. 2000. "The INTERFET detainee management unit in East Timor". In *Yearbook of International Humanitarian Law*.

¹⁴³ UN Security Council (2003h), Resolution 1511, 16 October 2003. S/RES/1511 e UN Security Council, Resolution 1546, 8 June 2004. S/RES/1546 (2004). In proposito, occorre evidenziare che il Consiglio di Sicurezza aveva tentato di fronteggiare l'uso arbitrario della violenza da parte di una potenza occupante che decidesse di svincolarsi dagli obblighi internazionali derivanti dalla sua qualifica di Stato parte dell'ONU, tentando di istituire un programma che stabilisse, tramite la cooperazione del Consiglio di Governo instaurato dagli occupanti, alla ricostruzione delle istituzioni politiche statali rappresentative, nonché alla redazione di una nuova Costituzione ed allo svolgimento di elezioni politiche democratiche tutelate dalla nuova Costituzione.

si sia verificata alcuna violazione, salvo il caso di manifesta deficienza della tutela, che, in quel caso di specie, non era stata ravvisata dalla Corte.¹⁴⁴ Tuttavia, nel caso in esame, la Corte riconosceva che la detenzione del ricorrente fosse imputabile al governo inglese piuttosto che alle Nazioni Unite, sottolineando come il comando delle operazioni finalizzate al mantenimento della sicurezza in Iraq fosse unicamente in capo alle forze della coalizione militare, nonché come le stesse Nazioni Unite non ebbero mai alcun controllo sulle medesime funzioni, esercitando un'attività di supporto allo stabilimento di istituzioni democratiche, allo sviluppo economico e all'assistenza umanitaria. Oltre al problema della *jurisdiction* dell'ordinamento giuridico britannico, la Corte doveva pronunciarsi sulle questioni più rilevanti: in primo luogo, stabilire se le suddette Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, o comunque i poteri-doveri incombenti sullo Stato inglese in quanto potenza occupante ai sensi del diritto internazionale umanitario, implicassero anche il potere-dovere di detenere individui considerati pericolosi per la sicurezza pubblica, affinché tali misure si rivelassero necessarie rispetto allo scopo; in secondo luogo, se il suddetto dovere prevalesse sugli obblighi di rispetto dell'art. 5 CEDU da parte dell'ordinamento giuridico britannico ex art. 15 CEDU e quelli di fonte ONU, nel caso di un conflitto fra i medesimi ai sensi dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite.¹⁴⁵ In merito alla prima questione, la Corte

¹⁴⁴ Corte Europea dei Diritti Umani, *Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, dec. 2 maggio 2007, ric. n. 71412/01 e 78166/01.

¹⁴⁵ Occorre sottolineare che tale questione era sempre stata evitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma era divenuta oggetto di una rilevante sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Kadi* del 2008, con cui venivano annullati una serie di regolamenti che stabilivano il congelamento di beni di persone ed enti sospetti di attività terroristiche, emanati sulla base di corrispondenti risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Il Tribunale di prima istanza dell'Unione europea aveva respinto il ricorso di alcuni soggetti colpiti da tale misura, che lamentavano specificamente di non aver potuto beneficiare delle garanzie giurisdizionali riconosciute dall'art. 6 CEDU, in quanto principi generali del diritto dell'unione europea, principalmente sulla base del fatto che l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite determinerebbe a carico di tutti gli Stati contraenti la prevalenza degli obblighi sanciti da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza rispetto ad ogni altro obbligo internazionale, compreso l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali nell'estensione loro riconosciuta dalla CEDU. La Corte di Giustizia aveva sostenuto che, pur non essendo la giurisdizione UE competente a sindacare la legalità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, essa resta competente a sindacare la legalità degli atti comunitari adottati in attuazione di tali risoluzioni, nonché che i diritti umani, quanto meno nell'estensione loro riconosciuta dalla CEDU, costituiscono condizione essenziale di legittimità di qualsiasi atto comunitario. In proposito, si veda Corte di Giustizia

aveva negato che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza imponessero allo Stato inglese di procedere alla detenzione di sospetti terroristi senza alcuna garanzia giurisdizionale e senza la possibilità di un processo penale entro un breve periodo di tempo. In questo modo, la Corte non riconosce, alla base della questione in esame, alcun conflitto tra le due categorie di obblighi (di fonte CEDU e di fonte ONU), ed evita di affrontare lo spinoso nodo rappresentato dall'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite. Alla luce della costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui l'art. 5 non consente allo Stato di internare o di detenere soggetti pericolosi allorché non vi sia la volontà di formalizzare un'imputazione e iniziare un processo penale entro ragionevole lasso di tempo, e dopo aver rimarcato che lo Stato inglese non ha formalizzato alcuna dichiarazione di deroga all'art. 5 ai sensi dell'art. 15 CEDU in relazione alla propria missione militare in Iraq, la Grande Camera della Corte di Strasburgo aveva rilevato che, ai sensi dell'art. 1 della Carta, le Nazioni Unite hanno il compito di mantenere la pace e la sicurezza tra le Nazioni, ma anche quello di favorire una cooperazione internazionale per promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Inoltre, in base all'art. 24 della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui il Consiglio di Sicurezza, nell'adottare le proprie risoluzioni, deve attenersi agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite sanciti dall'art. 1. In base a ciò, la Corte aveva individuato una regola interpretativa secondo cui deve presumersi che il Consiglio di Sicurezza non intenda imporre agli Stati membri delle Nazioni Unite alcun obbligo di violare i principi fondamentali in materia di diritti umani, ogni volta che il testo della risoluzione non sia univoco in tal senso.

All'interno di una simile interpretazione conforme ai diritti umani, la Corte di Strasburgo doveva scegliere il criterio interpretativo che fosse più armonico con i requisiti della Convenzione ed evitare il sorgere di conflitti di doveri in capo agli Stati parte delle due organizzazioni internazionali. In base a tale interpretazione, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che rientrano nel caso di specie, che autorizzavano meramente le forze armate della coalizione ad adottare tutte le misure necessarie per il mantenimento della sicurezza e della stabilità in Iraq, non possono essere interpretate come se autorizzassero, o addirittura

dell'Unione Europea, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, sent. 3 settembre 2008, proc. riuniti n. C-402/05 E C-415/05 P.

imponessero di adottare una politica di detenzioni preventive senza limiti di tempo e senza garanzie giurisdizionali di sospetti terroristi, in violazione degli obblighi internazionali di rispetto dei diritti umani gravanti sugli stessi Stati membri della coalizione, ed in particolare di quelli derivanti dall'art. 5 CEDU. Pertanto, la clausola relativa a "tutte le misure necessarie" deve interpretarsi come implicitamente limitata dal rispetto degli obblighi internazionali in parola, e precisamente da quelli concernenti la protezione della libertà personale: ciò anche in considerazione delle costanti prese di posizione degli stessi rappresentanti delle Nazioni Unite in Iraq contro la pratica delle detenzioni preventive, fenomeno in atto da parte delle forze armate angloamericane. Inoltre, secondo l'orientamento della Corte, una simile pratica non può ritenersi imposta dal diritto internazionale umanitario, con la conseguenza di rendere inapplicabili per questa via le garanzie sancite dall'art. 5 CEDU, in quanto, anche nel caso in cui Stati Uniti e Regno Unito fossero considerati come *potenze occupanti* in base al diritto umanitario convenzionale anche in seguito al passaggio di poteri al governo civile iracheno, costituitosi nel giugno 2004, nessuna norma pattizia afferma espressamente un simile dovere a carico delle potenze occupanti. Infine, non si potrebbe giustificare alcuna deroga all'art. 5 sulla base dell'accordo bilaterale conclusosi tra Stati Uniti e governo iracheno, in quanto, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, gli obblighi derivanti dalla CEDU prevalgono su qualsiasi obbligo internazionale assunto dagli Stati contraenti posteriormente alla stipula della CEDU.¹⁴⁶ Dunque, la Corte aveva stabilito che la detenzione del ricorrente, avvenuta per un periodo superiore a tre anni in una prigione inglese di Bassora, senza alcuna garanzia giurisdizionale e senza processo, costituiva una violazione dell'art. 5, § 1 CEDU. Le sentenze *Al Jeddah* e *Al Skeini* confermano che gli Stati contraenti esercitano la loro giurisdizione ex art. 1 CEDU, nei confronti di tutti gli individui privati della propria libertà personale e detenuti da propri agenti, indipendentemente dal fatto che si trovino all'interno o all'esterno del proprio territorio nazionale (*espace juridique*) convenzionale. Dunque, nel caso specifico di consegna di un prigioniero detenuto dallo Stato membro al di fuori del proprio territorio a uno Stato in cui egli corra il

¹⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, sent. 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08.

rischio di subire un pregiudizio particolarmente grave e rilevante, lo Stato ha l'obbligo ex art. 1 CEDU di assicurare la pienezza dei diritti convenzionali, tra cui il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, nonché le garanzie ex art. 5 CEDU, quali il diritto di accesso alla giustizia, grazie a cui permettere a un giudice imparziale di esaminare la legittimità della detenzione subita e di ordinare la liberazione del detenuto in caso di detenzione illegittima. Tali garanzie non vengono meno nemmeno in presenza di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che legittimino lo Stato parte della CEDU ad adottare *tutte le misure necessarie* per il mantenimento della sicurezza nei territori in cui si svolgono operazioni militari su mandato o autorizzazione del Consiglio medesimo: ciò indipendentemente dalla prassi adottata in materia dagli Stati e, in particolare, dai contingenti alleati in Afghanistan e Iraq nell'ultimo decennio in nome della *global war on terrorism*.¹⁴⁷ In particolare, se la sentenza *Al Jeddah* condanna la prassi delle detenzioni preventive, non assistite da garanzie giurisdizionali, limitazioni che pregiudicano in modo assoluto il rispetto dell'art. 5 CEDU, la sentenza *Al Skeini* afferma che i militari dello Stato contraente, impegnati in operazioni di mantenimento della sicurezza e della stabilità di altri Stati, sono anche responsabili delle violazioni del diritto alla vita degli individui che si trovano nei territori su cui tali operazioni hanno luogo. In ogni caso, ciò che traspare da queste pronunce è la frequente tendenza della Corte ad adottare orientamenti oscillanti fra il *modello territoriale* del controllo effettivo dell'area in cui la singola operazione si svolge, la cui operatività deve essere analizzata case-by-case circa l'intensità della presenza militare dello Stato contraente sul territorio in questione, e il *modello personale* del controllo sulla persona ad opera di un agente dello Stato (criterio al quale la Corte sembra riferirsi). Tuttavia, un principio di diritto cristallizzato è l'obbligo, da parte dei militari impegnati in operazioni all'estero di natura non strettamente bellica, ovvero quando cessa l'eventuale fase di confronto militare diretto con le forze armate avversarie, di attenersi non solo alle norme di diritto internazionale umanitario, ma anche alle regole sull'uso della forza letale discendenti dall'art. 2 CEDU.

¹⁴⁷ In proposito, si veda BORELLI, S. 2005. "Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror". In *The International Review of the Red Cross*, vol. 87, no. 857, pp. 39-68.

Pertanto, in riferimento ai suesposti casi di specie, la complementarità tra diritti umani e diritto umanitario rileva in relazione a due fattori: in primo luogo, qualora si manifesti l'applicabilità del diritto umanitario, il diritto dei diritti umani dovrebbe considerarsi come *lex specialis* da considerarsi come principio interpretativo per le norme di diritto umanitario; in secondo luogo, i diritti umani possono costituire l'unica protezione applicabile in caso di mancata applicazione del diritto umanitario. Dunque, le operazioni militari rappresentano un fenomeno particolarmente rilevante per riscontrare un'ipotesi di complementarità, alla luce del fatto che i diritti umani possono rappresentare un parametro interpretativo per chiarire il significato di alcune norme di diritto internazionale umanitario, ma possono, alternativamente, rappresentare una garanzia esclusiva di protezione quando il diritto internazionale umanitario non venga applicato.

6. *Diritto umanitario e diritti umani: la dicotomia fra hard law e soft law*

Nel percorrere il cammino dell'interazione, risulta necessario affrontare la questione dell'efficacia giuridica da attribuire a due ambiti del diritto internazionale che suscitano non poche questioni in proposito. L'accezione di *soft law* nel diritto internazionale rileva nella sua componente esortativa rispetto a quella giuridicamente prescrittiva, riconducibile agli obblighi e, pertanto considerabile più come una promessa che come un obbligo giuridico. In questo senso, il *soft law* si presenta come un *continuum* presente all'interno dei trattati internazionali, implicante un affievolimento dell'efficacia giuridica degli stessi. Gli strumenti di *soft law*, la cui origine si rinviene nella dottrina anglo-americana, hanno una natura esortativa, e rispecchiano la metamorfosi del diritto internazionale verso ambiti di tutela che, in passato, non ricevevano un'adeguata attenzione, e che comprendono l'argomentazione di questioni da parte delle organizzazioni internazionali, in merito alle quali non si ravvisa una convergenza uniforme da parte degli Stati. La definizione di *soft law* si rinviene in impegni, dichiarazioni politiche, risoluzioni che, pur non prevedendo una natura giuridica vincolante, assumono un valore politico e morale solenne, e impegnano gli Stati dal punto di vista morale, suggerendo ad

essi un parametro di comportamento.¹⁴⁸ In proposito, parte della dottrina ha sostenuto che, in determinati casi, gli strumenti di *soft law* possono essere dichiarativi, o indicativi dell'esistenza, di una norma consuetudinaria o contribuire ad una sua cristallizzazione, nonostante le condizioni necessarie che devono sussistere sono sempre quelle indicate per la rilevazione delle norme consuetudinarie, ovvero la *diuturnitas* e la *opinio juris ac necessitatis*.¹⁴⁹ Diversamente, per *hard law* si intende una categoria ideale, riconducibile a obblighi giuridicamente vincolanti e specifici (o che possono divenire specifici attraverso il giudizio o l'emaneazione di norme dettagliate) che delegano l'autorità per interpretare e implementare il diritto.¹⁵⁰

La struttura del diritto internazionale e del suo sistema di fonti permette di identificare gli Stati come destinatari e parti di un sistema giuridico basato sul principio di sovranità, che non prevede - *de jure* ma non *de facto* - la presenza di soggetti sovraordinati ad essi, e questo fattore determina due specifiche conseguenze: in primo luogo, la comunità internazionale avrebbe una struttura "anarchica", essendo essa tendenzialmente priva di organismi in grado di obbligare i soggetti parti a mantenere una specifica condotta.¹⁵¹ L'enucleazione degli strumenti di

¹⁴⁸ GUZMAN, A. T.-MEYER, T. L. "International Soft Law". In *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, No. 1, pag. 174.

¹⁴⁹ CASSESE, A. *Diritto internazionale*, pag. 231. L'Autore sottolinea che alcune dichiarazioni, pur non essendo contrassegnate dall'obbligatorietà, contribuiscono alla formazione dei principi di diritto internazionale e, in particolare, rappresentano sempre la base necessaria per la formazione di norme generali in quanto determinative dei comportamenti da parte degli Stati. Inoltre, per un approfondimento, si veda WEIL, P. 1983. "Towards Relative Normativity in International Law?". In *American Journal of International Law*, Vol. 77, Pag. 413. L'Autore sottolinea la rilevanza del *soft law* in riferimento alla completezza e al significato delle regole che lo caratterizzano, a differenza delle norme giuridiche *tout court* che, pur garantendo un'efficacia giuridica, risultano complesse da applicarsi nella prassi: *the term "soft law" is not used solely to express the vague and therefore, in practice, un compelling character of a legal norm but is also used at time to convey the sublegal value of some non-normative acts, such as certain resolutions of the international organizations . . . It would seem better to reserve the term "soft law" for rules that are imprecise and not really compelling, since sublegal obligations are neither "soft law" nor "hard law"; they are simply not law at all. Two basically different categories are involved here; for while there are, on the one hand, legal norms that are not in practice compelling, because too vague, there are also, on the other hand, provisions that are precise, yet remain at the pre- or sub-normative stage. To discuss both of these categories in terms of "soft law" or "hard law" is to foster confusion.*

¹⁵⁰ SHAFFER, G. C.-POLLACK M. A. 2011. "Hard Versus Soft Law in International Security". In *Boston College Law Review*, Vol. 52, Issue 4, pag. 1160.

¹⁵¹ Il sistema delle fonti del diritto internazionale prevede atti o fatti immediatamente precettivi, ma che non sono sanzionabili in quanto tali, almeno sul piano internazionale. Ciò rappresenta un fattore fondamentale, in quanto si può sostenere che il diritto

soft law del diritto internazionale non può tralasciare le peculiarità del sistema delle fonti di tale sistema normativo, in quanto non esiste alcun soggetto in esso, sul piano internazionale, in grado di approntare specifici strumenti di carattere coattivo, determinanti per garantire una concreta effettività alle norme, mantenendosi, pertanto una netta dicotomia tra il suddetto carattere e l'elemento dell'efficacia giuridica.¹⁵² Tuttavia, nel diritto internazionale, la differenza fra *hard law* e *soft law* è meno netta se si pensa al trattato, fonte del diritto generale, che rappresenta un atto giuridico creato dalla convergenza di volontà di due o più Stati, in quanto la norma internazionale vincola i destinatari in virtù di una scelta indipendente e autonoma dello Stato parte di impegnarsi a rispettare tale trattato, nonché a sottomettersi alle norme pattuite.¹⁵³ Tuttavia, l'evanescenza dell'efficacia giuridica si rinviene in senso temporale, in quanto la necessità di una determinazione ad impegnarsi *ex ante* viene svilita, dal punto di vista pratico, dalla

internazionale non comprende, in senso assoluto, atti produttivi di norme giuridiche, adottati da organismi internazionali, dotati di efficacia vincolante. In proposito, si veda TANZI, A. 2006. *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*. Cedam: Padova, pag. 66; PANEBIANCO, M. 2007. *Diritto internazionale pubblico*. Editoriale Scientifica: Napoli. In particolare, i meccanismi di coazione delle norme di diritto internazionale aventi carattere cogente sono essenzialmente di due tipi: da una parte, un meccanismo avente natura giuridica, avente ad oggetto l'applicazione da parte dei giudici nazionali ad applicare queste norme, che si configura come osservanza spontanea; dall'altro lato, un meccanismo di autotutela, in virtù del quale lo Stato parte di un trattato può reagire in via diretta al mancato adempimento di una delle altre parti, attraverso l'adozione di specifiche contromisure. Occorre puntualizzare che l'applicazione delle norme internazionali da parte dei giudici statali comporta la contestuale presenza di due fattori: da una parte, le norme internazionali devono attribuire ad un soggetto del diritto interno un diritto azionabile in sede giurisdizionale; dall'altro lato, è necessario che le norme da applicare siano state inserite all'interno dell'ordinamento giuridico statale e che, al momento dell'applicazione, vi permangano ancora. Inoltre, in relazione alle "contromisure", autorevole dottrina ha sostenuto che esse sono finalizzate a far cessare la violazione del diritto internazionale da parte del soggetto offensore, potendosi, pertanto, considerare legittime siano a quando esse perdurano. Le contromisure consistono nel diritto dello Stato *vittima* dell'inadempimento di porre in essere, nei confronti dello Stato *offensore*, comportamenti generalmente vietati dal diritto internazionale, eccetto quelli vietati da norme di *jus cogens*, ma che si giustificano proprio in virtù della violazione degli impegni assunti, nei suoi confronti, dal soggetto inadempiente. In proposito, si veda CONFORTI, B. *Diritto Internazionale, cit.*, pag. 380; ARCARI, M. 2006. *La responsabilità internazionale*. In SCOVAZZI, T. (a cura di) 2006. *Corso di diritto internazionale*. Milano.

¹⁵² In proposito, MOSTACCI, E. 2008. *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*. Wolters Kluwer Italia, pag. 53.

¹⁵³ WEINER, J. R. 1995. *Hard facts meet soft law - The Israel-PLO Declaration of Principles and the Prospects for Peace: a Response to Katherine W. Meighan*. In *Virginia Journal of International Law*, pagg. 931-940.

mancanza di efficaci meccanismi di coazione *ex post*, non raggiungendosi le esigenze reali cui risponde la norma giuridica.¹⁵⁴

In secondo luogo, la necessaria dichiarazione di volontà da parte dello Stato al fine del sorgere della norma giuridica deve essere analizzata a seconda dello strumento di *soft law* a cui si fa riferimento. Infatti, per quanto riguarda gli accordi non vincolanti (*non-binding agreements*), la necessità del consenso è il motivo che spinge a concludere un accordo privo degli effetti vincolanti ad esso ricondotti. In questo caso, l'attribuzione di una struttura *soft* rappresenta l'elemento determinante per evitare divergenze che allontanerebbero gli Stati dall'adozione di tale accordo: la perdita dell'efficacia giuridica e dell'effettiva applicazione pratica delle norme viene superata dalla "promessa" fatta dagli Stati contraenti di garantire un comportamento conforme a quanto indicato nell'accordo. L'elemento che garantisce ai *non-binding agreements* di produrre effetti si rinviene nella necessità di coordinare l'intervento politico-giuridico degli Stati in determinati ambiti, bisognosi di un'azione comune da parte dei soggetti che esercitano una potestà di imperio sui vari territori.¹⁵⁵ In particolare, all'interno della categoria degli atti delle organizzazioni internazionali, tralasciando le raccomandazioni che, indubbiamente, rappresentano un ambito prettamente di *soft law*, occorre evidenziare le risoluzioni, atti che, dal punto di vista teorico - ovvero qualora ciò sia previsto espressamente dai trattati istitutivi dell'organizzazione adottante - possono canalizzare norme di *hard law*. Nonostante sussista una volontà degli Stati a non assoggettarsi al potere normativo altrui, determinandosi un'eccezione nel garantire un'attribuzione simile alle organizzazioni internazionali, questa tipologia di atti ha un suo rilievo sul piano internazionale, potendo essi produrre

¹⁵⁴ KIRSNER, M. 1996. "Consumer's Union of U.S., Inc. v. Kissinger: a Domestic Response to Soft Law in the International Normative System". In *Journal of International Legal Studies*, no. 2, pag. 46. L'Autore specifica che "agreements without legally binding effect, essential to soft law is the expectation that participating states will give serious consideration to the express content and accord due respect to the mutual interests implicitly declared in these instruments". Inoltre, l'Autore sostiene che "the normative system of international law is increasingly comprised of legal standards of vague substance known as "soft law". Such provisions do not create legally enforceable rights and duties. Rather, these provisions may be unilateral, voluntary, and enacted outside of official diplomatic channels. The soft law phenomenon is primarily embodied in economic and political treaties providing for preliminary consultations of negotiations, as well as resolutions of international organizations".

¹⁵⁵ SCHACHTER, O. 1977. "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements". In *American Journal of International Law*, Vol. 71, pag. 296.

effetti giuridici indiretti. Attraverso lo strumento della risoluzione, sono state adottate Dichiarazioni di principi che, a partire dalla seconda metà del novecento, hanno improntato una nuova struttura del diritto internazionale.¹⁵⁶

Ciò considerato, mette conto evidenziare in che modo il diritto internazionale umanitario si ponga in riferimento ai due ambiti di *hard law* e *soft law*. In relazione alle situazioni di violenza bellica, risulta fondamentale l'evoluzione dell'orientamento delle Nazioni Unite che, in un primo momento, risultava essere estraneo alla trattazione del diritto di guerra, non potendo quest'ultimo collocarsi nella Carta delle Nazioni Unite, ma, successivamente, concedeva l'influenza del diritto dell'ONU nei confronti del diritto di Ginevra, attraverso specifici procedimenti di *soft law* e di *hard law*. In quest'ultimo caso, risultano basilari le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza volte a rafforzare il rispetto dei diritti umani e del diritto umanitario in specifiche situazioni di violenza.¹⁵⁷ La questione se il diritto umanitario debba essere considerato *hard* o *soft law* deve essere affrontata attraverso la focalizzazione della tipologia di conflitto - conflitto armato internazionale o guerra civile - e del tipo di attore parte - Stato o *non-State* - considerato. Ciò considerato, nonostante sussistano differenti aspetti della guerra adatti ad una regolamentazione giuridica attraverso trattati e accordi giuridici formali, si possono riscontrare altri e differenti ambiti che richiedono una regolamentazione contrassegnabile come *soft*, in particolare riconducibile a strumenti non vincolanti, meccanismi di autoregolamentazione o codici di condotta. In questo senso, occorre identificare quale meccanismo giuridico garantisca la regolamentazione più efficace e umana nei conflitti armati. In particolare, le Risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 2444 (XIII) del 19 dicembre 1968, n. 2597 (XXIV) del 16 dicembre 1969, n. 2674 (XXV) e n. 2675 (XXV) del 9 dicembre 1970, relative al rispetto dei diritti umani e dei principi fondamentali in materia di protezione della popolazione civile nei conflitti armati, rappresentano un orientamento costante a che la tutela della persona non risulti una facoltà, ma si mantenga come obiettivo preminente nel

¹⁵⁶ L'esempio tipico è la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, le cui caratteristiche hanno rappresentato la base teorica su cui improntare la struttura dei Patti Internazionali del 1966, aventi natura giuridica vincolante.

¹⁵⁷ SAULLE, M.R. 1999. *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli.

contenimento delle ostilità, indipendentemente dal fatto che si tratti di accordi non vincolanti o di trattati internazionali.¹⁵⁸

¹⁵⁸ UNITED NATIONS, General Assembly, *Respect for human rights in armed conflict*, UN doc. 2444 (XIII), New York, 19 dicembre 1968; UNITED NATIONS, General Assembly, *Respect for human rights in armed conflict*, UN doc.2597 (XXIV), New York, 16 dicembre 1969; UNITED NATIONS, General Assembly, *Respect for human rights in armed conflict*, UN doc. 2674 (XXV), New York, 9 dicembre 1970; UNITED NATIONS, General Assembly, *Basic principles for the protection of civilian population in armed conflict*, UN doc. 2675 (XXV), New York, 9 dicembre 1970.

Capitolo II

“L’applicazione dei diritti umani in tempo di guerra: i confini del diritto umanitario, le clausole di deroga e lo stato di emergenza”

Sommario: 1. Lo stato di emergenza nel diritto internazionale - 2. Il meccanismo derogatorio nel diritto internazionale dei diritti umani - 3. Le clausole di deroga ai diritti umani nei conflitti armati: dallo *jus ad tumultum* allo *jus in tumultu* - 4. La dottrina del margine di apprezzamento - 5. La contrapposizione fra diritto umanitario e diritti umani nel meccanismo derogatorio - 5.1. L’interazione nei conflitti armati internazionali - 5.2. La contrapposizione nei conflitti armati interni - 5.2.1. La questione siriana: dal dissenso alla guerra - 6. Stato d’emergenza e diritto umanitario: fra *internal disturbances and tensions* e conflitto armato - 7. Clausole di deroga e diritto umanitario fra necessità e proporzionalità - 8. Conclusioni: stato di emergenza come stato di eccezione?

1. Lo stato di emergenza nel diritto internazionale

La legittimazione di strumenti di deroga all’applicazione dei diritti umani nel conflitto armato rappresenta una questione assolutamente rilevante per delimitare i poteri consentiti agli Stati nella conduzione delle ostilità. Tale problematica consente di individuare le contraddizioni intrinseche ai sistemi giuridici europeo e internazionale nella considerazione dei diritti umani come *jus cogens*. In particolare, occorre preliminarmente identificare lo “stato di emergenza” come specifica condizione in cui uno Stato, a fronte del bisogno di proteggere la sua sopravvivenza, minacciata da un pericolo rilevante ed eccezionale, istituzionalizza un regime giuridico straordinario e, presumibilmente, temporaneo, che riduce il livello di protezione dei diritti umani fondamentali, a volte pregiudicandone struttura e funzione.¹⁵⁹ In termini

¹⁵⁹HAFNER-BURTON, EMILIE - HELFER, LAURENCE - FARISS, CHRISTOPHER. 2011. “Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties”. *International Organization*, Vol. 65, pp. 673-707. In base a questo studio, la risposta di uno Stato ad un’emergenza pubblica è il banco di prova del suo impegno all’effettiva attuazione dei diritti umani. Infatti, alcuni importanti accordi sui diritti umani tengono conto di queste minacce, autorizzando gli Stati a “fuggire” temporaneamente da alcuni degli impegni convenzionali assunti durante il periodo di crisi, assoggettando la sospensione dei diritti di un sistema accuratamente calibrato di limitazioni a garanzie, notifiche e procedure di ricorso. Quando uno Stato deve affrontare una minaccia alla sua sicurezza o alla sua sopravvivenza, la pressione per adottare misure di emergenza, in particolare le sospensioni delle libertà civili e politiche che lo Stato ha già impegnato a sostenere, è spesso travolgente. I redattori del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e delle Convenzioni europea e americana per i diritti umani erano consapevoli di tali pericoli. La crisi rappresenta un evento di cui uno Stato può beneficiare per rafforzare le proprie competenze, smantellare le istituzioni democratiche e reprimere gli oppositori politici. In particolare, la deroga a un trattato sui diritti umani rafforza la pretesa dello Stato che si trova ad affrontare una vera e propria crisi e, in base a questo studio, sembrerebbe che le democrazie stabili e gli Stati con tribunali legittimati a

generali, la necessità di creare un istituto giuridico dell'emergenza rappresenta un'istanza rimasta prevalentemente nell'alveo dottrinario, non essendo stato possibile circoscrivere una definizione né tantomeno una norma giuridica che garantissero i limiti entro cui determinati eventi eccezionali si manifestano all'interno di un ordinamento giuridico. Tuttavia, nonostante le molteplici e copiose analisi in proposito, occorre comunque delimitare i confini di un evento tanto specifico quanto ostico. L'emergenza rappresenta ogni situazione in cui le norme giuridiche vigenti si dimostrano strumenti inadeguati per eliminare pregiudizi, potenziali e sussistenti, ai principi cardinali di un ordinamento giuridico - in particolare, i beni giuridici costituzionali - derivanti da eventi naturali o comportamenti umani imprevedibili o imprevedibili: guerre, crisi economiche, catastrofi naturali, reati specifici (criminalità organizzata, terrorismo internazionale).¹⁶⁰ Nonostante la crisi emergenziale possa essere distinguibile per i caratteri di eccezionalità, temporaneità e urgenza, la principale questione in essere è se non sussistano divergenze riscontrabili fra conflitto armato e fenomeno emergenziale, tali da implicare criteri discretivi fra questi due eventi.¹⁶¹

revisionare l'azione esecutiva non dovrebbero porre in essere deroghe particolarmente rigide, cioè dovrebbero astenersi dall'attuare una simile prassi. Se una deroga diventa la soluzione di lunga durata o addirittura permanente, gli elettori e i tribunali impareranno che l'azione è solo una comoda scusa per reprimere diritti. Le deroghe possono dimostrare quanto profondamente uno Stato è incorporato nel sistema giuridico internazionale che protegge i diritti umani. Questa teoria si ricava dalla premessa che gli accordi sui diritti umani funzionano principalmente come dispositivi di *screening*, attirando i membri che sostengono i trattati; inoltre, un'altra teoria stabilisce che le deroghe forniscano un meccanismo utile ai governi per sostenere il loro futuro impegno al rispetto delle libertà individuali. In base a tale orientamento, la deroga assurgerebbe a modello politico, comprendente un comportamento auto-vincolante, per spiegare il rispetto dei diritti umani.

¹⁶⁰ In proposito, si veda BENAZZO, A. 2004. *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*. Torino: Giappichelli, pagg. 8-9; MAZZARITA, G. 2003. *L'emergenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, pagg. 13-17; BONETTI, P. 2006. *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*. Bologna: Il Mulino, pag. 61.

¹⁶¹ L'analisi del rapporto tra emergenza e guerra rappresenta il fulcro della questione relativa ai limiti imponibili a un ordinamento giuridico in cui lo stato di diritto rappresenti il principale confine oltre il quale non è possibile andare, così da impedire che il modello politico-giuridico democratico possa essere sospeso senza nessuna conseguenza, o addirittura senza che sussistano gli strumenti necessari per garantire la presenza del diritto anche quando esso viene negato e sospeso. In ambito dottrinario, Schmitt intuiva la complessa impresa di definire a livello giuridico l'emergenza, sostenendo che "non si può affermare con chiarezza incontrovertibile quando sussista un caso di emergenza, né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento." In proposito, si veda SCHMITT, C. 1934, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*. München-

L'istituzionalizzazione di una circostanza emergenziale all'interno di uno *stato di diritto* rappresenta un'antitesi particolarmente complessa, volta a scardinare i presupposti logici ed etici su cui si impronta un modello politico-giuridico che si contraddistingue per la predominanza, al suo interno, del *rule of law*. Il diritto internazionale dei diritti umani convenzionale prevede una concezione del diritto che non tiene conto pienamente delle questioni giuridiche e politiche di fondo, così come il diritto internazionale umanitario, che si manifesta come supporto etico-giuridico volto a prescrivere il comportamento necessario da tenersi durante un conflitto armato. Questa concezione si basa pesantemente su un modello di *rule of law*, al contrario di un modello di sovranità, nonché sulla dicotomia giuridica fra normalità ed eccezione, sebbene senza una necessaria sovrastruttura di attuazione per sostenere tali importanti presupposti giuridici, e nonostante la giurisprudenza sia riuscita a confrontarsi con parallele questioni centrali (compreso il ruolo della separazione dei poteri), principalmente le emergenze basate su minacce terroristiche in corso e la democrazia come controllo sui poteri d'emergenza.¹⁶²

Ciò impedisce di individuare un percorso logico cristallino e solido attraverso cui giustificare la presenza di un fenomeno eccezionale che rappresenti l'eccezione giuridica, ovvero l'ipotesi *altra* di tutela dei diritti umani che sottolinea la necessità di una previsione normativa ampia, estesa soprattutto alle circostanze in cui determinati principi e regole si ritengono parzialmente limitabili.

L'ordine giuridico internazionale prevede espressamente situazioni in cui la certezza giuridica è interrotta da situazioni considerabili come "eccezionali", "emergenza" o "imprevisto". La realtà è che la certezza del diritto comporta determinate condizioni di normalità in base alle quali è possibile garantire la prevedibilità per le conseguenze del comportamento individuale: la certezza giuridica viene fortemente pregiudicata se tali condizioni vengono alterate o modificate. È possibile individuare diversi modi in cui le condizioni di normalità cessano di funzionare efficacemente, essendo talvolta il risultato di una

Leipzig: Duncker & Humblot; trad. it. SCHMITT, CARL. 1998. "Teologia politica". In *Le categorie del "politico"*. Bologna: Il Mulino, pag. 34.

¹⁶² SHEERAN, SCOTT. 2013. "Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics". In *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, pag. 494-495.

combinazione fra un conflitto materiale e le circostanze in cui esso si sviluppa. In una crisi in cui l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico è in gioco, si afferma che l'eccezione non è un'opzione, ma un dovere. Tali circostanze richiedono di prendere le misure necessarie che permettano di preservare l'ordine dello Stato, anche quando implicino una violazione momentanea o almeno episodica del sistema giuridico: il *modello extra-giuridico*. In proposito, autorevole dottrina sostiene che tale procedimento si mantenga al di fuori dell'ordinamento giuridico, essendo contraddittoria l'indicazione dell'eccezione come regola di diritto.¹⁶³ Da un lato, si sostiene che l'eccezione sfugga semplicemente al diritto; altri, diversamente, sostengono che si tratti di un problema politico e, pertanto, il conflitto generato dalla deroga deve essere affrontato all'interno del processo politico. Dall'altro lato, il modello giuridico attacca l'eccezione fondata sull'idea che il sistema politico moderno sia definito attraverso il costante riferimento allo stato di diritto, che rappresenta, per le autorità governative, un ostacolo all'esercizio arbitrario dei poteri.

In questo senso, è sorto un ulteriore dibattito dottrinario particolarmente acceso per delimitare struttura, funzioni e limiti di uno stato d'eccezione all'interno di uno stato di diritto. In primo luogo, autorevole dottrina sostiene che gli Stati contemporanei, inclusi quelli democratici, hanno ormai acquisito la prassi di creare volontariamente stati di emergenza permanenti e, inoltre, che la questione dell'accettazione di una sospensione totale o parziale dell'ordinamento come norma giuridica all'interno del medesimo sistema giuridico sia di rilevanza pregnante. Infatti, la legittimità di un'anomia che rinunci agli stessi diritti del sistema giuridico a cui appartiene è un quesito tanto rilevante quanto quello relativo alla mancanza di un supporto logico-giuridico particolarmente completo che giustifichi tali limitazioni.¹⁶⁴ A tal proposito, sembrerebbe che i diritti umani possano essere fatti valere solo

¹⁶³ GROSS, O - NÌ AOLÁIN, F. 2006. *Law In Times Of Crisis. Eemergency Powers In Theory And Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. In proposito, Gross ritiene che non c'è possibilità di alloggio tra lo Stato di diritto e di esenzione. Il fatto che l'ordinamento giuridico tenti di riconoscere e accettare una situazione eccezionale in cui vi è la necessità di violare l'ordine stesso, è dannosa per la base dello Stato di diritto. Gross invita a riconoscere che la risposta all'emergenza è inevitabile, e in contrasto con l'ordinamento giuridico.

¹⁶⁴ AGAMBEN, G. 2003. *Stato di eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, p. 11.

nella misura in cui la situazione su cui l'applicazione di tali diritti incide si mantenga su un livello di *normalità*.¹⁶⁵

Ciò considerato, nel diritto internazionale, lo Stato non è rappresentato dalla persona giuridica del diritto interno, né da quell'unico substrato di fatto che sta dietro ad entrambi gli ordinamenti. Infatti, a differenza dello Stato nell'ordinamento giuridico interno, che esiste soltanto in quanto *persona giuridica* dotata di un proprio e specifico ordinamento costituzionale, lo Stato del diritto internazionale è proprio e specificamente *entità di fatto*, e non una persona giuridica: un fatto giuridico storico-effettuale cui l'ordinamento internazionale riconosce, come conseguenza giuridica, la soggettività¹⁶⁶ Da ciò, lo Stato nel diritto

¹⁶⁵ HEGEL, G.F.W. 1998. *Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di V. Cicero). Milano: Rusconi, pag. 475. In proposito, l'Autore specifica che la sovranità non deve confondersi con l'arbitrio e, pertanto, che l'agire sovrano deve essere sempre indirizzato al benessere dello Stato. Inoltre, in una situazione di emergenza, determinate posizioni giuridiche possono essere sacrificate: *"poiché la sovranità è l'idealità di ogni legittimità particolare, è facile, e anche molto frequente, fraintendere la legittimità prendendola per mera potenza e vuoto arbitrio, e considerare la sovranità come sinonimo di dispotismo. Il dispotismo, però, designa in genere la situazione dell'assenza di leggi, situazione in cui ha valore di legge — o, piuttosto, al posto della legge — la volontà particolare in quanto tale, si tratti poi di un monarca o di un popolo (oclocrazia). La sovranità, per contro, costituisce il momento dell'idealità delle sfere e delle funzioni particolari proprio nella situazione legale, costituzionale: la sovranità fa sì che ciascuna di tali sfere non sia un'entità indipendente, autonoma nei propri fini e modi di operare, approfondendosi soltanto entro di sé, bensì piuttosto che ciascuna sfera, in questi fini e modi di operare, sia determinata e dipendente dal fine del Tutto — fine che, in generale e con un'espressione molto indefinita, è stato chiamato il benessere dello Stato. Ora, questa idealità giunge a manifestarsi in modo duplice. Nella situazione di pace, le sfere e le funzioni particolari perseguono la realizzazione dell'appagamento dei loro affari e fini particolari. [...] Nella situazione di emergenza — sia essa interna o esteriore —, invece, è nel concetto semplice della sovranità che confluisce l'organismo politico sussistente nelle proprie particolarità: allora alla sovranità è affidato il compito di salvare lo Stato sacrificando ciò che in altre circostanze ha legittimazione. In tal modo, quell'idealismo perviene alla sua realtà peculiare"*. In questo senso, Hegel evidenzia come, paradossalmente, sacrificare determinate posizioni giuridiche rappresenti uno strumento volto al perseguimento del benessere dello Stato considerato come un sistema.

¹⁶⁶ La concezione dello Stato come soggetto di diritto internazionale implica la sussistenza di due presupposti fondamentali: *sovranità* e *organizzazione*. Lo Stato inteso come apparato viene considerato come soggetto di situazioni giuridiche previste dal diritto internazionale, e ciò sulla base del fatto che il diritto che regola i rapporti tra gli Stati è diritto fra potenze. In particolare, il requisito dell'organizzazione determina la quantità della potenza esercitata dallo Stato: l'individuo non può assumere una posizione di potenza in condizioni di parità con altri Stati, dotati, al contrario, di poteri di organizzazione; invece, qualora si faccia riferimento a un individuo che eserciti poteri all'interno dello Stato-apparato, può verificarsi l'isolamento del modello politico democratico volto a definire i requisiti minimi necessari per garantire allo Stato stesso di evolversi in prospettiva democratica. In questo senso, risulta riscontrabile il percorso evolutivo di una potenziale norma internazionale consuetudinaria che imponga agli Stati l'obbligo giuridico di evolvere verso strutture democratiche. In proposito, è opportuno ricordare che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, il 31 luglio 1994,

internazionale è il soggetto di obblighi e diritti nei rapporti con altre entità dello stesso ordine, che agiscono e pongono in essere relazioni nella stessa dimensione orizzontale. Questa distinzione deve essere messa in rilievo per specificare i presupposti su cui si fonda lo stato d'eccezione, che consiste nella sospensione dell'ordinario funzionamento del sistema di garanzie costituzionali vigenti all'interno dello Stato (*persona giuridica*), pertanto *sistema giuridico interno*. Tuttavia, il fenomeno viene regolamentato dal diritto internazionale, rappresentando, in particolare, l'estensione di una causa di esclusione dell'illecito internazionale che è lo stato di necessità. Tale regolamentazione nell'ambito dell'ordinamento internazionale genera conseguenze nell'ordinamento interno, sia esso *persona giuridica* in cui si è verificato lo stato di eccezione, sia l'ordinamento interno degli altri soggetti dell'ordinamento internazionale.¹⁶⁷ Nel diritto internazionale, lo stato di emergenza verificatosi in seno allo Stato *persona giuridica*, quindi nell'ordinamento giuridico interno, produce effetti rilevanti in merito alla distinzione tra obblighi dello Stato *ente di fatto*, la cui applicazione può essere sospesa da quest'ultimo, a varie condizioni, e obblighi cui lo Stato *ente di fatto* non può comunque venir meno, in quanto si verificherebbe, in caso contrario, il sorgere di una responsabilità, con conseguente idoneità dello Stato *ente di fatto* a subire sanzioni giuridiche nel contesto giuridico internazionale.

In primo luogo, le fragilità strutturali e funzionali di uno stato di emergenza implicano l'esistenza di elementi rigidi e necessari, stabiliti dal diritto dei trattati, per l'integrità dello *rule of law*: severità, temporaneità, proclamazione e notificazione, legalità, proporzionalità, principio di non discriminazione e, infine, inderogabilità di specifici

adottò la Risoluzione n. 940, con la quale autorizzava gli Stati Membri a istituire una forza multinazionale sotto comando e controllo unificato, attraverso cui utilizzare tutti i mezzi necessari per destabilizzare il governo insediatosi dopo il colpo di Stato, facilitando il ritorno immediato del Presidente legittimamente eletto e il restauro delle autorità governative legittime del Governo di Haiti, cercando di creare e mantenere un ambiente sicuro e stabile che permettesse l'attuazione del *Governors Island Agreement*. In proposito, si veda UN Security Council, Resolution 940 (1994) Adopted by the Security Council at its 3413th meeting, on 31 July 1994, 31 July 1994, S/RES/940 (1994).

¹⁶⁷ In proposito, si veda LAZAR, N. C. 2009. *States of Emergencies in Liberal Democracies*. New York: Cambridge University Press, pag. 20. L'Autrice sottolinea che l'irrompere di un *exceptionalism* è fondato sulla pretesa che le norme ordinarie cessano di applicarsi in caso di emergenza. Tuttavia, in caso di *exceptional times* si richiederebbero misure eccezionali, e i poteri d'emergenza, fondati sull'eccezionalismo, sarebbero immorali in quanto una regola che non si applica non può essere violata.

diritti.¹⁶⁸ Occorre precisare che la transizione del conflitto armato, da considerarsi fattispecie tipica per la legittimazione dello stato d'eccezione, necessita di una consistente prova (*emergency-proof*) che possa supportare tale fenomeno, anche se l'utilizzo di strumenti come *emergency-proof* e *non-derogable rights* rappresentano soltanto scommesse giuridiche per recidere l'infelice collegamento tra stati d'emergenza e diritti umani a livello giurisdizionale durante tali transizioni.¹⁶⁹ Inoltre, nella dicotomia giuridica tra *normalità* ed *eccezione*, l'ipotesi principale di deroga nei negoziati del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 era il caso di "guerra". Eppure, a differenza della Convenzione europea, che specifica la possibilità di *guerra o altra emergenza pubblica*, o la Convenzione Americana, che si riferisce alla *guerra, pericolo pubblico o altra emergenza*, il Patto non fa alcun riferimento alla "guerra". Nei lavori preparatori del Patto, si specifica che l'omissione era intenzionale e motivata da un potenziale rischio simbolico: mentre si è riconosciuto che una delle più importanti emergenze pubbliche è lo scoppio della guerra, si è ritenuto che il Patto non dovrebbe prevedere, anche implicitamente, la *possibilità* della guerra, così come le Nazioni Unite non sono state istituite allo scopo di impedire la guerra.¹⁷⁰

Nel diritto internazionale, il ruolo svolto dalla consuetudine nei confronti degli stati d'emergenza assume una rilevanza particolarmente accentuata, in quanto ci si è chiesti se, nell'ambito di un *diritto*

¹⁶⁸ Storicamente, i poteri d'emergenza rappresentano un fenomeno particolarmente risalente, essendo già individuati come un'*asimmetria* nell'antica Grecia, in cui venivano attribuiti poteri speciali ai governanti da utilizzarsi durante le gravi crisi che minacciassero la sopravvivenza della città-stato. Inoltre, si ravvisa l'utilizzo di poteri d'emergenza, attraverso l'espressione *état de siege*, durante la guerra civile in Francia nel 1791, ma anche la dichiarazione della legge marziale nelle Hawaii nel 1941 durante la Seconda guerra mondiale e la sospensione del beneficio del *writ of habeas corpus* nelle Filippine nel 1971 durante la dittatura di Marcos. Purtroppo, i poteri d'emergenza rappresentarono uno strumento politico utilizzato dalle autorità governative per reprimere ogni ostacolo derivante dagli obblighi giuridicamente vincolanti derivanti dai trattati sui diritti umani, ma soprattutto per eliminare qualunque opposizione politica. In particolare, si veda REINACH, THEODORE. 2010. *De l'Etat de Siege: Etude Historique et Juridique* (1885). Kessinger Publishing: Whitefish.

¹⁶⁹ SINGHVI, ABHISHEK MANU. 1986. *The State of Emergency and Permissible Measures of Derogation*. International Bar Association. In proposito, l'Autore specifica che il catalogo dei *non-derogable rights* varia ampiamente in riferimento al trattato a cui si fa riferimento. Infatti, il diritto alla vita e la protezione contro la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, la schiavitù e la servitù e l'irretroattività delle leggi penali nel tempo rappresentano diritti inderogabili per i Patti Internazionali del 1966, la Convenzione Americana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹⁷⁰ BUERGENTHAL, THOMAS. 1981. *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*. In *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, 72.

dell'emergenza, determinate norme possano emergere come diritto internazionale consuetudinario e, in questo senso, vi sono specifici principi in procinto di divenire tale: il principio di minaccia eccezionale; il principio di inderogabilità dei diritti fondamentali; il principio di proporzionalità; il principio di non discriminazione.¹⁷¹ I tentativi di cristallizzare la fenomenologia emergenziale all'interno dei principali strumenti di tutela dei diritti umani furono molteplici, nonostante si ravvisi costantemente l'assenza di un riferimento normativo pienamente efficace che, all'interno del diritto dei trattati, garantisse una tutela dell'individuo precisa e circoscritta. In questo, senso, occorre evidenziare, in primo luogo, l'art. 4 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che ha generato determinate questioni in ordine alla vaghezza con cui l'istituzione di clausole di deroga potesse essere contemplata nell'architettura giuridica internazionale in termini generali e astratti. Infatti, data la sussistenza di una clausola di deroga generale e di una *permissive limitation* per alcune norme del Patto, era necessario generare una clausola di deroga separata e autonoma. In proposito, in base alla dottrina maggioritaria, il riferimento alla *sicurezza nazionale* e all'*ordine pubblico* non sarebbero stati sufficienti a garantire un orientamento giuridicamente adeguato in tempi di grave emergenza. Infatti, anche in base ai lavori preparatori del Patto, da un lato si è voluto evitare l'eccesso per cui l'emergenza dovrebbe essere di tale portata da minacciare la vita della nazione nel suo complesso, mentre, secondo un differente orientamento, si è ritenuto che il Patto non potesse prevedere, anche implicitamente, la possibilità della guerra, in quanto la ragion d'essere stessa delle Nazioni Unite è stata sempre quella di prevenire il conflitto armato. Sulla base di tali elementi, una prima osservazione da porre in rilievo è che le clausole di deroga implicano l'assenza di un *legal vacuum* nello stato di emergenza.¹⁷²

Nel diritto internazionale contemporaneo, la "clausola di deroga" finalizzata alla sospensione dei diritti umani può essere individuata

¹⁷¹ LILLICH, RICHARD B. 1996. "The growing importance of Customary International Human Rights Law". In *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25: 28. In particolare, l'Autore sottolinea che vi è una crescente rilevanza del diritto internazionale consuetudinario dei diritti umani, in quanto non è stata possibile l'accettazione universale dei principali trattati sui diritti umani e, pertanto, è necessario che tale il diritto consuetudinario dei diritti umani venga utilizzato sia a livello internazionale che a livello nazionale.

¹⁷² HARTMAN, JOAN. 1981. "Derogations from Human Rights Treaties in Public Emergencies". In *Harvard International Law Journal*, vol. 22, no. 1.

all'interno dei principali strumenti convenzionali che disciplinano i medesimi diritti: l'art. 15 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 27 della Convenzione Americana sui diritti umani, l'art. 4 della Carta Araba sui diritti umani.¹⁷³ Alla luce dell'arido supporto normativo volto a regolamentare in modo efficace e completo il contrasto allo stato di emergenza, è opportuno individuare determinati orientamenti, di stampo prevalentemente giurisprudenziale, volti a incidere sulla stasi creatasi attorno all'evoluzione della clausola di deroga. In primo luogo, la Corte Inter-Americana, all'interno del Parere relativo a "*Habeas Corpus in Emergency Situations*", aveva stabilito che l'art. 27 fosse una norma giuridica da applicarsi unicamente in situazioni eccezionali.¹⁷⁴ Tuttavia, allo stesso modo, nel medesimo parere si individuò, sotto specifiche circostanze, la sospensione delle garanzie come unico strumento per un effettivo contrasto alle situazioni di emergenza e, di conseguenza, al fine di preservare i valori fondamentali di una società democratica, nonché che la sospensione delle garanzie costituisse anche una situazione di emergenza in cui è legittimo, per un governo, adottare misure restrittive di diritti e libertà che, in circostanze ordinarie, sarebbero proibite o maggiormente controllate.¹⁷⁵

La rilevanza della clausole di deroga può ravvisarsi in due necessità prioritarie: da una parte, il bisogno di adattare i requisiti della protezione dei diritti fondamentali e della salvaguardia del diritto costituzionale di

¹⁷³ In termini generali, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 presenta solo un riferimento possibile alle *limitations* in termini di restrizione dei diritti umani: l'art. 29, par. 2, secondo cui "*In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society*". Per un approfondimento, si veda In proposito, si veda GROSS, OREN. 1998. "*Once more unto the breach*": the systematic failure of applying the European Convention on Human Rights to entrenched emergencies". In *The Yale Journal of International Law*, vol. 23, pp. 437-501. See also Rehman, J. 2010. *International Human Rights Law*, Longman, Harlow, p. 229-230.

¹⁷⁴ NORRIS, ROBERT-REITON, PAULA. 1981. "*The suspension of Guarantees: a comparative analysis of the American Convention and the Constitutions of the State Parties*". In *The American University Law Review*, Vol. 30, p. 194. Gli autori affermano che la deroga non è considerata come una risposta a questioni ordinarie di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, ma piuttosto per le situazioni eccezionali in cui le misure ordinarie e le restrizioni sono insufficienti.

¹⁷⁵ *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87, January 30, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 8 (1987).

ogni Stato parte; dall'altra parte, l'esistenza di un obiettivo di protezione, concernente l'isolamento di stati interni di emergenza attraverso l'implementazione di meccanismi di controllo convenzionale. In uno stato di emergenza rilevante, occorre limitare l'eccezione a circostanze straordinarie; infatti, l'eccezione rappresenta un istituto configurabile come *extrema ratio*, ovvero l'ultimo rimedio concesso agli Stati Parti per prevenire l'affermazione di regimi basati su principi non democratici. Nonostante la sospensione venga considerata accettabile, con conseguente possibilità di sovvertimento dei principi dello stato democratico, mette conto evidenziare la natura contraddittoria di un sistema giuridico che legittima l'applicazione del comportamento derogatorio come procedimento giuridicamente cristallizzato per la salvaguardia dello Stato-nazione.¹⁷⁶

La *ratio* del regime giuridico emergenziale si fonda, paradossalmente, sulla protezione dei diritti individuali attraverso il *rule of law*, unico strumento che permette di garantirli. In questo senso, è necessario stabilire se sia concepibile anche soltanto l'esistenza di un sistema giuridico garantistico, che consideri la tutela della dignità umana come fattore indissolubile, ma che, allo stesso tempo, sia inclusivo di un meccanismo "legittimizzato" di sospensione che autorizzi la deroga in casi straordinari di necessità e urgenza, al verificarsi dei quali venga minacciata e pregiudicata l'esistenza stessa dello stato-nazione. Inoltre, occorre analizzare la contraddizione inerente alla contestuale esistenza di un sistema normativo derogatorio parallelo al sistema giuridico dei diritti umani, in cui venga legittimato un potere politico discrezionale particolarmente pericoloso all'esistenza stessa del *rule of law*.

In primo luogo, nel dibattito dottrinario, l'individuazione del concetto di emergenza pubblica nel diritto internazionale dei diritti umani implica consistenti limiti ragionevoli in relazione alle restrizioni anticipate dei

¹⁷⁶ LILLICH, RICHARD. 1985. "The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency". In *American Journal of International Law*, vol. 79. In particolare, dopo 6 anni di studio da parte di un sottocomitato speciale e di 2 anni supplementari di revisione da parte del Comitato sul rispetto del diritto dei diritti umani, nonché in seguito alla 61° Conferenza svolta dall'International Law Association, tenutasi a Parigi dal 26 agosto al 1 settembre 1984, il Comitato ha approvato una serie di norme minime relative alla dichiarazione e all'amministrazione degli stati di emergenza che minacciano la vita della nazione, i cui 16 articoli definiscono i diritti inderogabili e le libertà a cui rimangono soggetti gli aventi diritto anche durante gli stati di emergenza. In questo insieme, la Section A, art. 3, b) afferma che "La durata di emergenza (salvo in caso di guerra o di aggressione esterna) è concessa per un periodo di tempo determinato stabilito dalla Costituzione".

diritti che l'emergenza dovrebbe contenere¹⁷⁷. In queste circostanze, mette conto in primo luogo descrivere due fondamentali strumenti differenti, adottabili per ridurre il livello di protezione dei diritti fondamentali: *limitazioni* e *deroghe*. A differenza delle deroghe, le *limitazioni* dei diritti rappresentano un istituto volto a *ridurre* l'obiettivo di tutelare specifici diritti sotto determinate circostanze, rigide clausole concernenti limitazioni ai diritti individuali protetti e sottoposti a differenti modalità di applicazione, che variano da caso a caso, nelle assunzioni e condizioni richieste per la loro applicazione.¹⁷⁸ Diversamente, la *deroga* è la facoltà dello Stato di sospendere la garanzia di un diritto previsto in un determinato sistema giuridico internazionale, quando ciò rappresenti l'effetto necessario di una particolare circostanza che pregiudichi lo Stato-nazione. In entrambi i casi, si tratta di tecniche di bilanciamento tra diritto individuale ed esigenza collettiva: la base per la limitazione dei diritti corrisponde a circostanze in cui la piena applicazione delle regole comporterebbe un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.

L'analisi del rapporto tra stato di emergenza e diritti umani deve essere svolta attraverso un riferimento al concetto di sicurezza nazionale, tanto risalente quanto quello di stato-nazione in sé, e la cui rilevanza irradiò effetti influenti nella comunità internazionale. In particolare, tale concetto cominciò ad essere utilizzato, in generale, agli albori della Guerra Fredda, e specificamente nel *US National Security Act* del 1947. Precedentemente, nel sistema giuridico americano si adottava il termine "*national defense*", mentre, nel sistema giuridico britannico, si utilizzava il termine "*defense of the realm*". Alla fine della Seconda Guerra Mondiale,

¹⁷⁷ FITZPATRICK, JOAN. 1994. *Human Rights in crisis. The international system for protecting rights during states of emergency*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, p. 36.

¹⁷⁸ In particolare, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, gli artt. 2, par. 2 (diritto alla vita), 8 par. 2 (rispetto della vita privata e familiare), 9 par. 2 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 par. 2 (libertà di espressione), 11 par. 2 (libertà di riunione), 2 parr. 3 e 4 (libertà di circolazione) del IV protocollo addizionale, introducono tali restrizioni. Inoltre, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, gli artt. 12 par. 3 (libertà di circolazione), 18 par. 3 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 19 par. 3 (libertà di espressione), 21 par. 2 (libertà di assemblea), 22 par. 2 (libertà di associazione) contengono lo stesso contenuto. Nella Convenzione interamericana, ci possono essere significative clausole di eccezione negli artt. 12 par. 3 (libertà di coscienza e di religione), 13 par. 2 (libertà di pensiero e di espressione), 16 par. 2 (libertà di associazione), 22 par. 3 (libertà di circolazione e di residenza). Nella Carta araba dei diritti umani, gli artt. 24 (libertà politiche), 30 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 32 (diritto all'informazione e la libertà di espressione), 35 (diritto di costituire o aderire a sindacati).

sorse un dibattito nel sistema americano circa la natura globale delle minacce agli interessi pubblici e la conseguente necessità di difesa contro queste minacce oltre i confini del territorio nazionale. Inoltre, analizzando il significato dell'espressione "national security", risultò necessario che entrambi i termini "national" e "security" potessero essere utilizzati in modi differenti. Infatti, il termine "nation" si riferisce sia a un gruppo culturale o etnico all'interno di uno Stato sia allo Stato stesso. Nel diritto internazionale, il termine maggiormente utilizzato, specificamente nel contesto dell'autodeterminazione, è "people". Tuttavia, per il funzionamento del diritto internazionale, rispetto al concetto di nazionalità, assume rilevanza il concetto di statualità, essendo essa la base per identificare i principali attori sul piano internazionale, e concedere loro la totalità dei diritti e dei doveri di diritto internazionale. Per quanto riguarda il termine "sicurezza", tale parola può essere usata sia per definire uno stato di essere libero dalla paura o danno, sia l'assenza di minacce, o l'esistenza di minacce, ma accomunata ad adeguate garanzie. Quindi, tale termine può essere visto sia come qualcosa che può essere disposto o meno dallo Stato, o, più precisamente, come uno stato di essere, ovvero la capacità di influenzare altri attori in relazione a certe cose. Pertanto, in un'epoca di interdipendenza globale, il significato ordinario della sicurezza nazionale non può essere considerato una semplice conservazione dell'integrità territoriale e dell'indipendenza politica di attacco armato esterno o interferenze derivanti da potenze straniere: la sicurezza nazionale deve comprendere anche lo spionaggio, economico o politico, nonché le azioni segrete (*destablising*) svolte da potenze straniere.¹⁷⁹ In questo senso, l'espressione *minacce alla sicurezza nazionale* non si limita a definire minacce militari all'esistenza dello Stato e l'indipendenza delle sue istituzioni politiche, ma possono includere qualsiasi cosa dannosa o

¹⁷⁹ Il termine "attacco armato" non è definito, ma è possibile trovare una nozione a livello giurisprudenziale. Infatti, in *Nicaragua v. United States*, la Corte Internazionale di Giustizia ha dichiarato che i conflitti armati includevano "non solo l'azione da parte delle forze armate regolari attraverso un confine internazionale, ma anche l'invio ,da parte o per conto di uno Stato, di bande armate, gruppi irregolari o mercenari, che svolgono atti armate contro un altro Stato di tale gravità da essere considerata un attacco armato effettivo condotto da forze regolari...o il suo sostanziale coinvolgimento in essa. In particolare, si veda FLECK, DIETER. 2009, *The Handbook of International Humanitarian Law*. New York: Oxford University Press, p. 5.

potenzialmente dannosa per il nucleo di valori militari o politici.¹⁸⁰ In particolare, occorre evidenziare che il Consiglio europeo ha definito gli obiettivi generali di sicurezza come il mantenimento dell'integrità territoriale e dell'indipendenza politica dell'Unione europea, il suo carattere democratico e la sua stabilità economica.¹⁸¹

A questo proposito, parte della dottrina ha qualificato tali limitazioni come "ordinarie" rispetto a quelle "straordinarie" derivanti dall'applicazione della clausola di deroga.¹⁸² Tuttavia, esiste un differente orientamento, in virtù del quale queste limitazioni devono essere distinte in "specifiche" o "particolari", ma sempre opposte alla clausola di deroga, descritte come "restrizioni generali dei diritti garantiti".¹⁸³ In ogni caso, a prescindere dal contrasto dottrinario, l'uso del termine "limiti" appare poco appropriato per descrivere i due fenomeni, in quanto non fornisce una soluzione alle loro differenze strutturali.

Diversamente, le clausole di deroga si identificano con l'istituto della *sospensione* dei diritti: in questo caso, gli Stati membri sono dispensati dall'obbligo, e le norme relative alla protezione dei diritti sono poste in uno stato di stasi, che si differenzia dall'abrogazione in relazione al carattere di temporaneità. L'istituzione di un regime giuridico speciale, funzionale alla presenza di circostanze eccezionali, richiede l'applicazione di un determinato *corpus* di norme giuridiche, nonché la variazione del perimetro di alcuni di essi. Infatti, in tali casi di sospensione, la modifica coinvolge il sistema giuridico nel suo complesso, anche ipotizzando un diverso comparto di poteri attribuibili allo Stato: l'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici definiscono il termine "sospensione", riferimento che elimina ogni possibilità di fraintendimento del termine nel senso di soppressione dei diritti garantiti.¹⁸⁴

¹⁸⁰ CAMERON, I. 2000, *National security and the European Convention on Human Rights*. Kluwer Law International: The Hague, 2000, p. 39-44.

¹⁸¹ Decision 93/603/CFSP (1993).

¹⁸² SVESSON, A.-MC CARTHY, A. 1998, *The International Law of Human Rights and States of Exception*. Dordrecht: Kluwer Law International, p. 49.

¹⁸³ ERGEC, R. 1987, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles: étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Éditions Bruylant, pag. 29.

¹⁸⁴ Inoltre, occorre sottolineare che l'art. F, par. 1 della Carta sociale europea di Strasburgo del 3 maggio 1961, in base al quale "in tempo di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Parte può adottare misure in deroga agli obblighi

A fronte di tale sistema derogatorio, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli e la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 non contengono una clausola derogatoria. In riferimento alla Carta africana, tale scelta deve interpretarsi non solo come volontà di esclusione di qualsiasi deroga al regime convenzionale, ma anche come una pericolosa lacuna nella tutela dei diritti umani in caso di emergenza.¹⁸⁵ In effetti, la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha dichiarato che le limitazioni ai diritti e alle libertà sanciti dalla Carta non possono essere giustificate da emergenze o situazioni particolari. Ciò significherebbe che il sistema africano dei diritti umani mantiene efficacemente gli standards di tutela più elevati rispetto a sistemi normativi paralleli, come quello europeo o statunitense. Inoltre, per quanto riguarda il sistema giuridico africano, le cosiddette *claw-back clauses* si riferiscono generalmente a quelle disposizioni della Carta africana tendenti a limitare alcuni dei diritti garantiti dalla Carta medesima. Questi parametri interni '*qualificano diritti e consentono ad uno Stato di limitare*' i diritti '*nella misura massima consentita dalla legge nazionale*'. Essi non si qualificano come clausole di deroga *tout court*, ma piuttosto definiscono il godimento del diritto come subordinato alle nozioni di prescrizione dello Stato. Infatti, autorevole dottrina afferma che le clausole di *claw-back* nella Carta superano l'impianto della clausola di deroga, nel senso che consentono ad uno Stato, a sua discrezione, quasi illimitata, di limitare le sue obbligazioni derivanti dai trattati o dai diritti garantiti dalla Carta. Tuttavia, altra parte della dottrina ritiene che l'impatto delle disposizioni della Carta africana è limitato a causa delle *clawback clauses*, in quanto i diritti insiti in essa ricevono troppa autonomia e, pertanto, possono subire un pregiudizio a fronte di tali clausole.¹⁸⁶

Attraverso le clausole di deroga, d'altra parte, che consentono la sospensione di obblighi derivanti dai trattati, la sospensione è temporanea, mentre, in relazione alle clausole di *claw-back*, essa può

previsti da questa Carta nella misura strettamente richiesta dalle esigenze della situazione, a condizione che tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale".

¹⁸⁵ PRÉMONT, D. 1996, *Droits intangibles et états d'exception/Non-derogable rights and states of exception*, Bruxelles: Bruylant, 1996.

¹⁸⁶ UMOZURIKE, U. O. 1997. *The African Charter on Human and Peoples' Rights*. The Hague: Kluwer.

essere permanente. Nella stessa ottica, le clausole di deroga possono essere invocate solo in casi di emergenza e, in ambito dottrinario, è stato stabilito che, mentre le clausole di deroga giustificano unicamente la sospensione di determinati obblighi e diritti, piuttosto che di tutti i diritti, le *claw-back clauses* non comprendono tale limite.¹⁸⁷ La difficoltà che la Corte africana dovrà affrontare è il metodo di applicazione dei principi dottrinari nell'ipotesi in cui si verifica un caso specifico in cui si ravvisi la violazione di una disposizione Carta africana contenente una *claw-back clause*. In particolare, in relazione a tale questione, occorre individuare esattamente quali disposizioni della Carta africana contengano clausole di *claw-back*. Inoltre, occorre precisare che anche i regimi militari sono destinatari della *claw-back clause* di cui all'art. 12, concedendosi ai governi africani un ampio potere discrezionale per determinare quale ordine politico debba essere implementato. Alla luce di tale sistema, l'inserimento del parametro interno della *claw-back clause* implica che il diritto in questione prevede, sin dalla nascita della Carta africana, specifiche restrizioni. Sulla base del principio per cui nessun diritto umano garantito dalla Carta africana prevede una garanzia assoluta, l'esercizio della maggior parte di questi diritti è circoscritto *ab initio* da clausole di limitazione, sussistendo pochi diritti il cui esercizio non è espressamente subordinato ad essa: diritti economici, sociali e culturali, diritto della persona al riconoscimento della sua personalità giuridica ed

¹⁸⁷ In relazione alle *claw-back clauses*, occorre precisare che l'assenza di una clausola di deroga non è comprensibile, in quanto ciò rappresentava indubbiamente una questione affrontata dalla Conferenza Africana per lo Stato di Diritto tenutasi a Lagos, in Nigeria, nel 1961. Infatti, a questa Conferenza, cui parteciparono 194 giudici, nonché avvocati e docenti di diritto provenienti da 23 nazioni africane nonché da 9 paesi di altri continenti, si riunirono sotto la tutela della Commissione internazionale di giuristi. Questa conferenza deliberò in modo particolare circa la trattazione degli stati d'emergenza: *The proclamation of a state of emergency is a matter of most serious concern as it directly affects and may infringe upon human rights. It is the sense of the conference that the dangers of survival of the nation such as arise from a sudden military challenge may call for urgent and drastic measures by the Executive which by the nature of things are susceptible only to a posteriori legislative ratification and judicial review. In any other case, however, it is the Parliament duly convened for the purpose that should declare whether or not the state of emergency exists. Wherever it is impossible or inexpedient to summon Parliament for this purpose, for example during Parliament recess, the Executive should be competent to declare a state of emergency, but in such a case Parliament should meet as soon as possible thereafter. The conference feels that in all cases of the exercise of emergency powers any person who is aggrieved by the violation of his rights should have access to the courts for determination whether the power has been lawfully exercised.* In proposito, si veda HAMALENGWA, M.-CEES FLINTERMAN-DANKWA E.V.O. 1988. *The International Law of Human Rights: Basic Documents and Annotated Bibliography*. Vol. 88.; HAMALENGWA M, FLINTERMAN, C. AND DANKWA, EVO. 1988. *International Law of Lagos - Law of Human Rights in Africa*. Martinus Nijhoff: Leiden.

alla protezione contro tutte le forme di sfruttamento e di degrado (art. 5) e il suo diritto a una buona amministrazione della giustizia (art. 7). In questo senso, tutti i diritti della persona riconosciuti dalla Carta devono essere interpretati alla luce della clausola generale di prescrizione di cui all'art. 27, par. 2, in cui si afferma che i diritti e le libertà di ogni persona si esercitano nel rispetto della diritti degli altri, la sicurezza, la moralità e i comuni interessi collettivi.¹⁸⁸

Tuttavia, i commenti sulla teoria e l'osservanza della protezione dei diritti in Africa hanno dimostrato la sussistenza di molteplici clausole di limitazioni interne riscontrabili all'interno della Carta, che delineano la capacità dello Stato di limitare la tutela dei diritti per vari motivi.¹⁸⁹

Per quanto riguarda le condizioni giuridiche di utilizzo di tali strumenti, occorre specificare convergenze e conflitti. In primo luogo, i principali contesti in cui sono ravvisabili le clausole di limitazione dei trattati comprendono le ipotesi di salvaguardia della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico, ma il pregiudizio deve essere tale da ledere gli interessi vitali dello Stato, in quanto un'applicazione arbitraria di tali strumenti genererebbe problematiche relative alle esenzioni. In questo senso, una parte della dottrina ha stabilito la necessità di fissare limiti specifici alle esenzioni, anche se sussiste contestualmente una parte della dottrina che ha ravvisato, nella minore intensità del pericolo, la possibile limitazione dell'eccezione.¹⁹⁰

¹⁸⁸ NMEHIELLE, V. 2001, *The African Human Rights System: Its Laws, Practice and Institutions*, Kluwer Law International: The Hague, pp. 165-167. Inoltre, si veda SINGH, SANDHIYA. 2009. "The impact of claw-back clauses on human and peoples' rights in Africa". In *African Security Review*, Vol. 18, No. 4, pp. 95-104; OUGUERGOUZ, F. 2003. *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Kluwer Law International: The Hague.

¹⁸⁹ GROSS, O.- AOLÁIN, F. 2006, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge University Press: Cambridge, p. 252-253. In particolare, occorre sottolineare che l'art. 10 della Carta - relativo alla libertà di associazione - stabilisce che gli individui hanno il diritto di associarsi liberamente, a condizione che rispettino la legge. Inoltre, è possibile trovare diverse forme di doveri che sono imposti sugli individui e la cui formulazione suggerisce una forte propensione nei confronti di un approccio basato sui diritti individuali. In particolare, l'art. 29 stabilisce una serie di requisiti, tra cui i doveri verso la famiglia, la comunità e lo Stato, nonché gli obblighi di solidarietà e unità.

¹⁹⁰ HOFFMANN-REMY, U. 1976, *Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8 - 11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Duncker & Humblot.

2. Il meccanismo delle clausole di deroga nel diritto internazionale dei diritti umani

La natura contraddittoria del meccanismo di deroga nel sistema dei diritti umani rappresenta una questione particolarmente complessa, specialmente in relazione al presupposto fondante i diritti umani, avente ad oggetto la loro concezione di "rights"; infatti, a partire dal plesso normativo dei diritti umani, mette conto analizzare la concezione stessa di un'eccezione a tali diritti al verificarsi di uno stato di emergenza specifico: il conflitto armato. In proposito, se da una parte sussiste una mancanza di disposizioni formali volte alla regolamentazione dei poteri d'emergenza statali, dall'altro lato vi sono specifiche clausole di limitazioni interne, specie con riferimento alla sicurezza nazionale e sociale e alla solidarietà nazionale, da considerarsi come rigide piattaforme per lo Stato, quando si ritiene auspicabile una deviazione dalla piena tutela dei diritti.¹⁹¹

In particolare, assume rilievo il dibattito giurisprudenziale sorto in proposito, in primo luogo con riferimento alla posizione assunta dalla Commissione africana sui diritti umani e dei popoli, in relazione alla quale l'unica base giuridica per limitare i diritti derivanti dalla Carta è ravvisabile nell'art. 27, par. 2, e tale limitazione dovrebbe essere fondata su un legittimo interesse statale, mantenendo un riferimento costante alla necessità e alla proporzionalità. Inoltre, secondo la Commissione, le limitazioni non dovrebbero mai applicarsi concependo come illusorio il diritto sospeso. Tuttavia, il rafforzamento dell'esecuzione delle pronunce della Commissione è inesistente, con una conseguente limitazione del valore pratico di tali dichiarazioni. Pertanto, occorre stabilire se la creazione di due nuove istituzioni giudiziarie in Africa, la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e la Corte di giustizia africana,

¹⁹¹ CRIDDLE, EVAN - FOX-DECENT, EVAN. 2012. "Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law". In *Human Rights Quarterly*, 34: 39-87. In particolare, gli Autori stabiliscono che la sfida pratica è l'emergenza pubblica in qualità di principale ragione del più grave e sistematico abuso dei diritti umani, principalmente quando gli Stati impiegano poteri straordinari per affrontare le minacce all'ordine pubblico. Infatti, la "pietra angolare" delle principali convenzioni internazionali e regionali sui diritti civili e politici sono le loro clausole di deroga, che permettono agli Stati membri di restringere determinati diritti umani durante le emergenze, ma solo se strettamente necessario per affrontare le minacce alla vita della nazione o l'indipendenza o la sicurezza dello Stato. In questo senso, si veda ORAA, J. 1992, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford: Oxford University Press.

influenzerà la qualità della sorveglianza o della pratica dei diritti a livello regionale. Una caratteristica particolarmente comune del metodo di risposta ad una situazione di crisi da parte degli Stati africani è che la conciliazione non è raggiunta per mezzo di modifiche alla regola esplicita, ma piuttosto attraverso meccanismi interpretativi delle norme esistenti. In questo meccanismo, in cui sono coinvolti sia gli attori governativi che i tribunali, la regola esistente è data da un'interpretazione sensibile dell'emergenza. In particolare, nel continente africano questa struttura è stata fortemente associata all'interpretazione normativa dei governi autoritari e, all'interno di tali Stati, i termini "ordinario" e "straordinario" riconducibili al diritto sono intercambiabili, data la natura precaria e quasi interamente soggettiva del *rule of law*.¹⁹²

Un approccio critico potrebbe manifestarsi in seguito all'individuazione della "dottrina della necessità", in qualità di norma di diritto internazionale generale più rilevante.¹⁹³ Infatti, la stesura delle clausole di deroga dei tre principali trattati sui diritti umani determina un importante background, insieme agli standards minimi di trattamento umano dei prigionieri nel diritto umanitario. In proposito, sussistono due fondamentali *dicta* specifici da parte della Corte europea dei diritti

¹⁹² HICKMAN, TOM. 2005, "Between Human Rights and the Rule of Law: Indefinite Detention and the Derogation Model of Constitutionalism". In *The Modern Law Review Limited*, Vol. 68, No. 4, p. 657. In particolare, l'Autore precisa che, nel modello derogatorio, sussistono rigide obiezioni a tentativi di estendere regimi giuridici per accogliere un'azione di emergenza. Infatti, si sostiene che i diritti fondamentali e l'integrità del diritto siano difesi maggiormente da un sistema costituzionale che permetta un'azione di emergenza extragiuridica: ciò può essere definito *modello di soluzioni extra-normative*. Per un approfondimento, si veda GROSS, OREN. 2003. "Chaos and Rules: should responses to Violent Crises Always be Constitutional?". In *Yale Law Journal*, Vol. 112, pp. 1011-1034.

¹⁹³ FITZPATRICK, JOAN. 1994, *Protection against Abuse of the Concept of "Emergency"*. In *26 Studies in Transnational Legal Policy*, pp. 203-227. L'Autore descrive specifiche questioni fondamentali che richiedono attenzione: la soglia di severità deve essere chiarita più strettamente alle sospensioni dei diritti inderogabili, da parte degli organismi di attuazione del trattato e come principio generale del diritto internazionale da parte di altri organi di vigilanza; diritti che sono inderogabili devono essere identificati come un ambito del diritto internazionale generale da parte degli altri organi di vigilanza, in particolare i diritti relativi al giusto processo e alla detenzione arbitraria. È necessario chiarire i limiti delle disposizioni normative in materia di deroga ai diritti umani, specialmente in materia di *non-derogable rights*; inoltre, occorre rafforzare i meccanismi per la supervisione internazionale degli stati di emergenza in modo da evitare potenziali violazioni dei diritti inderogabili, anche per scoraggiare potenziali pregiudizi a tali diritti. I meccanismi devono essere migliorati per raccogliere sistematicamente i dati sulle cause, lo scopo e l'impatto degli stati di emergenza *de jure* e *de facto* per non eludere il godimento dei diritti umani.

dell'uomo: i casi *Al-Skeini and Others v. United Kingdom* e *Al-Jedda v. United Kingdom*.¹⁹⁴ In questi casi, come già argomentato puntualmente nel capitolo precedente, il punto chiave era la possibilità di un'astensione dall'obbligo di rispettare i diritti umani nelle operazioni di pace o *peace-enforcing* e, più in generale, nelle missioni militari all'estero, nonché il riferimento alla regola opposta che la logica di guerra (giusta o ingiusta) prevale necessariamente su questo requisito, dando rilevanza alle sole garanzie riconosciute dal diritto internazionale umanitario.¹⁹⁵ In questo senso, la Corte stabilì che l'obbligo di rispettare i diritti della Convenzione non fosse riconducibile anche al contesto delle operazioni militari condotte all'estero, rispetto alle quali lo Stato *non ha* esercitato il diritto di deroga - nella misura in cui esso può essere considerato ammissibile - ex art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.¹⁹⁶ In relazione all'istituzione di tale norma, la dottrina internazionalista è intervenuta specificamente, ritenendo che l'inserimento di tale deroga avrebbe implicato, da un lato, di evitare un ricorso indiscriminato al principio secondo cui lo stato di necessità opera come limite generale agli obblighi internazionali, nel senso che la condotta imposta da una norma avrebbe cessato di essere vincolante allorché il rispetto di essa possa mettere in pericolo l'esistenza dello Stato; dall'altro lato, di evitare il venir meno degli Stati membri dalla Convenzione al sopravvenire di una situazione di guerra, o altro pericolo pubblico, che minacciasse la vita della nazione.¹⁹⁷ La creazione di un vincolo giuridicamente vincolante come l'art. 15 della Cedu rappresenta il risultato di un percorso particolarmente tortuoso, seppur voluto dal Consiglio d'Europa. Infatti, i lavori preparatori evidenziano che determinati Stati - in particolare, il Regno Unito - proposero l'istituzione di una deroga da inserirsi nella progetto di Convenzione, sebbene la prima proposta preparata dall'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa non contenesse alcuna disposizione normativa di deroga, ma

¹⁹⁴ European Court of Human Rights, *Al-Skeini v. The United Kingdom*, App. No. 55721/07, 7 July 2011.

¹⁹⁵ European Court of Human Rights, *Al-Jedda v. The United Kingdom*, App. No. 27021/08, 7 July 2011.

¹⁹⁶ PEJIC, JELENA. 2011. "The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law". In *The International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 883, pp. 837-851.

¹⁹⁷ CATALDI, G. 2001. *Art. 15. Deroga in caso di stato d'urgenza*. in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, pagg. 426-427.

soltanto una limitazione generale. L'elaborazione di una norma giuridica completa ed efficiente in materia di deroga ai diritti umani fu possibile in seguito alla presentazione di due proposte alternative durante i lavori preparatori: la prima, avente ad oggetto una mera enumerazione di diritti da tutelare in caso di emergenza pubblica; la seconda, relativa alla descrizione dettagliata dei diritti da proteggere, allegando prescrizioni specifiche per ciascun diritto individuato. Al termine dei lavori, la versione più dettagliata fu considerata maggiormente idonea a rappresentare il bilanciamento necessario fra legislazione ordinaria e regolamentazione emergenziale.¹⁹⁸ In riferimento a tale circostanza, è intervenuta la dottrina, che ha sostenuto la necessità di effettuare un'interpretazione particolarmente restrittiva, trattandosi di un'eccezione al sistema Cedu; infatti, gli artt. 8-11 consentono specifiche restrizioni a determinati diritti fondamentali in caso di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza. Diversamente, l'art. 15 è riferito a fenomeni di una gravità talmente eccezionale da concedere deroghe specifiche a diritti fondamentali che, invece, dovrebbero ricevere una tutela maggiore. In funzione della rilevanza attribuita alla norma giuridica in esame, è necessario affermare che essa non può essere oggetto di riserve da parte degli Stati e, in particolare, che quelle finora intervenute siano incompatibili con l'art. 57 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta specificamente *riserve di carattere generale*.

Ciò considerato, nonostante la ricerca di un equilibrio tra e diritti umani e sicurezza nazionale permetta di mitigare il rischio di una distorsione dello Stato di diritto, la stessa contemplazione di una sospensione del diritto (*deroga*) in nome della legge (*diritti umani*) è una contraddizione semantica, in quanto garantirebbe la tenuta della sicurezza dello Stato attraverso il sacrificio di principi e regole su cui esso si fonda. Pertanto, partendo dal presupposto che un'emergenza presuppone un evento improvviso, urgente, e solitamente imprevisto, che richiede un'azione immediata, è possibile che la deroga, anche se individuata come un concetto finito - temporaneo e straordinario - e mai

¹⁹⁸ Council of Europe, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, vol. IV, Committee of Experts - Committee of Ministers Conference of Senior Officials, 30 March - June 1950. In particolare, il Comitato di Esperti ritenne fondamentale specificare che "*since it had the advantage of excluding, even in the case of war or threat to the life of the nation, any derogation of certain fundamental rights, and because the procedure laid down in paragraph 3 could prove to be useful for the protection of human rights in exceptional circumstances*".

individuato come creazione di uno strumento volto all'applicazione permanente dei poteri di emergenza, divenga la "norma". In questo senso, sussistono numerosi esempi di prassi che dimostrano la deviazione dell'emergenza, trincerata nei sistemi culturali, giuridici e politici dello Stato. In particolare, nell'analisi dottrina, un principio rilevante è che molti governi considerano qualsiasi sfida alla loro autorità come una *minaccia*, facilitando l'uso delle disposizioni derogatorie e consentendo uno smantellamento dei meccanismi giuridici vigenti per la tutela dell'individuo.¹⁹⁹

La nozione di "confini impermeabili" tra normalità ed emergenza rappresenta il modello che riconosce la possibilità di un'azione extra-giuridica in caso di emergenza: questa separazione permette di sostenere che il sistema giuridico ordinario non sarà offuscato dalla necessità di emergenza o dalla "extra-legalità", rimanendo tale sistema intatto e pronto a riprendere la sua funzione ordinaria, quando si conclude la crisi temporanea. Inoltre, l'individuazione di "emergenze trincerate", complesse e prolungate implica una calibrazione. Il concetto per cui i poteri di emergenza devono essere descritti in modo adeguato, definendo un modello standardizzato è fuorviante ed inefficace come mezzo per valutare sia la pratica che il controllo dei regimi di emergenza.

Ciò considerato, il fenomeno emergenziale non deve ritenersi statico, in quanto le tradizionali discussioni stabiliscono che le esigenze eccezionali hanno vita breve, rappresentando fenomeni finiti, correlati in risposta e sostanza alla natura di una minaccia che è verificabile

¹⁹⁹ International Commission of Jurists, *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*, Geneva, International Commission of Jurists, 1983. In proposito, lo studio del 1983 elaborò un'analisi circa gli stati di emergenza a livello globale, con particolare riferimento alla prassi adottata da 19 Stati che avevano "sperimentato" lo stato di emergenza fra il 1960 e il 1970. Nel porre al centro dello studio il legame fra diritti umani e stato d'emergenza al centro delle questioni, la Commissione riscontrò un frequente utilizzo di poteri "eccezionali" in ogni regime emergenziale instaurato. In particolare, il Rapporto stabilisce un numero rilevante di modelli: a) una distinzione tra "regimi transitori di eccezione con obiettivi democratici; b) il ricorso a uno stato di emergenza corrisponde in molte circostanze al desiderio di un governo per la legalità; c) gli stati di emergenza sono frequentemente lontani dall'utilizzo di poteri repressivi senza un riconoscimento formale circa l'esistenza di una situazione di emergenza (stati di emergenza *de facto*); d) il riscontro empirico dimostra la tendenza per uno stato di emergenza a divenire permanente o ad effettuare lungimiranti cambiamenti autoritari verso norme giuridiche ordinarie preesistenti; e) in alcuni casi, l'uso eccessivo dei poteri d'emergenza è parzialmente motivato dalla persistenza di valori morali e costrutti politici assolutistici; f) l'abuso dei poteri d'emergenza è frequentemente il risultato di una trascuratezza per le garanzie giuridiche e costituzionali piuttosto che la carenza del diritto in sé.

oggettivamente ed è diffusa in estensione. Il modello *ideale* di emergenza presuppone che i suoi effetti non si irradiano sulle sue caratteristiche distintive e, pertanto, non rileva stabilire se il modello emergenziale è scorretto in sé come base giuridica e politica su cui legittimare e rendere esecutiva una situazione eccezionale - come il conflitto armato - con il consenso nazionale e internazionale, ma se questo standard è minato da un riconoscimento del fatto che la prassi statale non riesce a conformarsi al modello ideale e che l'esperienza emergenziale è significativamente diversa. Attraverso la persistente convinzione che le emergenze rappresentino un modello statico che impedisca di riconoscere modelli mutevoli di gestione delle crisi, la dottrina, la giurisprudenza e le istituzioni internazionali non riescono a scorgere alcun compromesso adeguato con il fenomeno dell'emergenza, in quanto esso è delimitato da schemi peculiari e spesso incoerenti fra loro.

Infine, un fattore determinante per l'analisi sulla rilevanza dello stato di emergenza riguarda la legittimità della deroga. In generale, questo problema supporta molteplici problematiche politiche e giuridiche, in particolare collegate all'applicazione della coercizione. Infatti, se uno Stato esercita una deroga giuridicamente prevista, dovrebbe ritenersi accettabile una violazione delle norme giuridiche internazionali per raggiungere tale obiettivo. Inoltre, un ulteriore aspetto della tesi della legittimità è se tale deroga garantisca benefici per scopi politici nazionali e internazionali a favore dei governi. Sul fronte interno, sovengono le percezioni che la particolare natura della crisi sia transitoria e limitata e che la dichiarazione di emergenza, così come il campo di applicazione delle misure specifiche adottate dall'autorità statale, sia soggetta a un esame rigoroso esterno, svolto da organismi giurisdizionali neutrali e obiettivi. Tuttavia, poiché questi organismi si sono dimostrati palesemente incapaci di affrontare la sindrome dell'emergenza prolungata, il governo trae benefici tangibili nell'adottare misure di deroga. In questo senso, sarebbe necessario stabilire se la sovranità rappresenterebbe un modo, per gli Stati, di agire come ha scelto.²⁰⁰

²⁰⁰ CHAYES, A.-HANDLER CHAYES, A. 1995. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press: Cambridge, p. 26.

3. I meccanismi di deroga ai diritti umani nei conflitti armati: dallo "jus ad tumultum" allo "jus in tumultu"

L'esistenza di un conflitto armato delimita necessariamente la rilevanza delle cause dell'emergenza sulle norme applicabili, in quanto, in questi casi, l'applicazione del diritto sulla tutela dei diritti umani in tempo di pace si interseca con quello delle corrispondenti norme del diritto umanitario. In primo luogo, dal punto di vista dottrinario, è possibile scorgere un approccio specifico che concepisce la guerra come fenomeno per cui è legittimo "giustificare" la sospensione diffusa della legalità, anche se tale conclusione sembri riscontrare particolare accoglimento, soprattutto, in ambito giurisprudenziale: in primo luogo, la sospensione della legalità è quasi inevitabile; in secondo luogo, il tentativo di individuare, *de jure*, le circostanze in cui la legalità può essere sospesa è insignificante; in terzo luogo, il tentativo di farlo è pernicioso, perché mina i valori importanti catturati nella tradizionale regola di diritto.²⁰¹

L'ipotesi dei regimi di eccezione si verifica in relazione ai governi che operano dopo l'invocazione dell'emergenza, e ciò richiama necessariamente la dottrina di Carl Schmitt, secondo cui il vero sovrano è la persona che ha il potere di invocare l'eccezione di una nazione.²⁰² In questo caso, partendo dal presupposto che la guerra rappresenta un

²⁰¹ TUSHNET, MARK. 2005. *Emergencies and the idea of Constitutionalism*. In: *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham, 2005, pp. 39-54. In particolare, l'Autore sottolinea che la clausola di sospensione è un esempio specifico relativo a questioni associate al restringimento dei poteri di emergenza attraverso un loro inserimento nella Costituzione. La principale difficoltà è che i relatori della Costituzione non possono anticipare tutte le occasioni in cui un governo penserà di invocare poteri emergenziali come necessaria scelta politica, né può individuare tutti i necessari criteri a cui esso dovrebbe fare riferimento in tale caso.

²⁰² SCHMITT, C. 2005. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, University of Chicago Press, p. 13. In particolare, l'Autore stabiliva che "All law is situational law. The sovereign produces and guarantees the situation in its totality. He has the monopoly over this last decision. Therein resides the essence of the state's sovereignty, which must be juristically defined correctly, not as the monopoly to coerce or to rule, but as the monopoly to decide. The exception reveals most clearly the essence of the State's authority". All'inizio, Schmitt sosteneva che il *rule of law* (liberale) non avrebbe potuto limitare la risposta di una nazione all'emergenza percepita. Egli distingueva tra una forma assoluta di regola emergenziale, in cui l'invocazione e l'uso dei poteri di emergenza fossero completamente vincolati, e una forma di *stato di diritto*, in cui il diritto indettesse le occasioni per invocare il potere d'emergenza, i criteri per farlo e le tipologie di azioni che il potere emergenziale giustifica.

evento differente da altre emergenze, una tale rigidità può essere riscontrata nell'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'art. 27 della Convenzione inter-americana, e nell'art. 2 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti.²⁰³ Tuttavia, questa distinzione non è presente agli artt. 4 della Carta araba dei diritti umani, e 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.²⁰⁴ Inoltre, è possibile riscontrare una discrepanza tra le convenzioni regionali e la Carta delle Nazioni Unite, che, all'art. 2, par. 4 stabilisce l'astensione degli Stati membri nelle loro relazioni internazionali dall'uso della forza contro l'integrità territoriale e l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, nonché in qualunque altra

²⁰³ In particolare, l'art. 15 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo stabilisce che *"in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale"*; l'art. 27, comma 1, della Convenzione Inter-Americana dei diritti umani recita che *"In tempo di guerra, in caso di pericolo pubblico o di altra emergenza che minaccia l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato Parte, lo Stato in questione può adottare misure in deroga agli obblighi assunti in forza della presente Convenzione nell'estensione e per il periodo di tempo strettamente richiesti dalle esigenze della situazione, a condizione che tali misure non siano incompatibili con ulteriori obblighi che gli derivano dal diritto internazionale e non comportino discriminazioni basate sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione o l'origine sociale"*; l'art 2, par. 2 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984 stabilisce che *"Nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura"*. Human Rights Committee, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001). Si veda DINSTEIN, Y. 2004, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 23. In particolare, l'Autore specifica che l'art. 4, par. 2 proibisce qualsiasi deroga a determinati diritti umani: il diritto alla vita, la libertà dalla tortura o trattamenti disumani o degradanti (anche non assoggettamento ad esperimenti medici o scientifici senza il consenso libero), la libertà dalla schiavitù o dalla servitù; la libertà dalla prigionia per debiti; il divieto di essere condannato per un comportamento commissivo od omissivo, che non costituisca reato al momento della sua commissione o l'essere soggetto ad una pena superiore a quella applicabile a quel tempo; il diritto al riconoscimento di persona davanti alla legge; la libertà di pensiero, coscienza e religione.

²⁰⁴ Human Rights Committee, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001). Specificamente, il par. 4 specifica che *"the obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers. Moreover, the mere fact that a permissible derogation from a specific provision may, of itself, be justified by the exigencies of the situation does not obviate the requirement that specific measures taken pursuant to the derogation must also be shown to be required by the exigencies of the situation. In practice, this will ensure that no provision of the Covenant, however validly derogated from will be entirely inapplicable to the behaviour of a State party"*.

maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite. Sulla base di questa formulazione, è chiaro che i trattati internazionali, con un esplicito riferimento alla guerra, devono applicarsi durante i fenomeni bellici. Diversamente, gli Stati non avrebbero dovuto aderire ad alcun requisito per la deroga (dichiarazione, notifica, non discriminazione, proporzionalità), rendendo di conseguenza le clausole di deroga superflue.²⁰⁵

L'applicazione delle norme *ad hoc* per la tutela dei diritti fondamentali, in caso di conflitto armato (diritto internazionale umanitario), comporta la concorrenza di tali regole con gli obblighi derivanti da trattati sui diritti umani applicabili in tempo di pace e di guerra. Paradossalmente, un conflitto armato che non soddisfi automaticamente le clausole di deroga, dovrebbe risponderne, in quanto vi è una misura qualitativa di gravità che richiede che le deroghe siano ammesse "soltanto se e nella misura in cui la situazione costituisce una minaccia per la vita della nazione".

Nel rispetto di tutte le circostanze che legittimano le clausole di deroga, è necessario analizzare brevemente il significato del termine "guerra".²⁰⁶ Infatti, rispetto al momento storico in cui fu redatta la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'ipotesi della *guerra classica*, preceduta da una dichiarazione formale, strumento principale degli Stati per dimostrare in modo inequivocabile l'*animus bellandi* e definire chiaramente l'inizio di una *stato di guerra*, è ormai obsoleto nella prassi; dunque, il termine in questione deve essere interpretato in senso più ampio, considerando l'espressione "conflitto armato", o eliminando il riferimento alla guerra, attraverso il collegamento generico a un pericolo pubblico.²⁰⁷ Inoltre, la soluzione più convincente sembra essere che a

²⁰⁵ DROEGE, CORDULA. 2007. "The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict". In *Israel Law Review*, no. 40, pp. 310-355.

²⁰⁶ In relazione al meccanismo derogatorio in caso di conflitto armato, rileva il pericolo interno per la sicurezza dello Stato senza conferire particolare importanza alla natura delle cause. Comunque, una questione particolarmente rilevante concerne la concezione di un conflitto armato superiore a quello conosciuto, ovvero la "guerra totale", intesa come evento bellico che genera l'annichilimento della persona Stato, o la sua estinzione. Per un approfondimento, si veda ANTONOPOULOS, N. 1967, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*. Leyden: Sijthoff, p. 219.

²⁰⁷ MANCINI, M. 2009. *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*. Giappichelli: Torino, pag. 19.

causa di una interpretazione ampia del termine, occorre includere conflitti armati interni e internazionali.²⁰⁸

Sulla base di questa base giuridica, è possibile delimitare i presupposti necessari per l'abrogazione temporanea di particolari diritti umani garantiti: 1) esistenza di uno stato di emergenza, 2) rispetto del principio di proporzionalità; 3) rispetto del principio di non discriminazione; 4) nessuna deroga ai diritti inderogabili; 5) coerenza delle misure di deroga con gli altri obblighi di diritto internazionale dello Stato Parte; 6) annuncio e notifica.²⁰⁹ La regolamentazione del rapporto tra conflitti armati e meccanismo di deroga deve essere analizzata partendo da due requisiti formali per la legittimità delle eccezioni: essi devono essere ufficialmente proclamati e notificati agli altri Stati parti del trattato.²¹⁰ In questo senso, una questione primaria rilevante è se i requisiti procedurali si applicano ai conflitti armati e, in caso affermativo, se uno Stato, non conformandosi ad essi, coinvolgerà tutta la gamma dei diritti umani. Dal punto di vista giurisprudenziale, è necessario precisare che la Corte europea dei diritti dell'uomo, in alcune sentenze riguardanti la violenza da parte dell'esercito russo in Cecenia, ha fondato la propria competenza ai sensi dell'art. 2 della CEDU, che sancisce il diritto alla vita, identificando tra i casi in cui "la morte non si considera cagionata in violazione di questo diritto", per i casi in cui sia indispensabile l'uso della forza per "reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o

²⁰⁸ EBOLI, V. 2010. *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*. Giuffrè: Milano, p. 31.

²⁰⁹ *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3, The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1)*, 1990, para. 10. In proposito, il Comitato stabiliva che "On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps "to the maximum of its available resources". In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations".

²¹⁰ KÉALIN, W. - KÜNZLI, J. 2009. *The Law of International Human Rights Protection*. New York: Oxford University Press, pp. 144-146.

un'insurrezione".²¹¹ In questo modo, la Corte, senza neanche menzionare il diritto umanitario, potrebbe riconoscere la mancanza, da parte dell'esercito, del requisito della necessità assoluta dell'azione di repressione armata, che deve sussistere non solo nella decisione di ricorrere alla forza, ma anche nella pianificazione ed esecuzione delle azioni. In questo modo, i giudici di Strasburgo elusero i limiti del diritto umanitario, in particolare nel riferimento ai conflitti non internazionali, al fine di garantire una più efficace tutela dei diritti fondamentali.²¹² Tuttavia, la prassi degli Stati non conferma questa comprensione rispetto al conflitto armato internazionale, in quanto, in tali situazioni, gli Stati non hanno derogato alla Convenzione europea (ex Jugoslavia, Kosovo, Afghanistan e Iraq).

La cristallizzazione di uno stato di emergenza all'interno di un conflitto armato implica una necessaria e specifica distinzione: infatti, proprio come il diritto internazionale distingue norme giuridiche che disciplinano l'inizio di un conflitto armato (*jus ad bellum*) da norme giuridiche che disciplinano la condotta delle ostilità (*jus in bello*), è possibile distinguere anche norme per la composizione di uno Stato all'interno di uno stato di emergenza e regole che governano il comportamento di uno Stato nella specifica crisi. In proposito, il riferimento a questi due corpi di diritto si qualificherebbe come "*jus ad tumultum*" e "*jus in tumultu*", che comprendono la creazione di uno *status* emergenziale nel diritto internazionale.²¹³ Paradossalmente, sembra che la comunità internazionale abbia ritenuto necessario concedere agli Stati una preoccupante limitazione dei diritti umani nel contesto di uno stato di emergenza, al fine di garantire la tutela di tali diritti, preservando le

²¹¹ SCHREUER, CHRISTOPH. 1982. "Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights". In *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, p.113. L'Autore specifica che l'applicazione, da parte della Corte di Strasburgo, dei principi di necessità e proporzionalità per legittimare le clausole di deroga. In aggiunta, tali clausole andrebbero applicate in riferimento a specifici eventi: la prova di un'emergenza che richieda una deroga; le informazioni relative alle esatte misure prese; i limiti di tempo specifici per la durata delle misure prese; rapporti biennali concernenti la necessità costante ai fini dell'attuazione di tali deroghe, evidenziando tutte le relazioni o le espansioni delle misure emergenziali.

²¹² European Court of Human Rights, *Isayeva and others v. Russia*, 57947-9/00, Judgment of 24 February 2005.

²¹³ AGAMBEN, G. 2005. *State of exception*. The University of Chicago Press: Chicago. In particolare, l'Autore sottolinea che la relazione tra *bellum* e *tumultus* è la stessa che esiste tra guerra e assedio militare da una parte, e stato d'eccezione e stato politico di assedio dall'altra parte.

istituzioni pubbliche attraverso l'attribuzione ad essi di poteri speciali. La giustificazione delle eccezioni è riscontrabile all'interno delle norme giuridiche relative allo stato di emergenza, in quanto tale *status* si manifesta soltanto qualora sussistano eventi quali "guerra, pericolo pubblico o altra emergenza" volti a minacciare "l'indipendenza o la sicurezza" di uno Stato Parte, dissolvendosi pertanto ogni limite legale e morale.²¹⁴

Ciò considerato, per quanto concerne il *jus ad tumultum*, ovvero il diritto a porre in essere un ordine giuridico straordinario, legittimato dalla gravità dei fenomeni, è possibile analizzare autorevolmente tale ambito attraverso un'adeguata interpretazione giurisprudenziale. Infatti, nel caso *Lawless v. Ireland* è possibile scorgere l'ipotesi emblematica di *emergenza pubblica*, sottoposta al vaglio della Corte di Strasburgo, concepita e definita come *pericolo o crisi presente o imminente, eccezionale che coinvolge tutta la popolazione e costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità*.²¹⁵ Tale definizione è stata evidenziata dalla Commissione Inter-Americana dei diritti umani, che ha accettato l'orientamento di Strasburgo, stabilendo che un conflitto armato non può supportare lo stato di emergenza, qualora le misure eccezionali non siano temporanee e il conflitto armato comprometta *la costante sostenibilità della comunità organizzata nel suo complesso*.²¹⁶

La verifica dei requisiti necessari per l'esistenza di uno stato di emergenza implica l'adozione di norme giuridiche specifiche per la regolamentazione della condotta in relazione ai poteri attribuiti esercitabili dagli Stati. In proposito, rileva il caso *Sadik and Others v. Turkey*, in cui la Corte di Strasburgo aveva dichiarato che, attraverso il diritto internazionale, i poteri discrezionali esecutivi e legislativi esercitabili dagli Stati sono contenuti, e non possono essere impiegati al di là dell'ambito temporale e geografico indicato nella notifica di deroga. Inoltre, tale caso evidenziava che se la minaccia fosse stata circoscritta ad una determinata zona del territorio, allora sussiste la necessità che le

²¹⁴ ACKERMAN, BRUCE. 2004, "The Emergency Constitution". In *Yale Law Journal*, 1029-1031. L'Autore sostiene che il caso paradigmatico per i poteri di emergenza si palesa in un'imminente minaccia all'esistenza stessa dello Stato, che necessita di potenziare il potere politico esecutivo attraverso misure straordinarie.

²¹⁵ *Lawless v. Ireland* [Lawless Commission], 1 Eur. Ct. H.R. (ser. B) at 82, § 90 (1960-1961).

²¹⁶ *Judicial Guarantees in States of Emergency*, (Arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87, October 6, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 9 (1987).

deroghe ex art. 15 Cedu si applichino soltanto a quel territorio²¹⁷. Nonostante la notifica della deroga rappresenti un requisito fondamentale per la regolamentazione dell'emergenza, gli Stati devono definire e adattare le loro soluzioni per minimizzare l'impatto potenziale sui diritti umani, che possono essere sospesi solo se derogabili e se le misure sospensive non intacchino la loro struttura, ma siano funzionali allo scopo preventivo per cui sono state attuate, così come è necessaria una concezione soggettiva della proporzionalità, che richieda l'uso di tali misure parzialmente limitative delle libertà protette dai trattati sospesi.²¹⁸ Pertanto, le convenzioni sui diritti umani contengono cataloghi concorrenti circa le norme inderogabili, che differiscono notevolmente tra loro in forma e sostanza. Essendo l'approccio del diritto internazionale agli stati di emergenza incoerente per molti aspetti, sarebbe auspicabile un'interpretazione rigida in proposito, al fine di delineare la base filosofica dei diritti umani riconducibile agli obblighi giuridici (*hard law*). Finché la teoria dei diritti umani non sarà affine alla prassi e ai diritti umani *positivi*, la comunità internazionale continuerà a scontrarsi con le questioni basilari inerenti il contenuto del *jus ad tumultum* e del *jus in tumultu*, comprese le condizioni che giustificerebbero una dichiarazione di emergenza, la reale portata del *jus cogens*, e il margine di apprezzamento dovuto dai tribunali internazionali agli Stati che applicano deroghe agli obblighi relativi ai diritti umani. In questo senso, dal punto di vista dottrinario, è stata elaborata la cosiddetta *teoria fiduciaria* (*fiduciary theory*), basata su un principio di legalità che autorizza lo Stato ad esercitare poteri pubblici in nome e per conto della sua popolazione, ma soggetta a rigorosi vincoli giuridici che tutelano la dignità intrinseca dei soggetti in qualità di liberi ed eguali beneficiari dell'azione dello Stato. In particolare, in base ai poteri pubblici che uno Stato acquisirebbe in associazione alla sovranità, rilevarebbe anche l'obbligo fiduciario che ne sorge per stabilire l'ordine giuridico a nome di cittadini e non-cittadini sottoposti a tali poteri. Partendo dal principio per cui tutti gli uomini godono di eguale libertà all'interno di un ordinamento giuridico kantiano, in quanto ogni individuo è considerato in possesso di ragione e autodeterminazione, il diritto ha la funzione di

²¹⁷ European Court of Human Rights, *Sakik and Others v. Turkey*, 87/1996/67/897-902, 26 November 1997. In questo caso, la Corte considerava la sospensione dei diritti umani da parte della Turchia oltre i limiti indicati nella notifica di deroga.

²¹⁸ CRIDDLE, EVAN-FOX-DECENT, EVAN, *Supra*, 50.

salvaguardare in senso particolaristico ogni soggetto: quindi, l'unica forma di libertà lecita è quella egualitaria e, pertanto, il diritto delimita le restrizioni alla libertà personale, che in questo caso sarebbero motivate dall'eccezionalità di un evento come la guerra, evitando in ogni modo che si manifesti il dominio o lo sfruttamento da parte di un individuo - o governo - verso un altro.²¹⁹ Quindi, tale teoria stabilisce che lo stesso Stato deve astenersi dall'adozione di leggi, politiche o prassi che, deliberatamente, vittimizzano o, arbitrariamente, minaccino l'integrità dei soggetti sottoposti ai suoi poteri. Dal punto di vista dottrinario, è necessario descrivere tre principi fondamentali in virtù dei quali le norme internazionali possono qualificarsi come diritti umani: il *principio di integrità*, per cui i diritti umani devono tutelare l'integrità della popolazione in misura maggiore rispetto alla tutela dello Stato e delle istituzioni; il *principio di eguaglianza morale*, che richiede l'equità e l'imparzialità degli individui sottoposti al potere statale; in terzo luogo, il *principio di sollecitudine*, in base al quale i diritti umani devono riflettere il perseguimento dei legittimi interessi dei soggetti appartenenti a uno Stato.²²⁰ Nel rispetto di tali criteri, i diritti umani, supportati dalla *fiduciary theory*, possono essere considerati come *legal rights*, in quanto derivanti da obblighi fiduciari che tutti gli Stati, in qualità di attori sovrani, devono rispettare, indipendentemente dal fatto che essi abbiano adottato determinate convenzioni internazionali sui diritti umani. Attraverso la teoria fiduciaria, è possibile giustificare le restrizioni applicabili ai diritti umani in virtù di una giusta sospensione derivante dalla deroga. In questo senso, occorre chiedersi, in seguito alla sospensione del diritto, cosa occorre limitare. In relazione ai trattati internazionali, nell'ambito della teoria fiduciaria, la deroga sospende soltanto l'obbligo derivante dal trattato di rispettare, proteggere o soddisfare specifici diritti umani. In particolare, questi diritti vengono costantemente posseduti dagli individui, sulla base del rapporto fiduciario Stato-soggetto, e un caso del genere svincola gli Stati dagli obblighi loro attribuibili in virtù dei trattati, concedendo consistenti restrizioni ai diritti umani attraverso il *jus in tumultu*, in cui i diritti sottoposti alle restrizioni si intendono riconducibili a un rapporto fiduciario Stato/individuo, piuttosto che a un trattato.

²¹⁹ CRIDDLE, EVAN-FOX-DECENT, EVAN. *Supra*, 54.

²²⁰ FULLER, L. 1964. *The morality of law*. Yale University Press: Yale, p. 31.

Sulla base di tali argomentazioni, è necessario focalizzare l'analisi dello stato di emergenza su una questione cardinale: è possibile concepire diritti umani derogabili e inderogabili alla luce del fenomeno bellico? Lo stato di emergenza sembrerebbe creare un contesto politico e giuridico *sui generis*, parallelo al sistema giuridico dei diritti umani, nonché estraneo ad ogni limitazione dovuta alla considerazione dei diritti umani come *jus cogens*. In primo luogo, la *fiduciary theory* dei diritti umani chiarisce le ragioni per cui la categoria dei diritti derogabili sia contrassegnata dall'accezione "*rights*" mentre è in vigore la deroga durante le emergenze. Specificamente, la deroga dei diritti umani all'interno dello stato di emergenza è stata ampiamente argomentata nel dibattito dottrinario, soffermando l'attenzione sul fatto che tali diritti sono astratti, illimitati e inalienabili, posseduti da tutti gli esseri umani solo in virtù del *principio di umanità* su cui si fondano.²²¹ Pertanto, in relazione alla teoria fiduciaria, i diritti umani non sono considerati astratti o illimitati, perché sono diritti relazionali che riflettono la capacità morale in qualità di agenti autodeterminanti che pongono un'istituzione pubblica sotto gli obblighi di legge. Dunque, la portata e l'applicazione dei diritti umani possono considerarsi in modo relazionale, in riferimento ai doveri fiduciari che risiedono nello Stato. In particolare, in caso di fenomeni come l'aggressività militare straniera o la guerra civile, l'emergenza pubblica desta specifici dubbi in relazione ai potenziali pregiudizi arrecabili dallo Stato affievolendo le garanzie di sicurezza e libertà: in tal modo, se un pericolo pubblico rende uno Stato in grado di controllare il grado di coercizione esercitabile attraverso poteri straordinari, è indubbio che i cittadini, ma prima ancora gli individui, siano potenziali vittime di violenze arbitrarie. Si pensi, altresì, alle ipotesi di insurrezione militare, in cui possono verificarsi detenzioni amministrative arbitrarie, senza alcuna autorizzazione da parte di un tribunale: in questo caso, la teoria fiduciaria rappresenterebbe un modello teorico particolarmente rigoroso per impedire che l'attuazione di poteri eccezionali possa divenire illimitata e arbitraria. Per tale ragione, la teoria fiduciaria affronta i pericoli derivanti dalle emergenze, per contenere la legittimazione allo Stato di poteri che pongono restrizioni ai diritti umani derogabili - comprese le deroghe alle

²²¹ DONNELLY, J. 1998. *International Human Rights*. Westview Press: Boulder, pp. 18-20; GEWIRTH, A. 1982. *Human Rights: essays on justification and application*. The University of Chicago Press: Chicago, pp. 1-2.

convenzioni sui diritti dell'uomo - al fine di ripristinare un sistema garantista di eguaglianza e libertà. Da questo punto di vista, è possibile concepire le deroghe ai diritti umani come un'estensione della loro logica interna, e non come una limitazione di tali diritti. In questo senso, attraverso la *fiduciary theory*, l'ipotesi in cui uno Stato non è in grado di dichiarare uno stato d'emergenza senza che le circostanze urgenti impediscano ad esso di garantire libertà, eguaglianza e sicurezza attraverso l'affidamento alle leggi, alle prassi o alle procedure che si applicano al di fuori di un'emergenza implica il richiamo al *jus ad tumultum*; invece, quando uno Stato ritiene che tale soglia sia stata superata e invochi poteri di emergenza, esso deve astenersi dal sospendere i diritti umani oltre i limiti strettamente necessari imposti dalla situazione, attraverso l'applicazione del *jus in tumultu*. La conduzione di questa deroga a due stadi ha un grande significato nell'ambito della teoria fiduciaria: infatti, le istituzioni pubbliche devono esercitare le loro competenze attraverso un processo decisionale deliberativo che onora la dignità dei soggetti come agenti liberi ed eguali. In particolare, occorre evidenziare tre principi fondamentali della *fiduciary theory* particolarmente rilevanti nel contesto delle emergenze pubbliche: giustificazione, notifica e contestazione. In primo luogo, quando gli Stati decidono di invocare poteri di emergenza, devono fornire una giustificazione pubblica appropriata per le loro decisioni di deroga, specificando le circostanze di fatto rilevanti e spiegando il motivo per cui sono strettamente necessari per affrontare tale evento: l'ingresso in uno "stato di emergenza" deve essere sottoposto a notifica pubblica, a cui allegare ogni misura normativa e politica volta a contrastare la crisi, garantendo a tutti coloro che verranno colpiti da tale ingerenza di ricevere adeguata comunicazione in proposito. Inoltre, quando gli organi istituzionali pongono in essere le deroghe ai diritti umani, le loro decisioni devono essere sottoposte a una contestazione pubblica per garantire che i poteri di emergenza non degenerino in dominio e sfruttamento. L'osservanza di questi principi dimostra un adeguato rispetto della dignità umana, mitigando considerevolmente i dubbi sussistenti circa l'adeguata allocazione dei poteri di emergenza all'interno del rapporto fiduciario fra potere pubblico e collettività. Inoltre, è indubbio che tali principi possono essere applicati nella pratica per rafforzare la costituzione dell'emergenza come settore del diritto internazionale.

Ciò considerato, per quanto concerne il *jus ad tumultum*, sussiste un insieme di principi offerti dalla teoria fiduciaria, a partire dal generale obbligo fiduciario dello Stato di fornire un regime di libertà sicuro ed egualitario. La necessità di una dichiarazione di uno stato di emergenza dipende dalle rigide circostanze che limitano la capacità dello Stato di garantire la libertà senza ricorrere a leggi politiche o pratiche che pregiudicherebbero gli obblighi fiduciari pendenti sullo Stato. In questo senso, una potenziale contraddizione potrebbe sorgere in merito alla necessità di garantire un'eguale privazione di determinate libertà, così da assicurare una forza coercitiva adeguatamente calibrata nel porre in essere il procedimento di deroga considerato necessario. L'ipotesi di una crisi - in particolare, il conflitto armato - comporterebbe la necessaria esistenza di tre fattori fondamentali: *l'eccezionalità*, secondo la quale l'evento deve essere riconosciuto come straordinario e urgente; *il rischio*, per cui l'applicazione della deroga deve essere contestuale al verificarsi dell'evento; *la transitorietà*, secondo cui lo Stato deve cessare l'esercizio di poteri emergenziali immediatamente dopo la cessazione dell'evento. Tuttavia, l'analisi diventa più complessa quando è necessario far fronte a stati di emergenza permanenti o istituzionalizzati, veri e propri ostacoli al principio fiduciario che supporta la creazione di un istituto giuridico dell'emergenza nel diritto internazionale, nonché le emergenze radicate, che articolano il principio fiduciario in modo troppo durevole, violando i principi di temporaneità ed eccezionalità.

Mentre tutte le azioni coercitive esercitate dallo Stato richiedono una giustificazione, lo Stato detiene un onere speciale nel giustificare le restrizioni alle libertà personali, principalmente quando aderisce all'orientamento per cui situazioni contingenti richiedono il ricorso a poteri che normalmente violano il principio fiduciario. Pertanto, il rischio di una giustificazione costante e dannosa per la deroga appare persistente, e ciò rappresenta il punto di rottura di ogni bilanciamento giuridico alla luce del principio per cui lo stato di emergenza è una *patologia* del sistema dei diritti umani. Le condizioni in cui versa il diritto internazionale dei diritti umani fornisce, paradossalmente, un sistema di tutela della dignità umana all'interno di un contesto socio-politico non emergenziale. In relazione al contesto applicativo dello *jus in tumultu*, all'interno dell'emergenza, la limitazione dell'esercizio dei diritti umani richiede, attraverso la teoria fiduciaria, una ragionevole e motivata giustificazione pubblica relativa alle misure particolari. Nonostante la

giustificazione, così come la motivazione delle misure di emergenza adottate mantenga un equilibrio tra il potere dello stato di emergenza e la comunità, comunque una differenza fra sovranità e sicurezza rimane. In particolare, nel contesto dello *jus in tumultu*, l'obiettivo principale della giustificazione ricade sul principio di necessità, secondo cui gli Stati possono limitare i diritti umani solo nella misura "strettamente necessaria" per ripristinare l'ordine pubblico.²²² Sulla base di questo principio, gli Stati devono individuare l'insieme di misure disponibili per affrontare un contesto emergenziale e, dunque, per individuare quelle misure proporzionali al fine designato. La comprensione delle clausole di deroga generali nelle convenzioni sui diritti umani consente di stabilire i limiti entro cui tali misure possono considerarsi necessarie e, con l'applicazione del principio di proporzionalità, gli Stati possono affrontare la gravità, la durata e la portata delle misure di emergenza, così come considerare la compatibilità delle misure con il diritto nazionale e gli altri obblighi internazionali. L'applicazione delle clausole di deroga può essere contenuta e monitorata se gli Stati Parti garantiscono la notifica di qualsiasi esercizio di poteri emergenziali, ma tale requisito presuppone benefici soltanto a favore del territorio nazionale in cui tali misure vengono esercitate, e non anche della comunità internazionale. Tradizionalmente, gli obblighi di notifica venivano intesi principalmente come un dispositivo per facilitare il monitoraggio internazionale, e quando gli Stati provvedono a dare notifica in base agli obblighi derivanti dai trattati adottati, è possibile

²²² *Silva et al. v. Uruguay*, Human Rights Committee, Communication No. 34/1978, adopted April, 8th 1981, U.N. GAOR, 12th Sess., para. 8.3, U.N. Doc. CCPR/C/12/D/34/1978 (1981), secondo cui "Although the sovereign right of a State party to declare a state of emergency is not questioned, yet, in the specific context of the present communication, the Human Rights Committee is of the opinion that a State, by merely invoking the existence of exceptional circumstances, cannot evade the obligations which it has undertaken by ratifying the Covenant. Although the substantive right to take derogatory measures may not depend on a formal notification being made pursuant to article 4 (3) of the Covenant, the State party concerned is duty-bound to give a sufficiently detailed account of the relevant facts when it invokes article 4 (1) of the Covenant in proceedings under the Optional Protocol. It is the function of the Human Rights Committee, acting under the Optional Protocol, to see to it that States parties live up to their commitments under the Covenant. In order to discharge this function and to assess whether a situation of the kind described in article 4 (1) of the Covenant exists in the country concerned, it needs full and comprehensive information. If the respondent Government does not furnish the required justification itself, as it is required to do under article 4 (2) of the Optional Protocol and article 4 (3) of the Covenant, the Human Rights Committee cannot conclude that valid reasons exist to legitimize a departure from the normal legal regime prescribed by the Covenant."

garantire nei confronti di tribunali internazionali e regionali adeguata contezza circa le possibili violazioni dei diritti umani perpetrate. La notifica di emergenza proclamata assicura l'autorevolezza dell'autorità statale in perfetta conformità al carattere fiduciario insito nel suo rapporto con la comunità: infatti, le proclamazioni di emergenza devono individuare le circostanze che costituiscono l'emergenza pubblica, i particolari diritti sospesi, le misure reattive dello Stato e le ragioni dello Stato per la selezione di tali misure.²²³

In secondo luogo, occorre evidenziare che le violazioni di *jus ad tumultum* e *jus in tumultu* implicano l'applicazione del principio di contestabilità, che, alla luce del dibattito dottrinario sorto in proposito, deriva dal cosiddetto *principle of non-domination*. In proposito, la contestazione dei poteri straordinari esercitati dagli Stati aiuta a prevenire ogni possibile arbitrarietà e, infatti, l'analisi delle ragioni che giustificano lo stato d'eccezione rappresenta l'unica strategia per garantire un monitoraggio costante nei confronti di quegli Stati che esercitano tali poteri. Ogni volta che gli Stati violano le dimensioni dello *jus ad tumultum* e dello *jus in tumultu*, ovvero quell'insieme circoscritto di norme e regole volte a contenere e regolamentare un'emergenza, gli individui colpiti devono poter revisionare le azioni svolte dagli Stati per avere la certezza che le misure di emergenza sono funzionali ad una "giustificazione obiettiva" nella costituzione di un potenziale *diritto internazionale dell'emergenza*.²²⁴

4. La dottrina del margine di apprezzamento

In relazione alla gestione dei poteri d'emergenza, la dottrina del margine di apprezzamento rappresenta uno strumento particolarmente rilevante, principalmente nel garantire un bilanciamento fra clausole di deroga e diritti umani durante i conflitti armati.²²⁵ Infatti, nel diritto internazionale pattizio, con specifico riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tale dottrina si basa sulla legittima discrezionalità

²²³ Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Bolivia, Inter-American Court of Human Rights, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 6, rev. 2, ch. I, § G, ¶ 2 (1981).

²²⁴ PETTIT, PHILIP. 2001. "Deliberative Democracy and the Discursive Dilemma". In *Philosophical Issues*, Vol. 11, No. 1, 268-299.

²²⁵ HIGGINS, ROSALYN. 1976-77. "Derogations under Human Rights Treaties". In *British Yearbook of International Law*, Vol. 48, pp. 281-320.

accordata agli Stati contraenti dalla Convenzione medesima.²²⁶ I vantaggi derivanti da tale strumento si riflettono principalmente nell'ambito giurisdizionale, con particolare riferimento al monitoraggio sulla discrezionalità degli Stati nell'applicazione delle clausole di deroga ai diritti umani. In generale, è possibile scorgere molteplici definizioni dottrinarie del margine di apprezzamento: da un lato, si considera *il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nel modo in cui essi attuano le norme della Convenzione, tenendo conto delle loro particolari condizioni e circostanze nazionali;*²²⁷ dall'altro lato, tale istituto rappresenterebbe *l'approccio generale della Corte europea dei diritti dell'uomo per il delicato compito di bilanciare la sovranità delle Parti contraenti con i loro obblighi ai sensi della Convenzione.*²²⁸ Un tale potere decisionale rappresenta un'area lasciata agli Stati parti nell'applicazione della Convenzione per il raggiungimento di specifici interessi dello Stato e, in tal senso, la Corte controlla questa zona di deroga concessa in determinate circostanze in cui questo obiettivo comporta scelte e decisioni pregiudizievoli per i diritti fondamentali. Pertanto, si può ritenere che lo scopo principale di tale dottrina consista nel garantire un equilibrio fra sovranità nazionale e obblighi internazionali, in quanto strumento per la promozione della diversità che caratterizza il patrimonio costituzionale dei diritti in vari Stati parti.²²⁹ Nel dibattito dottrinario, l'ulteriore equilibrio tra potere giudiziario e potere statale nella gestione del potere discrezionale è stato sottoposto ad ampia analisi: infatti, da un lato, si è ritenuto che il margine di apprezzamento impedisse possibili conflitti, assicurando un equilibrio;²³⁰ dall'altro lato, è stato sostenuto che il rafforzamento del margine contribuisce ad una concezione relativistica dei diritti, manifestandosi una vera e propria

²²⁶ In proposito, si veda MERRILLS, J. 1993. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. Manchester University Press: Manchester, p. 151.

²²⁷ ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA. 2001. "The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration". In *Revue Européenne de Droit Public*, p. 1162.

²²⁸ MACDONALD, RONALD. 1992. "The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights". In *Collected Courses of the Academy of European Law*, p. 95.

²²⁹ DE LA RASILLA DEL MORAL, IGNACIO. 2007. "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine". In *German Law Journal*, vol. 7, no. 6, p. 611-623.

²³⁰ GALETTA, DIANA. 1999. "Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio". In *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 750.

abdicazione dei poteri della Corte per il ruolo principale di tutore sugli standard dei diritti della Convenzione.²³¹

In un primo momento, la dottrina del margine di apprezzamento è stata adottata per le questioni di sicurezza nazionale, coinvolgendo l'applicazione dell'art. 15 della Cedu, in riferimento alla guerra o all'estremo pericolo per la vita della nazione. Nell'ambito della Cedu, il margine nazionale di apprezzamento può essere definito come la libertà di agire, o la *latitude of deference*, che la Corte di Strasburgo concede agli organi legislativi, esecutivi e giurisdizionali prima che si disponga una deroga nazionale dalla Convenzione, o la restrizione o la limitazione su un diritto garantito dalla Convenzione, che rappresenterebbe una violazione, qualora non vi fosse il supporto normativo necessario a concedere tale sospensione: si tratta di una linea alla quale il controllo internazionale dovrebbe cedere il passo a discrezione di uno Stato Parte di emanare o far rispettare le sue leggi. A tal proposito, è stato affermato che la teoria del margine di apprezzamento concede ad ogni Stato di essere l'unico soggetto capace di valutare realmente non tanto la portata astratta del pericolo, quanto l'impatto concreto nell'ordinamento giuridico interno alla luce del modo di essere di quest'ultimo e del grado di assorbimento del pericolo garantito dagli strumenti ordinari.²³²

Il fatto che la dottrina del margine sia stata incorporata nella giurisprudenza della Cedu all'art. 15, nel contesto della "guerra" o "altra emergenza pubblica che minacci la vita della nazione" mette in risalto la teoria che le sue origini risalgano alla dottrina della legge marziale come pure dalla dottrina del diritto amministrativo continentale.²³³ Infatti, nel caso *Greece v. United Kingdom*, furono presentati alla Commissione due ricorsi attinenti a molteplici violazioni delle disposizioni della Convenzione europea da parte del Regno Unito, durante il periodo di amministrazione inglese presso l'isola di Cipro.²³⁴ La questione fu sollevata in virtù dei poteri vigenti in capo alla Commissione, che poteva

²³¹ HUTCHINSON, MICHAEL. 1999. "The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights". In *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, no. 3, p. 638-650.

²³² CATALDI, GIUSEPPE. 2006. "Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza". In *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*.

²³³ YOUROW, H. 1996. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics in the Dynamics of European Convention on Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, pp. 13-15.

²³⁴ European Commission of Human Rights, *Greece v. United Kingdom*, No. 176/167, 299/57.

esercitare una rilevante ingerenza nei confronti degli Stati che, invocando l'art. 15, si allontanavano dagli obblighi insiti nella Convenzione. Nel caso specifico, la Commissione ritenne vigente la sua competenza a pronunciarsi sull'esistenza effettiva di un pericolo pubblico che, ai sensi dell'art. 15, avrebbe concesso allo Stato contraente interessato il diritto di derogare dagli obblighi previsti dalla Convenzione. Inoltre, la Commissione ha aggiunto che "il governo dovrebbe essere in grado di esercitare un certo margine di discrezionalità nel valutare la portata strettamente richiesta dalle esigenze della situazione". In questo senso, il caso *Lawless v. Ireland* è emblematico, in quanto la Corte riconobbe la competenza dello Stato interessato circa la sua determinazione dello stato di emergenza, a seconda della posizione assunta da esso rispetto al pericolo esistente e, quindi, più in grado di verificare l'esistenza e l'entità del pericolo.²³⁵ In questo caso, per la prima volta gli Stati hanno permesso un margine di discrezionalità nel valutare se esistano le condizioni della "guerra" e della "emergenza pubblica che minacci la vita della nazione". Pertanto, in questo caso, si è posta in essere la presunzione di esistenza dello stato di emergenza imposta dallo Stato. Tale orientamento giurisprudenziale è stato confermato nel caso *Ireland v. United Kingdom*, in cui venne stabilita la necessità di valutare l'esistenza di uno stato d'emergenza, anche se questo fatto non è stato contestato dalle parti. In particolare, è stato ritenuto opportuno esercitare un controllo sull'esercizio del potere di deroga da parte dello Stato, controllando le condizioni, e queste linee guida hanno accentuato la discrezionalità concessa allo Stato, così come il meccanismo giurisdizionale che garantisce la legittimità della deroga comporta una successiva verifica del rispetto dei limiti di autorizzazione da parte dello Stato. Inoltre, questo approccio è stato confermato nel caso *Brannigan and McBride v. United Kingdom*.²³⁶ In questo caso, i ricorrenti contestavano i poteri stragiudiziali di detenzione esercitati nel 1974 dal governo britannico. In particolare, ciò che veniva evidenziato era che i governi, di fronte a pronunce giurisdizionali di diniego in merito alla sospensione di diritti derogabili, mantenevano i poteri straordinari, alimentando una discrezionalità libera che stabilisse i tempi e le modalità della deroga, al

²³⁵ In particolare, si veda EWING, KEITH. 2007. "The political constitution of emergency powers: a comment". In *International Journal of Law in Context*, 3: 313-318.

²³⁶ European Court of Human Rights, *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, No. 14553/89, 14554/89. Judgment of 25 May 1993.

fine di mantenere il potere. L'uso prolungato di questi poteri straordinari ha un effetto acuto sui costrutti sociali dello Stato di diritto, in quanto la normalizzazione dell'emergenza ostacola il controllo internazionale. Questo processo di normalizzazione nasconde l'esistenza e la proliferazione delle emergenze permanenti, limitando il monitoraggio e il riconoscimento adeguato di tali situazioni. Le disposizioni di deroga dei principali strumenti internazionali sui diritti umani non sono stati progettati per essere meccanismi per affrontare una legislazione sovrana "ordinaria". Le leggi repressive "ordinarie" utilizzate come strumenti per limitare quei diritti tutelati dagli strumenti internazionali e regionali invocheranno azioni di emergenza e di deroga a livello internazionale solo quando la portata e la violazione dei diritti si estenderà oltre i limiti consentiti dalla giurisprudenza relativa alla limitazione di un particolare diritto. Per quanto riguarda i sistemi del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Convenzione Americana sui diritti umani, la dottrina del margine di apprezzamento deve essere considerata in modo diverso. Infatti, in questo caso, in uno stato di emergenza, il requisito dell'estrema gravità impone uno stato d'assedio strettamente controllato. Nel quadro della Convenzione Americana, gli Stati parti possono limitare l'esercizio di alcuni diritti senza ricorrere ad un'azione più drastica e radicale coinvolta nel dichiarare lo stato d'assedio.²³⁷

In particolare, nel caso *Landinelli Silva v. Uruguay*, alcuni cittadini uruguaiani residenti in Messico contestavano la privazione dei diritti politici di fronte alla Commissione, che non riteneva la mera sussistenza di una situazione d'emergenza sufficiente a giustificare l'esenzione.²³⁸ La Commissione affermava che la valutazione del diritto nazionale relativa all'esistenza di una situazione d'emergenza non fosse di per sé sufficiente a collegarsi all'art. 4, par. 1. Infatti, la Commissione valutava la configurabilità del caso sulla base di prove oggettive, in quanto in ciò si manifestava la responsabilità dello Stato. Allo stesso modo, nel caso

²³⁷ GROSSMAN, CLAUDIO. 1986. "A Framework for the examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights". In *American University International Law Review*, Vol. 1, Issue 1, p. 44. In proposito, l'Autore ha azzardato una definizione particolarmente circoscritta dello stato di emergenza, attribuendo una responsabilità a carico dell'autorità statale nella gestione e regolamentazione della crisi. Infatti, secondo l'Autore, lo stato di emergenza è un'azione governativa scattata durante una straordinaria crisi nazionale che comporta solitamente ampie restrizioni sui diritti umani al fine di risolvere la crisi.

²³⁸ Communication No. R. 8/34, *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay* (Views adopted on 8 April 1981) in UN doc. GAOR, A/36/40, p. 132, para. 8.3.

Montejo v. Colombia, è possibile sottolineare la posizione assunta dalla Commissione, con la quale il potere discrezionale degli Stati sembrerebbe minore, essendo parametri di valutazione oggettivi delle circostanze rilevanti.²³⁹ In conformità a tali interpretazioni giurisprudenziali, si può scorgere una dicotomia tra il Comitato e la Corte di Strasburgo, dovuta principalmente ad una presunzione primordiale della natura democratica dei sistemi interni, sulla base di una coesione tra gli Stati europei. Inoltre, il sistema europeo preferisce sempre una “supervisione” degli organi di Strasburgo, indipendentemente dal grado di discrezionalità concesso agli Stati. Invece, gli aspetti comuni che possono essere riconosciuti sono la “gravità”, riguardante una minaccia per la sopravvivenza di tutta la popolazione (tali minacce dovrebbero essere globali, in quanto i pericoli che coinvolgono aree limitate del territorio nazionale non sono considerate rilevanti), e “l’eccezionalità”, elemento essenziale del pericolo che non può consistere in mere tensioni politiche interne o ad altri eventi controllabili attraverso la legislazione ordinaria, altrimenti l’elemento temporale è considerato in modo diverso: infatti, la rilevanza e l’irrelevanza di una mera potenzialità rappresenta un elemento comune, ma, nel sistema europeo, “l’imminenza” ha un’accezione significativa, in quanto il pericolo non è ancora in atto, ma sul punto di realizzarsi.

5. La sovrapposizione fra diritti umani e diritto umanitario nei meccanismi di deroga

La manifestazione di stati d’emergenza derivanti da un conflitto armato implica necessariamente la trattazione del rapporto tra diritti umani e diritto umanitario, oggetto di molteplici questioni relative

²³⁹ *Consuelo Salgar de Montejo v. Colombia*, Communication No. 64/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 127 (1985). In particolare, nel paragrafo 8.2, viene evidenziato che “the Government of Colombia cannot, in the present case, invoke article 4 of the Covenant because it has not so far fulfilled the requirements of that provision in respect of states of emergency and derogations from its obligations under the Covenant. The author states that under article 121 of the Colombian Constitution a state of siege has, for all intents and purposes, been in effect in Colombia since the disturbances of 9 April 1948. She mentioned, in particular, that by Decree No. 2131 of 7 October 1976, the previous Government of Colombia declared “a disturbance of public order and a state of siege throughout the national territory” to put an end to the “unconstitutional stoppage” which was in progress at the Colombian Institute of Social Security and was, according to the Decree, affecting “its medical, paramedical and auxiliary services”. She added that although the strike was broken within a few months, the state of siege has been extended sine die”.

all'applicabilità in un contesto emergenziale che può non manifestare i parametri di un conflitto armato, ma delinea i tratti di uno stravolgimento del modello politico democratico. L'idea per cui il diritto umanitario potrebbe considerarsi come *emergency law* indica la necessaria sussistenza di un terreno comune tra il sistema giuridico umanitario e quello dei diritti umani, nonché il principio per cui entrambi i sistemi comprendono un insieme di diritti inderogabili da tutelare in ogni circostanza da valutarsi con particolare attenzione. La possibilità di concepire un nuovo sistema normativo che formalizzi il terreno comune su cui si fondano diritto umanitario e diritti umani è particolarmente complessa, e tale approccio dovrebbe essere superato attraverso il consolidamento dei principi e delle norme giuridiche esistenti nei due sistemi attraverso un dettagliato consolidamento.

In primo luogo, l'applicazione simultanea dei due sistemi giuridici può generare una sovrapposizione di norme non perfettamente corrispondenti in ragione degli interessi per i quali esse si applicano. Infatti, tale sovrapposizione è maggiormente pronunciata quando vi è, in particolare, un'applicazione estesa delle norme di diritto internazionale umanitario. Ciò, a sua volta, dipende dagli elementi strutturali del conflitto armato preso in considerazione: infatti, qualora si tratti di conflitti armati internazionali, sussisterà un sistema giuridico di protezione più complesso, mentre, nel caso di conflitti armati non internazionali, il sistema normativo è ridotto, variando in ordine decrescente secondo l'intensità maggiore o minore del conflitto armato, che potrebbe raggiungere la soglia per l'applicabilità del II Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra o dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra.

L'analisi in esame deve muovere dalla distinzione fra diritto umanitario e *derogation clauses mechanism* in relazione al diritto internazionale dei diritti umani, in particolare sulla base del fatto che sussistono situazioni specifiche in cui le emergenze ad alta intensità sono quasi indistinguibili dai conflitti armati a bassa intensità. Queste divergenze generano una questione fondamentale relativa ai sistemi giuridici effettivamente applicabili a specifiche situazioni, in quanto "conflitto armato" ed "emergenza" o "pericolo pubblico" tendono a collimare, creando intersezioni normative difficili da equilibrare fra loro.

Partendo dalla relazione tra diritto internazionale umanitario e diritti umani in generale, l'analisi di questo rapporto nel contesto concreto delle

high-intensity emergencies fornisce alcune rilevanti intuizioni in merito al suddetto rapporto. In primo luogo, il ricorso alla guerra rappresenta una soluzione adottata da uno Stato non soltanto per motivi di difesa, ma anche per incrementare determinati interessi nazionali, generandosi un dissesto in merito alla legittimità di un ricorso alla forza armata; ciò implicherebbe un ricorso alla *just war theory* che, pur avendo un rilevante peso morale, non ha avuto un impatto diretto sul sistema giuridico internazionale, nella misura in cui le guerre hanno continuato ad essere una prassi giuridicamente regolamentata, indipendentemente dalla natura e dalle motivazioni. In questo senso, il *jus ad bellum* è strettamente legato al concetto di sovranità territoriale e, nel corso del tempo, entrambi sono divenuti concetti assoluti.²⁴⁰ L'applicabilità dei due sistemi giuridici varia a seconda delle circostanze di riferimento, anche se i principi cui si ispirano hanno il medesimo obiettivo di protezione, rendendo la riconciliazione una necessità per una protezione più estesa.

Ciò considerato, il problema principale concerne il rilevamento della soglia del conflitto, o l'identificazione della dicotomia tra emergenza e situazioni di tensione. In particolare, la questione connessa all'applicabilità del diritto umanitario in situazioni di emergenza interna che non raggiungono la soglia del conflitto sono stati ampiamente analizzati nel dibattito dottrinario. In particolare, nel diritto umanitario sussistevano due lacune particolarmente gravi: in senso *materiale*, lacune causate dalla comparazione di nuovi metodi e strumenti di guerra; in senso *personale*, la mancanza di un'adeguata tutela giuridica nei confronti di determinate categorie di persone da parte delle legislazioni. Dunque, il diritto umanitario *deve* redigere norme giuridiche relative alla particolare ipotesi dello stato d'emergenza: norme giuridiche da applicarsi senza limitazioni o sospensioni da parte delle autorità politiche o militari; regole da applicarsi illimitatamente nei confronti degli individui.

Ciò posto, un problema secondario direttamente correlato al precedente riguarda l'applicabilità del diritto umanitario a situazioni differenti dai conflitti armati, nell'assenza di specifici obblighi giuridici derivanti dai trattati in proposito e, in mancanza di una specifica prassi

²⁴⁰ HALL, W. 1924. *A Treatise on International Law*. Oxford: Clarendon Press, 8th ed., p. 82. In particolare, l'Autore specifica che il diritto internazionale non ha altra alternativa se non accettare la guerra, indipendentemente dalla giustizia della sua origine, come una relazione che le parti possono costituire, se lo desiderano, e da regolamentare solo in riferimento agli effetti di tale relazione.

statale, spesso anche contrari all'applicazione del diritto umanitario nel conflitto armato *tout court*. Tuttavia, occorre notare che lo stato di emergenza non derivante da conflitti armati è spesso caratterizzato dall'uso di mezzi e strumenti bellici simili a quelli utilizzati in operazioni militari. Inoltre, l'applicabilità del diritto umanitario ha suscitato un dibattito a favore dell'applicazione del sistema giuridico che favorirebbe un rafforzamento della protezione delle persone, in quanto queste regole sono rivolte a tutte le parti in conflitto, al contrario dei diritti umani, che sono rivolti generalmente agli Stati. Tuttavia, quest'ultimo requisito è particolarmente incisivo, in quanto gli Stati sono responsabili per tutto ciò che accade all'interno della loro giurisdizione.

5.1. *L'interazione nei conflitti armati internazionali*

In relazione al contesto del conflitto armato, l'eventuale simultanea applicabilità del diritto umanitario e dei diritti umani è stata particolarmente vagliata dal punto di vista giurisprudenziale.²⁴¹ Infatti, un fondamentale contributo alle conseguenze derivanti dalla relazione fra due sistemi giuridici riconducibili all'architettura del diritto internazionale deve ravvisarsi da parte della Corte Internazionale di Giustizia, che ha stabilito tre tesi differenti in proposito: in primo luogo, nel corso di un conflitto armato, è possibile implementare il diritto dei diritti umani; in secondo luogo, il diritto dei diritti umani, applicabile alle condizioni di conflitto, è soggetto soltanto alla deroga; in terzo luogo, l'ipotesi di una possibile applicazione simultanea di due sistemi normativi implica la predominanza del diritto internazionale umanitario come *lex specialis*.²⁴² Queste tesi e, in particolare, la prima, sono state fortemente criticate da due Stati, Israele e Stati Uniti d'America, che hanno mantenuto l'inapplicabilità automatica dei diritti umani quando è possibile applicare il diritto internazionale umanitario, nonché

²⁴¹ HAMPSON, FRANÇOISE. 2008. "The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 549-572.

²⁴² Per un approfondimento sul ruolo della Corte Internazionale di Giustizia nell'applicazione del diritto internazionale umanitario, si veda CHETAİL, VINCENT. 2003. "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, pp. 235-269; ZYBERI, GENTIAN. 2011. "The International Court of Justice and applied forms of reparation for international human rights and humanitarian law violations". In *Utrecht Law Review*, Vol. 7, No. 1, pp. 204-215.

l'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani. In particolare, alla luce dell'approccio assunto da questi Stati, è necessario precisare che la prima tesi della Corte Internazionale di Giustizia è funzionale al peso della *opinio juris* e della prassi statale. In questo senso, potrebbe essere possibile considerare questi Stati come "obiettori persistenti" dell'applicazione simultanea dei due corpi normativi. La dottrina del *persistent objector* è stata delineata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel *Fisheries case*, in cui non è stata considerata, come unico riferimento, l'eccezione della Norvegia alla prassi per la delimitazione delle linee di base, ma è stata sottolineata la rilevanza della reazione degli altri Stati. Infatti, nel caso di specie, sussisteva l'accettazione del diverso comportamento da parte degli altri Stati, con particolare riferimento allo Stato richiedente che aveva impedito quest'ultima forma per poter contare sulla regola ordinaria.²⁴³

Ciò posto, occorre soffermarsi su una questione cardinale, che riguarda le implicazioni della deroga in relazione al rapporto tra diritti umani e diritto umanitario.²⁴⁴ In particolare, lo Stato sarà autorizzato ad applicare un "margine di apprezzamento", che sarà, da una parte, più ampio per la caratterizzazione della situazione, mentre, dall'altro lato, più limitato in relazione alla necessità della misura di deroga da applicare. Nella maggior parte dei casi, non vi è alcun dubbio circa l'applicabilità del diritto umanitario, e ciò significa che se i diritti umani non sono applicabili a livello extraterritoriale, essi si applicheranno in relazione alle misure adottate da uno Stato all'interno del proprio territorio. Nella misura in cui il diritto dei diritti umani è applicabile a livello extra-territoriale, le stesse questioni che riguarderanno le misure di deroga sorgeranno allo stesso modo che nel conflitto armato non-internazionale.

Nei conflitti armati internazionali, la condizione di "guerra" rappresenta una delle più drammatiche forme di "emergenza pubblica", e ciò implica che le clausole di deroga sono un terreno fertile per le giustificazioni stabilite dagli Stati per legittimare la negazione dei diritti umani. Infatti, in questo caso gli Stati applicano le deroghe ai diritti umani attraverso specifiche tecniche volte, in particolare, alla mancata

²⁴³ International Court of Justice, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951.

²⁴⁴ DROEGE, CORDULA. 2008. "Elective affinities? Human Rights and Humanitarian Law". In *The International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871.

applicazione del diritto umanitario nel suo insieme.²⁴⁵ Dal punto di vista giurisprudenziale, gli orientamenti relativi all'applicazione dei diritti umani nei conflitti armati sono limitati. Infatti, la Commissione Inter-Americana sui diritti umani ha solo affrontato tali situazioni nell'ambito della Dichiarazione Inter-Americana sui diritti umani del 1948, sulla base della quale non vengono emanate pronunce giuridicamente vincolanti e, in particolare, non sussistono clausole di deroga. Invece, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha dovuto affrontare una situazione simile, soprattutto nei casi proposti da Cipro contro la Turchia, che sorsero in seguito agli eventi relativi all'invasione turca e all'occupazione della zona settentrionale di Cipro. La Turchia non ha derogato né dichiarato lo stato di emergenza in relazione a Cipro, e la Commissione applicò l'art. 5 della Cedu così com'è, considerando, su tali presupposti, illegittima la detenzione dei prigionieri di guerra. Tuttavia, una minoranza dissidente affermò che fosse necessario, in tale situazione, applicare il diritto umanitario, così da evitare potenziali deroghe ex art. 15 della Cedu. La soluzione adottata dalla Corte fu quella di evitare del tutto l'applicabilità dei diritti umani nei conflitti armati internazionali che, in questo caso, risultavano inapplicabili, trattandosi di occupazione e detenzione extraterritoriale. Tale linea interpretativa era quantomeno discutibile, in quanto, in primo luogo, si eludeva in tal modo l'orientamento della Corte Internazionale di Giustizia, per cui i diritti umani devono ritenersi applicabili anche in corso di conflitto armato. Inoltre, in un conflitto armato non-internazionale, dove non vi è deroga, il diritto dei diritti umani sarà applicato nella sua interezza, che potrebbe tradursi in atti leciti se ricondotti alle norme del diritto internazionale umanitario, ma illegittimi sotto il sistema dei diritti umani; dall'altro lato, nei conflitti armati internazionali, la condotta delle forze di sicurezza sarà esente da ogni controllo sul sistema dei diritti umani.

5.2. *Conflitti armati interni e stati di emergenza*

Il rapporto tra diritto umanitario e diritti umani in uno stato d'emergenza deve essere analizzato anche in riferimento allo *status*

²⁴⁵ MERON, THEODOR. 1983. "On the inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument". In *American Society of International Law*, Vol. 77, No. 3, p. 600.

giuridico dei conflitti armati interni.²⁴⁶ In particolare, occorre chiarire i requisiti di fatto e di diritto che consentono l'applicabilità del diritto internazionale umanitario nei *conflitti interni a bassa intensità*. Infatti, la sovrapposizione fra *high-intensity emergencies* e *low-intensity armed conflicts* determina uno smarrimento delle distinzioni fra emergency-normal ed emergency-conflict, ed è importante sottolineare la sussistenza di un impianto giuridico disequilibrato in quest'ambito, in quanto una crisi emergenziale rischia l'accostamento a modelli applicativi possibilmente erronei.

Specificamente, occorre specificare quale modello si applichi alle situazioni di crisi violenta, sussistendo molteplici indicatori che facilitano la classificazione dei conflitti con caratteristiche emergenziali nel sistema giuridico del diritto umanitario. Tale categorizzazione non è soltanto significativa in termini di responsabilità, ma ha un impatto sostanziale sulla capacità di negoziare con successo alla fine del conflitto, così come suscita la riuscita trasformazione della società in conflitto durante e in seguito agli accordi di pace negoziati.²⁴⁷ In relazione all'analisi in esame, sussiste una fondamentale distinzione fra *stati di emergenza* e *situazioni di conflitto*, che permette di individuare gli *standards* giuridici di applicazione da parte degli Stati che devono affrontare un'insurrezione interna, mettendo in luce i criteri in virtù dei quali è concessa l'applicazione dei diritti umani qualora si verifichi un'azione criminale e, specificamente, terroristica. Infatti, la questione costante in proposito concerne la tipologia del modello giuridico applicabile in tal senso.

Ciò considerato, in riferimento alle *high-intensity emergencies*, che rappresenta una tipologia combinata di emergenze complesse, istituzionalizzate e permanenti, occorre delimitare gli elementi specifici: un margine temporale considerevole; la mancanza di una condizione socio-politica eccezionale, ma permanente; una varietà di giurisdizioni in

²⁴⁶ RAMCHARAN, BERTRAND. 1983. "The role of International Bodies in the implementation and enforcement of humanitarian law and human rights law in non-international armed conflicts". In *The American University Law Review*, Vol. 33, p. 105. In particolare, l'Autore specifica che "some of the worst violations of human rights and humanitarian law occur during periods of emergency, because of specific events: breakdown of protective systems; the conduction of the war by governments against their own subjects; countries occupied by their own armies; terror with impunity dispensed by extremist groups of varying political complexions".

²⁴⁷ KOIJMANS, P. 1991. "In the Shadowlands between Civil War and Civil Strife: Some Reflections on the Standard-Setting Process". In: DELISSEN, A.- TANJA, G. 1991, *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Boston, Nijhoff.

cui lo stato d'emergenza può essere proclamato per decenni (Irlanda del Nord, Turchia, El Salvador, India); sospensione delle ordinarie garanzie costituzionali e giurisdizionali per considerevoli periodi di tempo, con ampliamento graduale dei poteri emergenziali concessi; situazioni di *high-intensity emergencies* causate da violenze interne, che generano uno stato d'eccezione "cronico".²⁴⁸ Generalmente, la violenza proviene da due fonti, ovvero soggetti terzi, determinati alla distruzione dello Stato, i suoi agenti, le istituzioni, oppure attori di terze parti in lotta tra loro (una situazione di guerra civile), o anche un conflitto tra potenze statali. In questo contesto, è necessario sottolineare che il conflitto interno persistente è un aspetto fondamentale per distinguere *high-intensity emergencies* da altre tipologie e, in generale, l'elemento caratterizzante concerne la violenza protratta tra lo Stato e i terzi. Infatti, la natura o il controllo dello Stato vengono contestati in una certa misura, così come la legittimità di tali controversie, ovvero l'interferenza con l'autorità statale, che rappresenta una questione controversa per gli Stati sovrani. In termini generali, le forme di violenza politica interna, specificamente, sono bollate come forme di terrorismo, e qualsiasi forma di legittimazione politica che potrebbe generarsi a favore di attori non statali viene aprioristicamente eliminata.

In secondo luogo, le *high-intensity emergencies* non sono generalmente contenibili attraverso azioni politico-giuridiche ordinarie, in quanto tali contesti impongono l'uso di forze militari o di politiche strategico-militari che rappresentano uno strumento per combattere la violenza. Inoltre, mentre ci sono circostanze in cui gli Stati possono essere autorizzati ad utilizzare le forze militari per difendersi dalle lotte interne, è necessario monitorare la tipologia di crisi interna qualora tali forze vengano prolungate nel tempo: ciò implica la necessità di stabilire se tali violenze rappresentino mere azioni criminali o se debbano essere inserite in un ambito più esteso. Infatti, le *high-intensity emergencies* comportano una prassi conflittuale persistente, in cui lo Stato continua a sperimentare un conflitto interno dalle stesse fonti in un periodo di tempo prolungato. Tuttavia, molti Stati coinvolti in *low-intensity emergencies* sostengono, sia a livello nazionale che internazionale, che le azioni di violenza si trovano a un livello talmente basso da non riuscire a legittimare l'applicazione

²⁴⁸ GROSS, OREN. 1998. "Once More unto the Breach': The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies". In *Yale Journal of International Law* 23: 437.

del diritto umanitario. Piuttosto, essi sostengono che il sistema dei diritti umani, essendo arricchito dal privilegio della deroga, è il sistema giuridico applicabile in modo più appropriato. Di conseguenza, tale violenza a basso livello è spesso descritta come *disordini e tensione interne*, ritrovandosi al vaglio del diritto umanitario. Gli ordinamenti giuridici che subiscono violenze interne e, contestualmente, intendono evitare l'applicazione del diritto umanitario, possono fare riferimento a questo metodo come mezzo per deviare il controllo e l'applicazione delle norme umanitarie: il requisito è che la violenza sperimentata in un dato momento del tempo sia di intensità sufficiente per garantire una classificazione giuridica in una categoria (diritto umanitario) rispetto ad un'altra (diritti umani/stato d'emergenza).

Inoltre, una risposta al metodo suesposto è che le situazioni di emergenza sono generalmente monitorate dai meccanismi giurisdizionali di tutela dei diritti umani, e tale controllo è sufficiente a garantire che l'abuso e la manipolazione non si verifichino. Infatti, il regime di deroga era destinato a funzionare come reazione limitata e proporzionata in risposta alle crisi vissute dagli Stati, ma, in realtà, l'abuso più evidente è ravvisabile nella prassi degli Stati a limitare e contenere i diritti individuali a tempo indeterminato, operando in una condizione emergenziale permanente. Inoltre, l'intervento giudiziario non è stato particolarmente incisivo nella regolamentazione delle *high-intensity emergencies*, in quanto le Corti internazionali sono state in grado e disposte a sfidare la prassi degli Stati in questo contesto. Le ragioni sono complesse, a testimonianza delle difficoltà in cui lo Stato incorre quando si trova in una situazione di crisi, per la quale non è possibile prevedere dei limiti alle reazioni: in primo luogo, i meccanismi di controllo di emergenza creati dai trattati internazionali sono gravemente inadeguati ad affrontare lo stato d'emergenza permanente. Tutti gli attori internazionali del sistema dei diritti umani, come il Comitato dei diritti umani, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Commissione dei diritti umani e la Corte Inter-Americana focalizzano l'attenzione sulla regolamentazione del comportamento dello Stato che si presume essere inserito in un contesto di pace. A differenza di ciò, il diritto umanitario invoca un regime giuridico differente che lega, in tutto o in parte, sia attori statali che non statali in un contesto bellico. Nonostante vi sia il costante tentativo, da parte delle Corti Internazionali, di incorporare il diritto umanitario all'interno del sistema dei diritti umani, lo stato

dell'arte presenta una giurisprudenza ancora provvisoria e sottosviluppata in tal senso.

Ciò posto, l'individuazione del conflitto armato come stato di emergenza implica la trattazione del rapporto tra *high-intensity emergencies* e *low-intensity internal armed conflict*. Ovviamente, occorre precisare che l'emergenza a basso livello può essere manovrata dalle autorità governative come strumento per coprire un regime d'illegittimità. La sospensione prolungata degli ordinari strumenti di tutela ordinari degli individui è spesso ostile alla logica di permettere agli Stati membri di limitare l'esercizio di alcuni diritti e libertà. L'eccezione giuridica convalidata può inoltre comportare tendenze autocratiche, avanzate tattiche militari e creazioni di gerarchie di potere, in cui il controllo finale è guidato da attori politici elitari. Pertanto, i modelli ibridi di sistemazione offerti dai meccanismi di deroga possono comportare conseguenze negative nella gestione delle emergenze.

In questo senso, è necessario sottolineare, dal punto di vista giurisprudenziale, il *Tablada case*, una particolare controversia sottoposta al vaglio della Commissione Inter-Americana dei diritti dell'uomo nel 1989. In particolare, si trattava di un attentato causato da circa quaranta individui armati appartenenti alla base militare che ospitava membri delle forze armate nazionali a La Tablada, in Argentina. All'interno dei ricorsi inviati alla Commissione Inter-Americana, i parenti delle vittime denunciavano la contestuale violazione del diritto umanitario e dei diritti umani. La Commissione ha dichiarato la propria competenza ai fini dell'applicazione diretta del diritto umanitario, potendosi applicare tali norme in riferimento agli Stati parti della Convenzione americana. Infatti, la Convenzione Americana, sebbene formalmente applicabile in tempo di guerra, non è stata progettata per disciplinare tali circostanze, particolarità che è stata specificata dalla stessa Commissione nel caso *de quo*, specificando la mancanza di mezzi e strumenti di guerra.²⁴⁹

²⁴⁹ *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report N° 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997), para. 161. In particolare, la Commissione stabilì che "*Both common Article 3 [of the 1949 Geneva Conventions] and Article 4 of the American Convention protect the right to life and, thus, prohibit, inter alia, summary executions in all circumstances. Claims alleging arbitrary deprivations of the right to life attributable to State agents are clearly within the Commission's jurisdiction. But the Commission's ability to resolve claimed violations of this non-derogable right arising out of an armed conflict may not be possible in many cases by reference to Article 4 of the American Convention alone. This is because the American Convention contains no rules that either define or distinguish civilians from combatants and other military targets, much less, specify when a*

Nonostante tali decisioni occasionali, i tribunali internazionali per la tutela dei diritti umani rimangono cauti nell'applicare il diritto umanitario nei casi a loro posti. Infatti, la disamina di situazioni di emergenze croniche non ha mai implicato, da parte delle Corti, l'applicazione del diritto umanitario. Inoltre, gli organismi di controllo dei diritti umani rimangono generalmente riluttanti (politicamente e concettualmente) a riconoscere nei propri confini la convalida di un altro fenomeno, ovvero i conflitti armati, che provocherebbero un contrasto con i più elevati standards di tutela dei diritti umani. Tuttavia, un palese ammonimento a tale orientamento risiede nel riconoscimento formale delle clausole di deroga nel sistema dei diritti umani, in virtù delle quali la "guerra" in sé è un fondamento legittimo per l'applicazione della deroga e l'affermazione ex art. 15 della Cedu che, nonostante il carattere inderogabile dell'art. 2, le sue disposizioni non sono violate da atti legittimi di guerra.

Tuttavia, questi formali riconoscimenti riscontrabili nel diritto dei trattati hanno avuto effetti deboli nella prassi e sui metodi di applicazione del diritto umanitario da parte degli organi giurisdizionali, in quanto il riconoscimento del regime di deroga all'interno di una situazione di guerra non ha diminuito l'applicazione separata dei due sistemi giuridici in esame, nonostante alcune recenti pronunce giurisdizionali prediligano l'applicazione costante del sistema dei diritti umani nel corso dei conflitti armati. In particolare, nel caso di conflitti a bassa intensità, la regolamentazione giuridica dei conflitti interni illustra una storia più ampia e complessa per il diritto umanitario, che ha dovuto adeguarsi alle forme differenti di conflitti armati emersi una volta che un accordo veniva raggiunto in riferimento alla regolamentazione. In proposito, occorre descrivere tre regimi giuridici che disciplinano l'esperienza del conflitto armato interno, che riflette i modelli di sistemazione definiti da approcci specialistici a particolari tipologie di conflitto: in primo luogo, il I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra estende i criteri e lo *status* dei conflitti armati internazionali a conflitti interni specificamente classificati, ritenuti internazionalizzati, e la sua applicazione è in gran parte legata al contesto coloniale, così come la sua applicazione materiale non si estende ai conflitti interni a bassa intensità che hanno afflitto la comunità internazionale negli ultimi

civilian can be lawfully attacked or when civilian casualties are a lawful consequence of military operations."

decenni; in secondo luogo, il II Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, applicabile a tutti i conflitti armati non internazionali che si svolgono nel territorio di una parte tra le sue forze armate e le forze armate dissidenti, o altri gruppi organizzati che esercitano tale controllo su una parte del suo territorio per consentire loro di effettuare operazioni militari prolungate e concentrate di attuazione del presente protocollo; infine, l'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949, che fornisce una piattaforma minima di protezione alle persone che non partecipano alle ostilità durante i conflitti armati interni, tutelando gli individui considerati più vulnerabili in caso di conflitto, e fornendo gli standards minimi da applicare successivamente.

Sulla base di questo scenario, le questioni principali riguardano l'applicazione dell'art. 3 Comune, che stabilisce quale modello si applica (diritto internazionale dei diritti umani con deroga o diritto internazionale umanitario). In primo luogo, quando l'azione militare sostenuta, al contrario di quella politica, è intrapresa contro i ribelli o gli insorti, anche quando il controllo dei ribelli effettivi del territorio possa essere minima, l'onere della prova di dimostrare che non è stato applicato l'art. 3 Comune ricade sullo Stato. Ciò si affianca a quanto suddetto in materia di emergenza, per cui quando si tratta di forze militari, la classificazione dovrebbe essere pensata in termini di diritto umanitario. Evidentemente, ciò è contrario alla prassi corrente: l'incrocio esteso all'utilizzo di forze militari, piuttosto che forze ordinarie civili, a contenere la violenza è proposto come uno degli indicatori principali per indicare che la soglia dell'art. 3 è stata attraversata. L'utilizzo a breve termine di forze militari (spesso per ragioni di opportunità) non implica necessariamente l'applicazione dell'art. 3 Comune, e l'uso prolungato di forze militari per mantenere l'ordine e il controllo rappresenta un'azione antitetica, che implica l'adozione di un regime giuridico differente da quello in esame.

5.2.1 La questione siriana: dalle proteste al conflitto armato

Nello scenario internazionale, la questione dello stato d'emergenza non può essere spiegato in maniera completa senza un'adeguata disamina sul caso della Siria, in ragione delle violenze perpetrate nei confronti della popolazione civile senza un'adeguata accezione giuridica

di tali eventi.²⁵⁰ In proposito, dalla fine del luglio 2012, le forze governative siriane avevano effettuato attacchi attraverso aerei da caccia ed elicotteri contro le città sotto il controllo delle forze di opposizione. Tali attacchi causarono la morte di oltre 4.300 civili, migliaia di feriti e la distruzione di proprietà civili e infrastrutture ad Aleppo, Idlib, Hama, Deir Al-Zor, Damascus, Dar'a, Homs, Raqqa e altri governi locali.²⁵¹ In particolare, tali attacchi includono azioni violente deliberate e indiscriminate contro i civili, collegate a bombardamenti aerei che hanno fatto o non hanno potuto distinguere tra civili e combattenti.²⁵² Entrambi i tipi di attacchi rappresentano gravissime violazioni del diritto umanitario, e le autorità governative locali avrebbero dovuto incitare l'opposizione armata a prendere tutte le precauzioni specifiche per proteggere i civili dal rischio di attacco, per evitare nella misura possibile il dispiegamento di forze militari nelle zone ad alto tasso di densità popolare, assicurando la conformità delle forze di opposizione al diritto umanitario.

Dal momento che le proteste anti-governative iniziarono nel marzo 2011, le autorità siriane furono responsabili di una vasta gamma di violazioni di diritti umani nel loro tentativo di sedare la rivolta, e le forze di sicurezza lanciarono una massiccia campagna di arresti, detenzioni arbitrarie di centinaia di manifestanti in tutto il paese, non riuscendo a riconoscere la loro detenzione o fornire informazioni sulla loro sorte, attuando torture e maltrattamenti nei loro confronti. Inoltre, l'esercito siriano lanciò un attacco militare su Dar'a nel mese di aprile 2011, a Tal Kalakh nel successivo maggio e in Baniyas e Latakia lungo la costa siriana nei mesi di maggio e agosto. Tali azioni militari garantirono all'esercito di prendere il controllo di Dar'a, ma a questo seguirono nuove proteste in altre parti del paese, e i fautori dell'opposizione presero le armi contro il governo nel settembre 2011, militarizzando il conflitto.

In seguito, in alcune parti della Siria, i combattimenti raggiunsero i livelli di un vero e proprio "conflitto armato", rendendo il diritto

²⁵⁰ HENCKAERTS, JEAN-MARIE. 2005. "Study on customary international law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict". In *The International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, pp. 184-185.

²⁵¹ Human Rights Watch, *Death From the Skies. Deliberate and Indiscriminate Air Strikes on Civilians*, World Report, April, 2013.

²⁵² KALSHOVEN, F. 1987. *Constraints of the waging of war*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, p.33-36.

umanitario pienamente applicabile in quelle zone. In particolare, occorre specificare che il diritto umanitario si applica al conflitto armato in Siria, in quanto, trattandosi di un conflitto armato non-internazionale, è prevista l'applicazione dell'art. 3 Comune alle Quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, nonché del diritto internazionale consuetudinario. I principi fondamentali del diritto umanitario in applicazione al contesto bellico siriano concernono le immunità civili: mentre il diritto umanitario riconosce che alcune vittime civili sono inevitabili, è necessario garantire la distinzione tra combattenti e civili, cercando di indirizzare l'azione di forza per verso gli obiettivi militari. Mentre gli "oggetti civili" non sono considerati obiettivi militari, i combattenti, tra cui i civili che partecipano direttamente alle ostilità, nonché coloro che per loro natura, ubicazione, scopo o uso, rendono un efficace contributo all'azione militare e il cui annientamento totale o parziale, la loro cattura o neutralizzazione, nelle circostanze in vigore, offre un prezioso vantaggio militare, sono considerati *military objectives*.²⁵³

In particolare, gli individui che violano il diritto umanitario con intenti criminali sono responsabili per crimini di guerra: per *criminal intent* si intende una violazione commessa intenzionalmente o temerariamente, e gli individui possono anche essere ritenuti responsabili penalmente per aver tentato di commettere un crimine di guerra, attraverso la complicità, il sostegno e il favoreggiamento di esso. Il conflitto interno al territorio siriano comprende la presenza di forze governative e un certo numero di gruppi armati di opposizione che operano in varie parti del paese (Homs, Idlib e Hama). In questo senso, è indubbio che le ostilità tra le parti in conflitto suesposte debbano essere sottoposte al diritto umanitario, trattandosi di regole che impongono limiti alla conduzione del conflitto, con l'obiettivo di proteggere la popolazione civile e i soggetti che non partecipano direttamente alle ostilità.²⁵⁴

²⁵³ Per quanto riguarda gli obiettivi civili, si veda ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, rule 9, citing Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), adopted June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609, entered into force December 7, 1978, art. 52(1), <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>; in riferimento agli obiettivi militari, si veda ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, rule 8, citing Protocol I, art. 52(2).

²⁵⁴ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 9th June, 1977, to the Geneva Convention of 12th August, 1949* (Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 684.

6. Stato d'emergenza e diritto umanitario: fra "internal disturbances and tensions" e conflitto armato

La rilevanza dello stato d'emergenza all'interno del diritto umanitario si riscontra nelle problematiche intrinseche all'applicazione contestuale dei due sistemi giuridici al fine di tutelare la dignità umana. Nonostante la Conferenza di Teheran sui Diritti Umani del 1968 abbia permesso di specificare che la pace, in qualità di condizione primaria per il rispetto dei diritti umani, rappresentasse il presupposto necessario per l'esistenza - e quindi, l'applicazione - degli stessi, concependo la guerra come una negazione, fu necessario rivalutare tale certezza, considerando il conflitto armato come un'emergenza da affrontare in modo ordinario. Pertanto, in risposta a tale impianto teorico-giuridico, i sistemi giuridici nazionali parti dei trattati internazionali sui diritti umani, al fine di controllare in modo completo e adeguato circostanze politiche e giuridiche atipiche, inserirono lo *stato d'emergenza* come istituto giuridico che legittimasse poteri particolarmente arbitrari seppur contenuti, rappresentativi di un rilevante pericolo per l'individuo in quanto tale, prima ancora che per i cittadini.²⁵⁵

In riferimento al rapporto tra stato d'emergenza e diritto umanitario, è necessario analizzare specificamente in che misura i poteri di determinati organi statali sono allargati o trasferiti alle autorità militari: tale questione deve essere individuata partendo dagli effetti e dalle conseguenze degli stati d'emergenza sui diritti umani. In primo luogo, la sussistenza di disordini e tensioni interni rappresenta una circostanza che può presentarsi come *ibrida*, in quanto ci si trova di fronte a una situazione che non rispecchia la pace, ma neanche il conflitto armato *tout court*, e ciò circoscrive un'armonizzazione fra diritti umani e diritto umanitario.²⁵⁶

²⁵⁵HERCZEGH, GÉZA. 1984. "State of Emergency and Humanitarian Law – On Article 75 of Additional Protocol I". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 24, pp. 263-273.

²⁵⁶ La definizione di *internal disturbances and tensions* può essere ricondotta a quanto sostenuto dal Comitato Internazionale della Croce Rossa, secondo cui "This involves situations in which there is no non-international armed conflict as such, but there exists a confrontation within the country, which is characterized by a certain seriousness or duration and which involves acts of violence. These latter can assume various forms, all the way from spontaneous generation of acts of revolt to the struggle between more or less organized group and the authorities in power. In these situations, which do not necessarily degenerate into open struggle, the authorities in power call upon extensive police power, or even armed forces, to restore internal order, the number of victims has made necessary the application of a minimum of humanitarian rules." In proposito, si veda Conference of Government Experts on the

Se può darsi per assunto che un conflitto armato non è generalmente, ma non necessariamente, supportato da uno stato d'emergenza, è altrettanto indubbio che, sulla base dello scopo del diritto umanitario, che è quello di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo all'interno di un contesto bellico, occorre delimitare una barriera contro la natura arbitraria degli organi politico-militari. A seguito dell'adozione dell'art. 3 comune alle Quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, applicabile ai conflitti armati non internazionali, è stato necessario elaborare simili disposizioni applicabili, in particolare, ai conflitti armati internazionali, per colmare una delle ultime lacune del diritto umanitario e riaffermare ciò che rappresenta il nocciolo duro dei diritti umani. Specificamente, l'art. 75 del I Protocollo addizionale rappresenta una protezione minima necessaria per tutelare tutte le persone colpite da un conflitto armato internazionale, che non sono adeguatamente supportate da un sostegno giuridico favorevole alla loro condizione in virtù degli strumenti giuridici internazionali esistenti.

In primo luogo, nei lavori preparatori del I Protocollo addizionale del 1977, fu inclusa nella parte IV una Sezione III relativa al trattamento delle persone in potere di una parte in conflitto. In questa sezione, l'art. 65, relativo alle *fundamental guarantees*, rappresentò il punto di partenza per l'istituzione dell'art. 75 del testo finale. La bozza della norma giuridica in esame doveva essere in tal senso: *"gli individui che non avrebbero ricevuto un trattamento più favorevole in virtù delle Convenzioni o del presente Protocollo, in particolare i cittadini di Stati non vincolati dalle Convenzioni e dai cittadini di entrambe le parti devono, in ogni caso, essere trattati umanamente dalla parte sotto il cui potere possono essere e senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole."* Tale norma si applica anche alle persone che si trovino in situazioni riconducibili all'art. 5 della IV Convenzione di Ginevra, che, in linea con l'art. 4 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, disciplina le deroghe ai diritti e ai privilegi delle persone protette dalla Convenzione che, se esercitata da tali persone, potrebbe essere dannoso per la sicurezza dello Stato o della potenza

Reaffirmation and Development of the International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Document submitted by the ICRC; Title V, Protection of victims of non-international armed conflicts, 1971, p. 79. Nonostante tale definizione si riferisca specificamente ai disordini interni, occorre precisare che tale orientamento è stato utilizzato per definire specificamente anche l'ipotesi di tensioni, in quanto trattasi di fenomeni riconducibili a tensioni politiche, religiose, razziali o economiche, o anche seguiti di un conflitto armato.

occupante, a seconda dei casi. La stesura dell'art. 75 del I Protocollo è stata affidata alla III Commissione della Conferenza Diplomatica di Ginevra, e il lavoro è stato avviato il 30 aprile 1976, nella cui introduzione si sostenne la rilevanza assunta da tale norma giuridica per il complessivo Protocollo, il cui scopo doveva essere quello di *colmare le lacune nel diritto dei trattati verso individui non tutelati da esso*", e doveva coprire anche *tutte le zone grigie che esisteranno sempre...tra combattenti in senso stretto...e la pacifica popolazione civile*.²⁵⁷

Ciò considerato, l'analisi del rapporto tra stato d'emergenza e diritto umanitario deve essere condotta attraverso la focalizzazione di un rapporto fondamentale, che ha ad oggetto la combinazione fra *stato di necessità* e *stato d'emergenza*, in quanto quest'ultimo consente misure di limitazione - o peggio, abrogazione - di specifici diritti umani, mentre lo stato di necessità giustifica atti che altrimenti sarebbero illegali. La nozione di stato di necessità rappresenta uno dei principi cardinali del diritto bellico e, secondo un'opinione dottrina particolarmente diffusa, il diritto dell'Aja e il diritto di Ginevra rappresenterebbero un compromesso tra le considerazioni umanitarie e concezioni militari. Durante l'elaborazione di norme applicabili nei conflitti armati, la teoria della necessità militare è stata presa in considerazione, specificandone la non intoccabilità per giustificare deroghe al diritto bellico.²⁵⁸ Il diritto umanitario, secondo una distinzione accettata, riconosce due tipologie di prescrizione: *prescrizioni assolute*, che non permettono nessuna deroga; *prescrizioni relative*, i cui effetti negativi e le cui circostanze di applicazione sono studiate ed esercitano una certa influenza sul contenuto delle norme. Un considerevole numero di norme di diritto umanitario appartengono a questa seconda categoria, come la nota regola di proporzionalità, che stabilisce un certo equilibrio tra le perdite umane e i danni alle proprietà civili causati accidentalmente dagli attacchi armati, da una parte, e i vantaggi militari, sia acquisiti o attesi, dall'altro lato.

Alla luce dei principi suddetti in riferimento all'uso della forza in una circostanza emergenziale, è indubbio e acclarato che né la necessità militare, la "forza maggiore" o qualsiasi altra causa di esenzione possono

²⁵⁷ ICRC representative's intervention in CDDH/III/SR. 43 — *Official Records of the Diplomatic Conference*, \91A-11, Vol. XV, p. 25; Berne 197.

²⁵⁸ DOWNEY JR., WILLIAM GERALD. 1953. "The Law of War and Military Necessity". In *American Journal of International Law* 47: 251-262.

giustificare la tortura, ogni trattamento disumano e degradante, o altri atti tendenti a pregiudicare la dignità umana, indipendentemente dalle circostanze di applicazione che rappresenterebbero una giustificazione giuridicamente prevista. In questo senso, l'art. 75 si dimostra norma di carattere non solo generale, ma assoluto, nel senso stretto del termine, tendente a eliminare qualunque potenziale scorciatoia per scavalcare responsabilità giuridiche relative all'applicazione dell'uso della forza in modo spietato e arbitrario, manifestandosi come norma di *jus cogens*. In proposito, durante lo svolgimento dei lavori preparatori sulla codificazione del diritto dei trattati, la questione del *jus cogens*, o piuttosto l'esistenza di norme imperative del diritto internazionale, ha dato luogo a vivaci dibattiti dottrinari. In relazione all'analisi in esame, occorre sottolineare un orientamento particolarmente significativo, che ha approvato il concetto di norma imperativa ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in base a cui "*a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*", norma che rappresenta la coscienza giuridica della comunità internazionale.

Inoltre, occorre precisare che l'art. 1, par. 4 del I Protocollo del 1977, nello stabilire che "*the situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*", fissa il principio di autodeterminazione dei popoli sottoposti a dominazione coloniale, la cui natura consuetudinaria viene consolidata dalle Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nonché dalle pronunce della Corte Internazionale di Giustizia.²⁵⁹ Nonostante tale principio si riferisca all'autodeterminazione interna, esso presenta una rilevanza pregnante, in quanto richiama, da un punto di vista storico-giuridico, il tempo delle guerre di liberazione nazionale nella fase di

²⁵⁹ Per quanto concerne i pareri della Corte Internazionale di Giustizia in merito, si veda *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16 (June 21); *Western Sahara*, Advisory Opinion 1975 I.C.J. 12 (Oct. 16); *East Timor (Port. v. Austl.)*, 1995 I.C.J. 91 (Order of June 30).

decolonizzazione.²⁶⁰ Inoltre, tale principio rimane attuale, essendo espressione del diritto all'autodeterminazione interna, che deve trovare applicazione in relazione alle minoranze etnico-religiose e dei popoli indigeni.²⁶¹

Ciò posto, l'analisi in esame deve essere affrontata in riferimento al II Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, avente ad oggetto i conflitti armati non-internazionali, ma limitato nella sua applicazione dall'art. 1, il cui primo comma si applica a tutti i conflitti armati non contemplati dall'art. 1 del I Protocollo, che copre i conflitti armati internazionali, incluse le guerre di liberazione nazionale, e che si svolgono nel territorio di un'Alta Parte Contraente tra le sue forze armate o i gruppi armati organizzati che, sotto il comando responsabile, esercitano tale controllo su parte del suo territorio per consentire loro di effettuare operazioni militari concertate per l'implementazione di questa norma giuridica. La soglia di applicabilità del II Protocollo è determinata da una certa portata del conflitto armato in corso (le forze dissidenti devono esercitare un controllo su parte del territorio in modo da consentire di effettuare operazioni militari prolungate e concertate). Invece, il comma due dell'art. 1 esclude espressamente le situazioni di disordini interni e tensioni: "*This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts*". Inoltre, il comma uno dell'art. 1 stabilisce che il protocollo sviluppa e completa l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 senza modificare le condizioni attuali di applicazione. In proposito, occorre

²⁶⁰ In particolare, durante le lotte di liberazione in Algeria e in Kenia, le potenze coloniali coinvolte, Francia e Regno Unito, hanno ritenuto applicabile l'art. 3. Gli inglesi e i francesi in Algeria, in seguito a un'iniziale fase repressiva incondizionata del fenomeno insurrezionale e di trattamento dei prigionieri di mera brutalità, attribuirono uno *status* di prigionieri di guerra *sui generis* ai combattenti dei movimenti di liberazione nazionale. In proposito, si veda ELKINS, C. 2005. *Britain's Gulag: The Brutal End of Empire in Kenya*, London: Jonathan Cape Publisher.

²⁶¹ Occorre precisare che, qualora si faccia riferimento a un conflitto armato non-internazionale scoppiato nel territorio di una delle Alte Parti Contraenti, quest'ultima è obbligata a garantire *almeno* un trattamento umano alla popolazione civile, compresi i membri delle forze armate che abbiano depresso le armi o siano comunque posti fuori combattimento. Inoltre, sono vietate azioni violente contro la vita e l'integrità fisica, tortura e trattamenti degradanti, nonché l'emanazione di condanne non derivanti da tribunali regolarmente costituiti che offrano *garanzie giurisdizionali considerate indispensabili dalle popolazioni civili*. In proposito, si veda PALMISANO, GIUSEPPE. 1996. "L'autodeterminazione interna nel sistema dei patti sui diritti dell'uomo". In *Rivista di diritto internazionale* 76: 365-413.

specificare che autorevole dottrina sostiene che il campo di applicazione dell'art. 3 comune dovrebbe essere lo stesso relativo al II Protocollo. Tuttavia, ciò renderebbe il testo dell'estratto di cui sopra all'art. 1 del II Protocollo insignificante e l'esistenza dell'art. 3 senza scopo. Dunque, la visione giuridicamente migliore resta quella che considera l'art. 3 comune fedele al proprio campo di applicazione e con una portata più ampia di quella del II Protocollo, a differenza del quale l'applicabilità dell'art. 3 comune dipende solo dal verificarsi di un conflitto armato. Tuttavia, posto che l'art. 3 comune ha una portata ampia del II Protocollo, è possibile sostenere con certezza che il campo di applicazione comprenda le situazioni di disordini interni e di tensioni? Al fine di rafforzare la tutela giuridica delle persone colpite da situazioni di disordini interni, il Comitato Internazionale della Croce Rossa ha più volte convocato commissioni di esperti, la cui conclusione è stata che diverse situazioni non state coperte dall'art. 3 comune, essendo appartenenti al campo dei diritti umani.²⁶² Pertanto, il II Protocollo non si applica alle situazioni di disordini interni e tensioni, perché sono esplicitamente escluse dal comma due dell'art. 1. Inoltre, vengono escluse dall'art. 3, sul presupposto che nessuna parte ricorra all'uso delle armi. Gli strumenti di diritto umanitario non coprono qualunque situazione di conflitto di minore intensità o livello di violenza che abbracci l'art. 3 comune. Il sistema dei diritti umani, invece, si applica a tutte le circostanze, sia che la situazione interna sia pacifica o turbata da disordini e tensioni, o anche quando si parla di un conflitto armato. In queste situazioni, tuttavia, l'applicabilità dei diritti umani è limitata in due modi: in primo luogo, in quanto le disposizioni relative ai diritti umani non li indirizzano *stricto sensu* alla definizione di limiti e vincoli tra le autorità e i gruppi contrapposti all'interno degli Stati. Non appena i membri dei gruppi di opposizione vengono arrestati dalle autorità governative, queste ultime devono ovviamente rispettare i loro diritti umani di detenuti, avendo questi ultimi, pertanto, il diritto al rispetto della vita e dell'integrità, a un processo equo e all'applicazione dello stato di diritto. Tuttavia, durante le azioni espletate per mantenere e ristabilire il controllo, è difficile per le autorità statali (forze armate, forze paramilitari e polizia) applicare i diritti umani in quanto tali, non

²⁶² *The Red Cross and Human Rights*, Working Document prepared by the ICRC in collaboration with the Secretariat of the League of Red Cross and Red Crescent Societies, Council of Delegates, CD/7/1 (1983).

contenendo essi norme specifiche su come le autorità governative dovrebbero trattare i cittadini durante i disordini, pur essendo il diritto umanitario a dover occuparsi del tenore da seguire in merito a conflitti, seppur trattandosi di scontri di minore intensità. Tuttavia, il diritto alla vita rimane il riferimento essenziale da non pregiudicare, stabilendo che non è possibile aprire il fuoco sui manifestanti, salvo nei casi di vera e propria autodifesa.²⁶³ In queste circostanze, l'applicabilità dei diritti umani è limitata dalla possibilità di deroga in determinate circostanze ammesse dalla maggior parte degli strumenti sui diritti umani, che contengono *deroghe speciali* in forma di clausole, in questo caso necessarie agli Stati per restringere i vincoli che sussistono in merito ai poteri emergenziali: in ogni caso, il diritto alla vita, il diritto a non subire tortura o trattamenti inumani e degradanti, il divieto di schiavitù e l'irretroattività della legge penale rappresentano il nocciolo duro dei diritti umani in relazione alla loro inderogabilità. Questo standard minimo rispecchia l'imperatività dei diritti umani ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che garantisce tale imperatività anche nei confronti di Stati non parti contraenti dei trattati sui diritti umani, essendo essi vincolati da tale norma di diritto internazionale generale che vincola essi al rispetto dei diritti inderogabili.

7. Clausole di deroga e diritto umanitario fra necessità e proporzionalità

L'influenza del diritto umanitario nel sistema dei diritti umani è ravvisabile all'interno di strumenti giuridici volti a regolamentare, se non a contenere, la crisi emergenziale che minaccia l'esistenza stessa della dignità umana a fronte della vita della nazione. In proposito, il General Comment no. 29, adottato dallo *Human Rights Committee*, prevede espressamente al par. 4 che *"Furthermore, article 4, paragraph 1, requires that no measure derogating from the provisions of the Covenant may be inconsistent with the State party's other obligations under international law, particularly the rules of international humanitarian law. Article 4 of the Covenant cannot be read as justification for derogation from the Covenant if such derogation would entail a breach of the State's other international obligations, whether based on treaty or general international law. This is reflected also in article 5, paragraph 2, of the Covenant according to which there*

²⁶³ EIDE, ASBJÖRN. 1988. "International Disturbances and Tensions". In *International Dimensions of Humanitarian Law*, pp. 246-247.

shall be no restriction upon or derogation from any fundamental rights recognized in other instruments on the pretext that the Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent." In primo luogo, i conflitti armati non-internazionali si verificano in base a quanto indicato nel II Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, cioè se si riscontra violenza armata in un contesto di disordini interni e tensioni sul territorio di uno Stato Parte fra le forze armate dello Stato e le forze armate dissidenti sotto il comando responsabile e il controllo del territorio dello Stato parte, per consentire loro di effettuare operazioni militari e implementare il Protocollo.²⁶⁴ Tuttavia, tali conflitti possono considerarsi vigenti anche in presenza di un livello di violenza armata parzialmente in atto, come indicato dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, che non definisce in modo completo i presupposti di tali azioni violente. In questo senso, occorre evidenziare il fenomeno terroristico come crisi emergenziale, un evento che ha subito rilevanti modifiche in relazione alla sua manifestazione e alla sua stessa individuazione, e che ha visto la privazione dell'applicabilità del diritto internazionale umanitario da parte degli Stati, sulla scia dello scetticismo scaturito dagli Stati Uniti, che avevano messo in discussione l'accostamento della *war on terror* a un conflitto armato e, pertanto, rigettato l'applicabilità del diritto umanitario a tale fenomeno.²⁶⁵ L'unica eccezione veniva garantita solo in caso di atti terroristici commessi durante i conflitti armati in corso, ma ciò implicava la totale assenza di un automatismo tra terrorismo e diritto umanitario.

Ciò considerato, il Comitato dei diritti umani ha stabilito che il diritto internazionale generale (*rectius*, il diritto internazionale consuetudinario) impone un piano normativo (*normative floor*) di deroga senza il quale la restrizione di un diritto non può essere necessaria e, a tal fine, il Comitato ha fatto espresso riferimento agli elementi del diritto a un processo equo. Il ragionamento è anche evidenziato dal fatto che alcuni degli elementi inderogabili nell'illustrazione del Comitato ha una controparte nel diritto umanitario, in particolare negli standards imposti dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e il divieto di spostamento forzato della popolazione. Tuttavia, il Comitato non risolve

²⁶⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

²⁶⁵ CHADWICK, E. 1996. *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Boston: M. Nijhoff, 128.

la questione del rapporto tra meccanismi di deroga e diritto internazionale umanitario applicabile in presenza di un conflitto armato. Un conflitto armato rappresenta l'emergenza pubblica necessaria all'applicazione delle clausole di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e, a tal proposito, sorge una questione basilare: stabilire se, in seguito all'attivazione di un meccanismo di deroga ai diritti umani, possa considerarsi applicabile il diritto internazionale umanitario. La questione non è di natura meramente teorica, in quanto il diritto umanitario offre una protezione addizionale al regime del Patto ed è inderogabile. Infatti, l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra prevede, in ogni circostanza, la tutela degli individui, senza alcuna distinzione sfavorevole, che non partecipano direttamente alle ostilità, superando nettamente il divieto imposto in caso di deroga: in cui, ad esempio, la nazionalità rappresenta un criterio distintivo. In altre circostanze, le norme di diritto umanitario applicate in luogo dei diritti umani, abbasserebbero il livello di tutela stabilito da questi ultimi.

Ciò posto, l'aspetto più controverso del Commento Generale n. 29 risiede nell'asserzione che *alcuni* diritti sono inderogabili, anche se non esplicitamente menzionati dall'art. 4 del Patto internazionale e non rappresentano *jus cogens*. Ciò sembra strettamente collegato a un altro fattore innovativo del Commento Generale, secondo cui ogni disposizione del Patto ha un nucleo inderogabile. Tali conclusioni risiedono in una duplice logica: da una parte, il Comitato proponeva il requisito della proporzionalità, la cui aderenza per uno Stato avrebbe reso impossibile ignorare completamente una disposizione specifica del Patto; dall'altro lato, gli elementi inderogabili possono essere considerati come "infrastrutturali" per garantire un'adeguata tutela. In questo modo, in un'osservazione data in seguito all'emissione del Commento Generale n. 29, il Comitato ha sostenuto che le misure di deroga all'art. 9 del Patto limiterebbero l'efficacia del controllo giurisdizionale, pregiudicando in tal modo la protezione contro la tortura e altri trattamenti inumani e degradanti.²⁶⁶ Inoltre, il Comitato manteneva nel Commento l'inciso per cui l'art. 4 non potesse essere invocato qualora rappresentasse una deroga ai diritti inderogabili.²⁶⁷ Inoltre, la differenza più evidente

²⁶⁶ HRC, Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel. 21/08/2003, UN-Doc. CCPR/CO/78/ISR., para.12.

²⁶⁷ General Comment 29, par. 15.

riscontrabile tra le norme del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e la Cedu risiederebbe nei requisiti supplementari ex art. 4 del Patto in materia di non discriminazione. L'art. 4 prevede un elenco esaustivo dei motivi non giustificabili di discriminazione (razza, colore, sesso, lingua, religione o origine sociale) alle misure adottate a norma della deroga. Tuttavia, è lecito effettuare discriminazioni in merito agli elementi di cui all'art. 2, ovvero opinione politica o di altra natura, nazionalità e proprietà, non risultanti nell'art. 4, anche se tale disparità di trattamento avrebbe dovuto rispettare il principio di proporzionalità, che include una valutazione in merito alla sua necessità. In proposito, l'innalzamento della soglia di necessità necessaria per salvaguardare il principio di proporzionalità si ricava dal Commento Generale n. 29, ma anche dai principi espressi dal Commento Generale n. 18, in materia di tutela del principio di non discriminazione.²⁶⁸ In materia di discriminazione, la Convenzione europea dei diritti umani non indica specificamente i limiti alla deroga ex art. 15, ma mantiene un orientamento generale riscontrabile nell'art. 14, da potersi invocare solo in combinazione con una violazione giuridica sostanziale della Convenzione medesima. Tuttavia, l'art. 14 è stato invocato anche in caso di emergenza pubblica: nel famoso *Irish case*, la Corte ha esaminato l'attività svolta dal Regno Unito, individuando l'eventuale uso di poteri eccezionali non solo esclusivamente contro l'IRA.²⁶⁹ Inoltre, nel caso *Cyprus v. Turkey* la Commissione considerava la discriminazione razziale contraria all'art. 14 in combinazione con specifiche disposizioni normative.²⁷⁰ All'interno della Cedu, il principio di non discriminazione, al pari di qualsiasi altro diritto, può essere consolidato in differenti modi, e tali misure derivano da una specifica analisi. In primo luogo, la discriminazione può essere considerata illegittima se le misure adottate, ai sensi della deroga, implicano una discriminazione mentre ricadono nell'ambito di un diritto inderogabile. Alla luce della giurisprudenza consolidata, si è sostenuto espressamente che la discriminazione di natura razziale può essere ricondotta alla violazione dell'art. 3 della Cedu (diritto alla vita), che rappresenta il principale diritto

²⁶⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment No 18: Non-discrimination, 11 October 1989.

²⁶⁹ *Ireland v. United Kingdom*, 25 European Court of Human Rights, Series A, no 25, p. 86.

²⁷⁰ *Cyprus v. Turkey*, Report of the Commission, vol. I, pag. 156, par. 503.

inderogabile.²⁷¹ In proposito, nel caso *A and Others v. United Kingdom* la Corte riscontrava che la discriminazione tra cittadini e non cittadini fosse una misura discriminatoria sproporzionata in relazione alla misura di deroga posta in essere; ciò cristallizzava il principio per cui la deroga dovesse considerarsi illegittima se la misura discriminatoria su cui si fonda è sproporzionata. In proposito, la Corte riteneva, pertanto, che una misura discriminatoria su cui fondare un meccanismo di deroga fosse illegittimo, in quanto non è riscontrabile una necessità talmente rilevante da pregiudicare un diritto sostanziale fondamentale.²⁷² In questo senso, la misura non può essere considerata legittima se in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. Per gli Stati Parti della Cedu, tali obblighi derivano, tra l'altro, dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e, in particolare, il *General Comment no. 18* identifica la *non-discrimination* come principio generale e fondamentale di tutela dei diritti umani.²⁷³ Inoltre, il principio di non discriminazione riconducibile a motivi razziali è stato consolidato all'interno dell'impianto giuridico del diritto umanitario, che lo sancisce all'art. 85 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

Pertanto, sembra che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani contrasti, seppur parzialmente, con l'orientamento dello Human Rights Committee nel Commento Generale n. 29, nonostante si ravvisi un *trait d'union* con il diritto umanitario. Infatti, alla luce del confronto fra le pronunce giurisprudenziali internazionali e gli orientamenti del Comitato dei Diritti Umani, si può concludere che: la Corte europea dei diritti umani concede agli Stati Parti un ampio margine di discrezionalità nella valutazione dei presupposti di uno stato d'emergenza, ma tale margine viene contenuto ampiamente se le misure adottate ai sensi della deroga sono proporzionate; la Corte europea ha esplicitamente opposto all'interpretazione del Comitato nel Commento Generale n. 29 che le misure risolutive di una situazione di emergenza devono essere temporanee; sussiste una chiara relazione tra deroga e diritto

²⁷¹ In proposito, si veda *East African Asians v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, No 14116/88, European Human Rights Reports 3(76), Com Rep; *Moldovan and others v. Romania*, European Court of Human Rights, No 41138/98 and 64320/01, (2005) European Human Rights Reports 44(302).

²⁷² *A. and Others v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Ric. 3455/05, par. 186.

²⁷³ BROWNLEE, I. 1998. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pag. 602.

internazionale umanitario e, sebbene quest'ultimo imponga un piano normativo per misurare la deroga al Patto e alla Convenzione, la Corte europea deve affrontare la sfida di confrontarsi con il diritto umanitario, rappresentando ciò una questione di diritto.²⁷⁴

Inoltre, occorre soffermarsi brevemente su un caso particolarmente rilevante, *Consuelo Salgar de Montejo v. Colombia*, in cui il governo colombiano aveva presentato un avviso di deroga in riferimento all'esistenza di uno stato di emergenza in vigore dal 1976. In proposito, il governo affermava che il decreto d'emergenza fosse stato rilasciato a causa della situazione sociale sorta dalle attività delle organizzazioni sovversive volte ad alterare l'ordine pubblico al fine di minare il sistema democratico in vigore in Colombia. In relazione a tale controversia, Il Comitato non aveva determinato se vi fosse un pericolo pubblico, concentrandosi principalmente sul rispetto, da parte del governo colombiano, dell'obbligo di notifica della deroga degli articoli del Patto internazionale sui diritti civili e politici e i diritti sostanziali investiti dalla deroga. Mentre il governo aveva fatto riferimento alle "misure temporanee" relative alla limitazione degli artt. 19, par. 2 e 21 del Patto (libertà di espressione, il diritto di riunione pacifica), il Comitato ha ritenuto, in sostanza, che vi fosse stata violazione dell'art. 14, par. 5, essendo stato negato il diritto di appello a Consuelo Salgar de Montejo al fine di impugnare la sua condanna dinanzi a un tribunale superiore. Pertanto, in virtù di tale controversia, mette conto evidenziare che il Comitato non ha affrontato la questione dell'esistenza di uno stato di emergenza.²⁷⁵ In base all'orientamento assunto dal Comitato per la verifica del rispetto del principio di proporzionalità, la misura strettamente richiesta dalle esigenze della situazione doveva riguardare la durata, la copertura geografica e l'ambito di applicazione materiale dello stato di emergenza, nonché le eventuali misure di deroga di ricorso alla causa della emergenza. È importante sottolineare che questa affermazione chiarisce che la questione della proporzionalità include una valutazione circa la natura della situazione di emergenza pubblica. In assenza di un'interpretazione ben sviluppata della definizione di pericolo

²⁷⁴ LEHMAN, JULIAN. 2011. "Limits to Counter-Terrorism: Comparing Derogation from the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights". In *Essex Human Rights Review*, vol. 8, no. 1, pag. 121-122.

²⁷⁵ *De Montejo v. Colombia*, Commc'n No. R.15/64, H.R. Comm., 1979), in Rep. of the H.R. Comm., 14th-16th Sess., Oct. 19-30, 1981, Mar. 22-Apr. 9, 1982, July 12-30, 1982, annex XV, U.N. Doc A/37/40 (Sept. 22, 1982); GAOR, 37th Sess., Supp. No. 40 (1982).

pubblico, quanto sostenuto nel Commento Generale sullo stato di emergenza garantisce una maggiore chiarezza e argomentazione.²⁷⁶

8. Conclusioni: stato di emergenza come stato di eccezione?

Il concetto di stato di emergenza come rimedio necessario a situazioni straordinarie di necessità e urgenza, in particolare il conflitto armato, rappresenta un rischio per l'esistenza stessa del diritto internazionale dei diritti umani, così come per il diritto dei conflitti armati. Tale conclusione è motivata dal fatto che l'applicazione di clausole di deroga ai diritti umani non giustifica tanto l'applicazione di una norma specifica straordinaria, ma la formazione di un sistema giuridico parallelo, posto in essere in conseguenza della mancata applicazione di norme giuridiche relative alla tutela della dignità umana. Questo meccanismo fornisce un'omissione nell'applicazione del sistema dei diritti umani, come la regola fondamentale diventa la garanzia per la sopravvivenza della nazione, rendendo ogni altro principio funzionale a tale regola. Pertanto, lo stato d'emergenza si manifesta come preludio ad uno *stato di eccezione*, basato su un sistema giuridico negativo, avente ad oggetto la "non applicazione" di norme; inoltre, tale modello creerebbe un sistema giuridico parallelo, ovvero l'ipotesi di un meccanismo di controllo alternativo all'ordinario che legittima qualsiasi eccezionalità, rendendolo uno strumento "normale". Tuttavia, la legittimità dell'emergenza, determinata dalla *dottrina della necessità*, sarebbe un regime parallelo pressoché ordinario, la cui eccezionalità potrebbe dissolversi in funzione del fatto di esistere all'interno di un sistema di regolamentazione convenzionale.

Inoltre, gli stati di emergenza possono divenire uno strumento per tutelare un governo attraverso la progressiva limitazione delle libertà fondamentali. Infatti, le violazioni più gravi dei diritti umani tendono a verificarsi proprio in situazioni di tensione, quando le autorità governative sono, o pensano di essere, minacciate da forze che mettono in discussione la loro autorità o che percepiscono una minaccia. È possibile evidenziare una tendenza per determinati governi a considerare l'emergenza come una sfida alla loro autorità, e ciò è particolarmente evidente nei governi che non forniscono mezzi leciti per

²⁷⁶ In proposito, si veda SARAH, JOSEPH. 2002. "Human Rights Committee: General Comment 29". In *Human Rights Law Review*, 29.

il trasferimento del potere. Tali governi possono essere pronti a usare una forza sproporzionata contro i manifestanti pacifici, in particolare nei sistemi giuridici non democratici, e quindi utilizzare le conseguenti violenze come pretesto per giustificare lo stato di emergenza.²⁷⁷

Pertanto, sarebbe necessario formalizzare l'applicazione di uno stato d'emergenza attraverso la creazione di un sistema giuridico che individui funzioni e limiti in aggiunta a quelle generalmente riscontrabili nel sistema giuridico convenzionale. Indipendentemente dal modello emergenziale che si dirama in "restrizioni" ed "eccezioni", l'idea di uno stato d'eccezione è inconcepibile, in quanto rappresenterebbe la legittimazione di uno stato di diritto *intermittente*, che accoglie l'ipotesi di sospensione dei diritti come possibile ipotesi. L'applicazione dei poteri d'emergenza (coercitivi) comprometterebbe l'intero sistema normativo, in quanto consentirebbe la creazione di una regolamentazione straordinaria preventiva: se è possibile derogare una volta, può verificarsi una cronicizzazione dell'evento, rendendo la deroga una dimensione ordinaria nell'intero sistema giuridico internazionale, aggredendo i principi di *rule of law* su cui è fondato.

Quindi, si potrebbe pensare che il *jus ad tumultum* delegittimi i diritti umani per ragion d'essere, trattandosi di un particolarismo giuridico rischioso per l'autorevolezza e l'efficacia del diritto internazionale dei diritti umani: se esistono i diritti umani, legittimare un obbligo convenzionale internazionale a legittimarne la "cancellazione temporanea" rappresenterebbe un paradosso, anche qualora fosse considerabile come un mezzo per risolvere la questione della tutela della vita della nazione. Questo meccanismo di emergenza alimenta il dibattito sull'equilibrio tra ragion di Stato e diritti umani, ponendosi necessariamente la questione della potenziale dicotomia tra Stato-nazione e diritti della comunità, in relazione alla quale l'abrogazione della sospensione dei diritti umani può essere desiderabile, anche se

²⁷⁷ International Commission of Jurists, *States of emergency: their impact on human rights*, 413 (1983), pag. 274-275. In base a tale ricerca, all'interno dell'attuale architettura del sistema internazionale dei diritti umani, vi sono quattro modi principali in cui gli obblighi relativi agli stati di emergenza e alle deroghe sono monitorati e applicati: a) attraverso poteri di vigilanza generali di organismi incaricati di riesaminare l'attuazione degli obblighi convenzionali; b) le denunce individuali agli organi previste dai trattati, in cui è previsto il consenso di uno Stato per questa giurisdizione; c) le denunce agli organismi interstatali; d) attraverso ciò che può essere meglio descritto come processo politico in codici più generale dei diritti umani.

sarebbe più auspicabile l'emanazione di norme giuridiche che prescrivono precisi e specifici limiti alle eccezioni.

E' chiaro che, in merito allo stato di emergenza, lo stato dell'arte della giurisprudenza e della prassi non è accettabile dal punto di vista di un'articolazione efficiente e completa degli obblighi derivanti dai trattati internazionali. Infatti, è assolutamente necessario ridurre l'espansionismo normativo e l'abuso di stati di emergenza, ma, al tempo stesso, delimitare un insieme di principi e regole volti a circoscrivere struttura e funzioni dello stato d'emergenza. La dottrina maggioritaria stabilisce che i trattati dovrebbero adottare un approccio più restrittivo, un atteggiamento giudiziario scrupoloso, e sottoporre le richieste dei governi statali a un'analisi rigorosa. Tuttavia, qualora le norme esistenti non venissero rispettate o attuate in pratica, si porrebbe la questione relativa all'adozione di ulteriori norme di specificità. La tradizionale questione di merito dell'emergenza pubblica dovrebbe essere ripensata. In particolare, la valutazione sostanziale e la soglia per un'emergenza pubblica non vengono eliminate, in quanto costituiscono parte essenziale della valutazione di proporzionalità delle misure di emergenza. Pertanto, è possibile sostenere che nei trattati internazionali sui diritti umani, la dichiarazione dello stato di emergenza non ha alcun significato giuridico autonomo o effetto, se non è accompagnata da misure legali di deroga.

Capitolo III

“La mutazione giuridica dell’individuo nel diritto dei conflitti armati”

Sommario: 1. Introduzione: la concezione dell’individuo nel diritto internazionale: una comparazione fra Stato e persona - 2. L’individuo come soggetto internazionale fra diritto umanitario e diritti umani - 3. La tutela della popolazione civile nei conflitti armati - 3.1. L’obbligo di protezione della popolazione civile: aspetti sostanziali e giurisprudenziali - 3.2. La categoria giuridica del “civile” - 4. I prigionieri di guerra - 4.1. “*Grave breaches*”: la violazione della III Convenzione di Ginevra come crimine di guerra fra diritto umanitario e diritti umani - 4.2. Guantanamo: il sottile confine fra terrorismo e conflitto armato - 5. I terroristi: un limite alla logica umanitaria fra teoria e prassi - 6. Dal *Terrorista* al *Nemico*: la degenerazione del conflitto rispetto all’individuo

1. La concezione dell’individuo nel diritto internazionale: una comparazione fra Stato e persona

L’individuo rappresenta il fulcro dell’esistenza stessa del diritto dei diritti umani, inteso come sistema giuridico multiforme che concentra principi e regole in virtù dell’obiettivo di garantire la tutela della dignità umana come valore inalienabile e inviolabile; contestualmente, il diritto umanitario persiste nel percorso della protezione individuale attraverso l’individuazione di un fenomeno giuridico e politico specifico (*guerra*) e di una condizione giuridica soggettiva che mantiene invalicabile la misura di tutela nei confronti degli individui. Nonostante gli Stati rappresentino, generalmente, i destinatari principali del diritto internazionale, la posizione assunta dall’individuo è divenuta l’obiettivo e l’evoluzione necessaria dell’architettura giuridica e politica internazionale, con la conseguente esigenza di circoscrivere il ruolo assunto dalla persona, soprattutto in riferimento ai confini di tutela riscontrabili nei conflitti armati.

La condizione giuridica dell’individuo è il punto di forza di un equilibrio fra sistemi e regole che regolamentano in modo parallelo l’individuo in funzione di un determinato fatto storico, politico ed economico e, in particolare, occorre sviluppare un’analisi per stabilire se si possa riscontrare o meno una vera e propria *mutazione* giuridica del soggetto, non sempre considerato semplicemente come essere umano, ma depositario di una condizione giuridica determinata, tale da renderlo vulnerabile rispetto a norme giuridiche che, paradossalmente, lo potrebbero pregiudicare. In questo senso, occorre stabilire preliminarmente se l’individuo, destinatario della potestà d’imperio degli Stati in quanto enti autoritativi, sia fornito della soggettività

giuridica negli ordinamenti di cui ogni ente autoritativo è gestore e, inoltre, se egli sia investito della qualifica di *soggetto internazionale*, così da acquisire un'autonomia giuridica all'interno della comunità internazionale.²⁷⁸

In primo luogo, dal punto di vista logico-giuridico, non è opponibile un divieto astratto per gli individui di essere destinatari di posizioni giuridiche soggettive sostanziali attive nel diritto internazionale, principalmente in quanto il limite di efficacia soggettiva degli accordi internazionali non ostacola tale possibilità.²⁷⁹ In proposito, autorevole dottrina ha stabilito che, in virtù di tale limite, l'accordo internazionale sarebbe idoneo a creare obblighi e diritti verso gli individui, in questi essi non sono parti contraenti dell'accordo.²⁸⁰ Tuttavia, tale limite viene considerato valido solo verso i membri della comunità internazionale considerati *enti autoritativi dello Stato* forniti di soggettività internazionale, ma anche per enti o gruppi sociali organizzati assimilabili alla struttura statale per particolari ragioni.²⁸¹ Infatti, la condizione dell'individuo nel diritto internazionale generale non può catalogarsi nel paradigma soggettivo, in quanto *soggetto* internazionale è sempre considerato Stato, ma ciò non preclude in senso assoluto che l'individuo sia concepibile soltanto come *oggetto* del diritto internazionale, in quanto la dicotomia *subject/object* decade in virtù della protezione giuridica dell'essere umano, che assume una rilevanza predominante nel diritto internazionale.²⁸²

²⁷⁸ LOPES, CÁTIA-QUÉNIVET, NOËLLE. 2008. "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law and Human Rights Law". In ARNOLD, ROBERTA- QUÉNIVET, NOËLLE (edited by). *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a new merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers:Leiden, pagg. 199-235. In proposito, gli Autori sottolineano la complessità di un percorso evolutivo che considera l'individuo come *object*, per poi essere intriso di una *legal personality* che ne garantisca un ruolo determinante nel diritto internazionale. Infatti, la contestuale concezione degli individui come *right-and-duty-holders* rispetto al rapporto fra diritto umanitario e diritti umani genera conseguenze particolarmente complesse.

²⁷⁹ ARANGIO-RUIZ, GAETANO. 1951. *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè: Milano, 250 ss.; NORGAARD, CARL. 1962. *The Position of the Individual in International Law*. Copenhagen, 35 ss.

²⁸⁰ MORELLI, GAETANO. 1967. *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam: Padova, pag. 112; QUADRI, ROLANDO. 1968. *Diritto internazionale pubblico*. Napoli: Edizioni Liguori, 1968, 406-407.

²⁸¹ SPERDUTI, GIUSEPPE. 1956. *Op. cit.*, 45-46; ID. 1956. «L'individu et le droit international». In *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1956, II, 738.

²⁸² PARTSCH, KARL-JOSEPH. 1985. "Individuals in International Law". In *Encyclopedia of Public International Law* 8: 316-321.

In merito alla condizione dell'individuo, nonostante sussista un limite a che l'individuo venga annesso fra i destinatari della soggettività internazionale, il presupposto giustificativo del limite di efficacia soggettiva che, rispetto agli enti statali, concerne gli accordi internazionali è riscontrabile nella posizione paritaria in cui gli Stati vengono reciprocamente a trovarsi nella società internazionale, nonché nella conseguente necessità di rispetto reciproco della sfera di autonomia vantata da ciascuno di essi. Tuttavia, non esiste una regola generale per cui l'individuo non possa essere un soggetto di diritto internazionale, manifestandosi, in determinati contesti, come una *persona giuridica internazionale*. Infatti, occorre sottolineare una sfumatura fondamentale nell'analisi in esame, ovvero il passaggio essenziale dalla *soggettività* alla *personalità*, così come dalla teoria generale ai contesti particolari, pur sorgendo l'imponente questione relativa agli effetti di una concezione dell'individuo come soggetto sul contesto internazionale in termini di obblighi e diritti derivanti dal diritto internazionale generale.²⁸³

Nonostante sia possibile affermare che, dall'analisi delle norme internazionali materiali, l'individuo rappresenti il principale destinatario delle suddette norme giuridiche, tale conclusione è stata ampiamente criticata dalla dottrina, che ha sostenuto la potenziale confusione fra "soggetti formulari", ovvero i centri di riferimento della disposizione normativa, e "soggetti giuridici", titolari delle situazioni giuridiche soggettive poste dalla norma giuridica, ossia dal paradigma logico-giuridico che l'interprete desume dalle disposizioni normative.²⁸⁴ Non è possibile sostenere la sussistenza di una soggettività giuridica individuale effettiva contrapposta all'autorità statale nella comunità internazionale, in quanto soltanto gli enti statali risultano essere i destinatari dell'impianto giuridico internazionale, agendo quest'ultimo solo sulla sfera interstatuale, e non in quella interindividuale. È necessario, altresì, specificare un concetto realistico particolarmente rilevante di soggettività giuridica: affinché un ente possa considerarsi

²⁸³ SHAW, MALCOLM. 2008. *International law*, Cambridge: Cambridge University Press, pag. 258.

²⁸⁴ SCELLE, GEORGES. 1948. *Manuel de droit international public*, Paris: Domat-Montchrestien, pag. 510; LAUTERPACHT, HERSCH. 1950. *International Law and Human Rights*, London: Stevens, pagg. 28-29; BOURQUIN, FABIEN. 1954 "La position de l'individu dans l'ordre juridique international". In *Revue internationale de la Croix-rouge*, 36: 973-988; BROWNLIE, IAN. 1964. "The Place of the Individual in International Law". In *Virginia Law Review* 50 : 435.

titolare di situazioni giuridiche soggettive, non è soltanto necessario che tali situazioni risultino garantite, ma anche che i meccanismi idonei ad assicurare la loro concreta attuazione non dipendano soltanto ed esclusivamente da altri enti, ma possano essere messi in moto dallo stesso ente interessato. In questo senso, la posizione dell'individuo nel diritto internazionale impedisce una sua potenziale titolarità di diritti soggettivi o pretese riconducibili alle norme internazionali materiali. Anche nei casi in cui gli Stati consentono alle persone fisiche di mettere in moto meccanismi internazionali intesi a stabilire se uno di tali Stati ha violato un obbligo, ciò non comporta che l'individuo leso risulti titolare del diritto soggettivo corrispondente a quell'obbligo: difatti, se l'organo internazionale, accertato che uno Stato ha commesso un illecito, gli impone di ripararlo, e lo Stato non ottempera a tale statuizione, solo gli altri Stati contraenti (e non mai l'individuo) sono in grado di ottenere coattivamente siffatta riparazione. Tuttavia, l'esclusione della titolarità di obblighi internazionali da parte degli individui è criticata da una parte della dottrina, secondo cui determinate norme giuridiche internazionali generali - in particolare, sui crimini di guerra e sul compimento di atti di guerra da parte di individui non riconducibili a legittimi combattenti - sono indirizzate alle persone fisiche ponendo loro l'obbligo di non svolgere determinate azioni e, inoltre, conferiscono a tutti gli Stati la pretesa di adempiere l'obbligo suddetto, nonché la facoltà di reprimere eventuali azioni individuali contrarie.

Ciò considerato, il diritto umanitario può considerarsi un'evoluzione necessaria del diritto internazionale in termini di *soggettività individuale internazionale*, proprio in funzione del termine *conflitto armato* (in un primo momento storico accomunato al fenomeno bellico *tout court* indipendentemente se si trattasse di una guerra dichiarata *de jure* o iniziata *de facto*), in quanto supporto giuridico necessario per concedere un'embrionale protezione concessa dagli Stati Parti del conflitto su questioni strettamente limitate dal principio di non ingerenza nelle questioni politiche degli Stati. È indubbio che il tentativo del diritto internazionale di modificare il suo impianto favorendo la condizione dell'individuo è stato concretizzato attraverso il diritto di guerra. Infatti, le Conferenze di Pace dell'Aja del 1899 e del 1907 hanno implicato l'obbligo di impartire istruzioni alle forze armate sulle leggi e le consuetudini di guerra terrestre ex art. 1 della IV Convenzione dell'Aja, ma anche la responsabilità in capo a uno Stato Parte del conflitto che

viola queste norme, obbligandolo a pagare un indennizzo come sanzione giuridica ex art. 3 della IV Convenzione dell'Aja. Tuttavia, il primo tentativo concreto di istituire un diritto individuale che corrispondesse al concetto di responsabilità individuale è riscontrabile all'art. 109, comma 3 della III Convenzione di Ginevra del 1949, secondo cui "*nessun prigioniero di guerra malato o ferito può essere rimpatriato contro la sua volontà durante le ostilità*". Tale diritto è stato ulteriormente sviluppato dalla prassi in evoluzione, che garantisce a ogni prigioniero di guerra il diritto di rifiutare il rimpatrio al termine di un conflitto armato, se lo sceglie.²⁸⁵ Tuttavia, all'interno del diritto internazionale dei diritti umani convenzionale è riscontrabile un rafforzamento dei diritti delle singole persone, tale da incrementare quel processo di metamorfosi dell'individuo a soggetto internazionale: il Protocollo Opzionale al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 stabilisce che uno Stato può riconoscere la competenza del Comitato dei Diritti Umani per ricevere ed esaminare comunicazioni da individui soggetti alla sua giurisdizione, che sostengono di essere vittime di una violazione, da parte dello Stato, di un qualsiasi diritto elencato nella Convenzione, a condizione che siano esauriti tutti i ricorsi interni disponibili. Anche in assenza di rimedi giuridici, gli individui possono rivendicare diritti collettivi, in particolare il diritto all'autodeterminazione ex art. 1, par. 2 della Carta delle Nazioni Unite e l'art. 1 comune del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali.

Ciò posto, l'analisi di diritti e obblighi dell'individuo come soggetto di diritto internazionale umanitario è stata sottoposta al vaglio della dottrina, che ha valutato la responsabilità penale individuale riconducibile a crimini di guerra, genocidio e crimini contro la pace nel quadro di eventuali diritti individuali corrispondenti ai singoli obblighi. In particolare, tale dottrina risalente coniava il termine *diritto imperfetto* per descrivere una situazione in cui, in primo luogo, si violano i *legal rights* di un individuo, successivamente l'individuo autore del reato è soggetto a sanzione penale come risultato e, infine, l'autore, così come il suo Stato, possono almeno teoricamente essere ritenuti responsabili per

²⁸⁵ I Protocolli Addizionali del 1977 non svilupparono specificamente tali diritti individuali, salvo per fornire una solida tutela giuridica al soggetto all'interno del sistema giuridico nazionale (art. 75 del I Protocollo) e il diritto a rifiutare un intervento chirurgico (art. 11).

danni.²⁸⁶ Mentre i singoli rimedi sono esperibili soltanto in casi eccezionali, i singoli reclami rimangono ampiamente dipendenti dalla protezione offerta dallo Stato interessato, e quest'ultimo è il solo autorizzato a porre in essere tali rimedi, o addirittura rinunciare a scapito di coloro i cui diritti sono stati violati. È ormai acclarato che l'attuale stato dell'arte del diritto internazionale preveda una concezione giuridica dell'individuo volta a estendere ad esso la soggettività internazionale, non limitandola unicamente agli Stati, anche se sussiste una serie di carenze che rendono difficile per gli individui sia esercitare i diritti non derivanti dal loro sistema giuridico nazionale contro il proprio Stato, sia esercitare i diritti nei confronti degli Stati esteri senza il sostegno del proprio governo.²⁸⁷ L'imperfetta attuazione del diritto umanitario della comunità internazionale riflette una patologia comune del diritto internazionale nel suo complesso, in cui è necessario perfezionare il ruolo che l'individuo può svolgere, stabilendo quale sia la sua posizione e la sua funzione all'interno di tale sistema giuridico.

2. *L'individuo come soggetto internazionale fra diritto umanitario e diritti umani*

L'inquadramento dell'individuo come soggetto internazionale all'interno del sistema giuridico dei diritti umani e del diritto umanitario deve essere analizzato partendo da una premessa: in questi due sistemi giuridici, gli individui sono dotati di diritti e doveri sostanziali e procedurali. In primo luogo, i diritti sostanziali sono quelli ricavabili da accordi bilaterali o multilaterali, o dal diritto internazionale consuetudinario, e sono spesso riconosciuti come parte dello *jus cogens*. Contestualmente, i diritti processuali sono quelli funzionali al riconoscimento da parte dello Stato della personalità giuridica dell'individuo.

Per quanto riguarda lo *status* dell'individuo come titolare dei diritti inseriti nelle disposizioni incorporate nel diritto internazionale umanitario e nel diritto internazionale dei diritti umani, sussiste una

²⁸⁶ ALDRICH, GEORGE. 1996. "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law". In *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, pag. 851.

²⁸⁷ FLECK, DIETER. 1998. "The Role of Individuals in International Humanitarian Law and Challenges for States in Its Development". *International Law Studies*, 71:119-139.

principale differenza sostanziale: se i diritti umani concepiscono gli individui come destinatari dei diritti, il diritto umanitario pone gli Stati come principali detentori dei diritti primari. Tuttavia, la questione centrale è se gli individui abbiano diritti ai sensi del diritto umanitario, o se essi rappresentino destinatari indiretti. È possibile sostenere che lo Stato, attraverso la ratifica di uno strumento internazionale, conferisca diritti umani agli individui e conferisca il dovere di proteggerli su se stesso. In particolare, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale, nel *Jurisdiction of the Courts of Danzig case*, ammise la possibilità, da parte dei tribunali nazionali, di conferire diritti agli individui aventi efficacia esecutiva.²⁸⁸ Nonostante tale giurisprudenza sia consolidata, occorre sottolineare la singolarità del fatto che gli individui vengano insigniti di diritti attraverso uno strumento giuridico internazionale basato sulla regolamentazione dei rapporti fra Stati. In particolare, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che include un meccanismo per il quale i trattati diventano atti giuridici nel momento in cui gli Stati esprimono il loro consenso ad essere vincolati da essi. Specificamente, il momento della ratifica è predominante, in quanto rappresenta la fase in cui lo Stato è vincolato al rispetto degli obblighi imposti dal trattato e, in relazione ai sistemi giuridici in esame, l'art. 26 della Convenzione suddetta impone il principio *pacta sunt servanda*, in questo rilevante nel diritto dei diritti umani per garantire agli individui il beneficio dei diritti loro assegnati da parte degli Stati contraenti. Le ragioni relative alla scelta degli Stati di adottare trattati internazionali sui diritti umani che limitano fortemente la loro autonomia può ravvisarsi in motivazioni *de jure*, riscontrabili negli obblighi giuridici derivanti dalla posizione di membri delle Nazioni Unite, che li assoggetta alla Carta delle Nazioni Unite, riferimento normativo essenziale che specifica la necessità di armonizzare gli interessi statali con la protezione individuale: l'art. 1, par. 3 specifica un obiettivo fondamentale delle Nazioni Unite, ovvero "Conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione"; l'art. 55, secondo cui "Al fine di creare le condizioni di

²⁸⁸ Permanent Court of International Justice, *Jurisdiction of the Courts of Danzig Case*, Advisory Opinion No. 15, Series B. No. 15, at 17.

stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno: a) un più elevato tenore di vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b) la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione".

Per quanto concerne i diritti sostanziali, essi rappresentano l'insieme dei diritti generali concessi all'individuo, in quanto essere umano, per garantirgli il potere di agire e di comportarsi in un determinato modo, nonostante la volontà contraria dello Stato.²⁸⁹ In termini generali, i diritti umani sono definibili come *universali, indivisibili, interdipendenti e correlati* ai sensi della Dichiarazione di Vienna e il Programma d'azione del 1993, ma tale schematizzazione è stata sottoposta ad ampie critiche, principalmente dottrinarie.²⁹⁰ Infatti, autorevole dottrina avalla la classificazione dei diritti dell'uomo in tre differenti generazioni, rappresentative dell'evoluzione della dottrina dei diritti umani e non della *sostituzione* di diritti, in quanto si tratta di aggiungere caratteristiche e requisiti che completano la natura dei diritti umani.²⁹¹ Nonostante l'universalità rappresenti un presupposto fondante i diritti umani, la legittimazione dell'esercizio dei diritti per gli individui quali soggetti

²⁸⁹ LOUISE DOSWALD-BECK & SYLVAIN VITÉ. 1993. "Origin and Nature of Human Rights Law and Humanitarian Law". In *International Review of the Red Cross* 293:95-101.

²⁹⁰ World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, Vienna, June 14-25, 1993, U.N. Doc. A/Conf.157/24 (Oct. 13, 1993), para. 5.

²⁹¹ La prima generazione comprende i *diritti negativi*, ovvero l'insieme dei diritti primari di sicurezza, proprietà e partecipazione politica, risultanti dalle carte dei diritti francesi e americane, che implicano l'obbligo degli Stati di astenersi dalla violazione di essi. Invece, i diritti di seconda generazione devono considerarsi come *diritti positivi*, e richiedono che lo Stato adotti progressivamente azioni per garantire, ad esempio, i diritti socio-economici, come il diritto al benessere e all'educazione. In seguito, i diritti di terza generazione, che includono il diritto alla pace, il diritto allo sviluppo e il diritto ad un ambiente sano. La terza generazione comprende i *diritti collettivi* che, a differenza delle generazioni precedenti, risultano vaghi e difficili da applicare agli individui. In proposito, le complessità applicative risultano dall'individuazione della titolarità di tali diritti, risultando difficile stabilire i destinatari diretti di tali posizioni giuridiche. Pertanto, non tutti i diritti sostanziali sono direttamente concessi e applicabili alle persone, in particolare con riferimento ai diritti di terza generazione. Per un approfondimento, si veda HIRSCHL, RAN. 2000. "'Negative' Rights vs. 'Positive' Entitlements: A Comparative Study of Judicial Interpretations of Rights in an Emerging Neo-Liberal Economic Order". In *Human Rights Quarterly* 22:1060-1098.

internazionali viene ostacolata dalla barriera della nazionalità e della *jurisdiction*. Uno strumento giuridico particolarmente efficiente per garantire ad essi tale beneficio risiede nel diritto internazionale consuetudinario, che permette di garantire i diritti umani alle persone senza che vi siano ostacoli atti a impedirlo, in quanto, a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, le regole consuetudinarie confluiscono nei sistemi giuridici nazionali, rendendo tali principi applicabili.²⁹² A tal proposito, autorevole dottrina distingue due categorie di diritti umani: da una parte, i *diritti fondamentali* e, dall'altra, i *diritti perentori (jus cogens)*, che costituiscono l'insieme delle norme giuridiche accettate e riconosciute dalla comunità internazionale, prevalenti sul diritto dei trattati. Dunque, i diritti perentori sono illimitati e non vengono condizionati dai principi di nazionalità e di giurisdizione, consentendo in tal modo l'applicazione costante dei principali diritti umani.²⁹³

Ciò considerato, per quanto concerne i diritti processuali, occorre in primo luogo sottolineare che la soggettività dell'individuo rappresenta un percorso che necessita di diritti procedurali volti a espandere le norme giuridiche sostanziali, garantendo un ampliamento del comparto giuridico a tutela di persone e popoli da parte dello Stato, potendo considerare tali diritti come una continuazione dei diritti sostanziali.²⁹⁴ Tuttavia, è necessario ricollegarsi alle convenzioni internazionali per dotare gli individui di diritti procedurali che consentano loro di esigere la corretta applicazione del diritto dei diritti umani all'interno del sistema giuridico interno. In particolare, i trattati internazionali sui diritti umani offrono agli individui un meccanismo che permette loro di staccarsi dall'intermediazione classica, avendo essi acquisito il diritto di presentare reclami a livello internazionale indipendentemente dall'intervento dei loro stati di nazionalità. Dal momento in cui uno Stato accetta l'esistenza di un meccanismo di denuncia individuale, lo Stato non può esercitare poteri di ingerenza all'interno di quel meccanismo, in quanto vanificherebbe l'obiettivo di garantire autonomia e indipendenza all'individuo nella rivendicazione di un diritto violato. In un caso del

²⁹² CASSIDY, JULIE. 2004. "Emergence of the Individual as an International Juristic Entity: Enforcement of International Human Rights". In *Deakin Law Review* 9: 534-554.

²⁹³ MERON, THEODOR. "The Humanization of Humanitarian Law". In *American Journal of International Law* 94:240.

²⁹⁴ TEITEL, RUTI G. 2002. "Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics". In *Cornell International Law Journal* 35:355-363.

genere, il procedimento sarebbe privo di valore, dal momento che lo Stato non rappresenterebbe solo l'individuo, ma anche se stesso nell'ambito dello stesso procedimento. Allo stato attuale, l'individuo può imporre non solo il rispetto da parte degli Stati dei loro obblighi ai sensi dei patti e delle convenzioni internazionali, ma può anche difendere personalmente i propri interessi dinanzi a un tribunale internazionale competente.²⁹⁵

Ciò posto, in relazione al diritto internazionale umanitario, occorre preliminarmente specificare che, in riferimento ai diritti riconosciuti all'individuo, si ravvisano molteplici lacune rispetto ai diritti sostanziali e procedurali relativi ai diritti umani. In primo luogo, per quanto concerne i diritti sostanziali, nel diritto internazionale umanitario i titolari di diritti primari sono gli Stati, e il punto fondamentale è stabilire se gli individui abbiano diritti in base alle convenzioni, o se siano soltanto destinatari di "protezione". Infatti, nonostante le convenzioni siano incentrate sulla nozione di protezione delle persone nel conflitto armato, in qualità di civili e prigionieri di guerra, occorre notare che la definizione di *persone protette*, come individuabile dalla IV Convenzione di Ginevra, si applica solo a coloro che occupano la posizione di cittadini di uno Stato con il quale la potenza occupante è in guerra.²⁹⁶ Occorre specificare che l'obiettivo della classificazione di *persone protette* ai sensi del diritto internazionale umanitario è quello di offrire protezione e assistenza a quegli individui che non hanno un ruolo nelle ostilità e, all'uopo, vi sono quattro categorie di *persone protette*: i soggetti malati e feriti; il personale medico; i civili; i prigionieri di guerra. In aggiunta al regime di tutela offerto dal diritto internazionale umanitario che dota gli individui di determinati diritti, si sosteneva l'esistenza di diritti speciali in virtù delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei loro Protocolli Aggiuntivi del 1977. Infatti, l'utilizzo del termine *rights* dimostra come gli individui siano effettivamente beneficiari di diritti concessi alla luce del diritto umanitario convenzionale. Tuttavia, occorre specificare che i meccanismi di applicazione dei diritti garantiti agli individui a livello internazionale non nascono contestualmente: se nei trattati internazionali sui diritti umani veniva predisposto *ab origine* un meccanismo di

²⁹⁵ In proposito, si veda ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2001. "The Position of the Individual in International Law". In *California Western International Law Journal* 31:241.

²⁹⁶ BESSON DE VEZAC, MARIE-PIERRE. 1997. "Les sanctions des violations des conventions de Genève du 12 août 1949". In *Droit et Defense* 3:4.

applicazione a tutela dell'individuo per reclamare il mancato rispetto dei diritti, nel diritto umanitario il percorso è molto più complesso.²⁹⁷ A partire dalla fine del conflitto armato, le parti coinvolte, cioè gli Stati, firmano un trattato di pace e, in alcuni casi, richieste di risarcimento, solitamente da parte dei vinti. Non ravvisandosi, nell'ambito del diritto internazionale umanitario, un meccanismo specifico di rivendicazione individuale di diritti violati, occorre focalizzare l'attenzione sul panorama giurisprudenziale, che permette di stabilire se sia esistente un tentativo di rendere l'individuo soggetto internazionale attivo di tale sistema giuridico dal punto di vista procedurale. In particolare, occorre menzionare il *Mavrommatis case*, in cui la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja stabilì i presupposti strutturali e funzionali della protezione diplomatica: uno Stato ha il diritto di proteggere i suoi cittadini quando sono danneggiati da errati atti internazionali di un altro Stato e non possono essere appianati in modo soddisfacente attraverso le normali vie politiche.²⁹⁸ Tale caso fu posto in essere dalle autorità governative greche contro quelle britanniche, che difendevano Rutenberg, dopo che quest'ultimo rifiutò di riconoscere, quale potenza sovrana in Palestina secondo un mandato assegnatole, i diritti contrattuali acquisiti dal cittadino greco Mavrommatis, titolare della concessione palestinese per il rifornimento idrico e l'illuminazione elettrica.²⁹⁹ Tale controversia, pur non ricollegandosi al diritto internazionale umanitario, consente di verificare i presupposti di una *denuncia individuale internazionale* che rende l'individuo soggetto autonomo rispetto allo Stato dal punto di vista internazionale. Considerato che il diritto internazionale umanitario si applica principalmente per regolamentare il comportamento degli Stati a tutela

²⁹⁷ In proposito, occorre specificare che il diritto internazionale umanitario, emerso alla fine del XIX secolo, optava per i mezzi classici di applicazione giuridica. Infatti, il diritto internazionale, essendo un sistema giuridico statocentrico, comprendeva un meccanismo di applicazione inquadrato sulla responsabilità degli Stati quali attori principali delle guerre. Il diritto bellico, trainato dalla *responsabilità collettiva* con le sanzioni, prevedeva le rappresaglie dei belligeranti *in bello* e i risarcimenti *post bellum*. In particolare, si veda ABI-SAAB, GEORGES. 1999. "International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law". In *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo & Tahar Boumedra eds. 649-650.

²⁹⁸ *Mavromattis Palestine Concession (Jurisdiction) Case*, PCIJ Reports, Series A, No. 2 (1924), at 12.

²⁹⁹ STOYANOVSKY, JACOB. 1928. *The mandate for Palestine. A contribution to the theory and practice of international mandates*, Longmans- Green and Co.: London-New York-Toronto, pp. 134-149.

degli individui e il diritto internazionale dei diritti umani offre una posizione predominante all'individuo in relazione alla sua tutela, non esiste ancora un meccanismo applicativo che garantisca all'individuo una posizione equilibrata in entrambi i sistemi giuridici in esame, essendo la presenza statale sempre il punto di riferimento della regolamentazione normativa.

Ciò considerato, per quanto concerne lo *status* di individuo quale titolare di doveri nel diritto internazionale, occorre premettere che gli individui, alla luce del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto umanitario, sono detentori di doveri.³⁰⁰ Tale premessa si ricava dal perseguimento di criminali di guerra davanti ai tribunali internazionali di Norimberga e di Tokyo e, più recentemente, in riferimento al Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia e per il Ruanda.³⁰¹ Inoltre, gli individui vengono posti dinanzi a tribunali ibridi, in cui si confondono elementi nazionali e internazionali, come il Tribunale speciale per la Sierra Leone, i Tribunali di Timor Est, Bosnia Erzegovina, Kosovo e Cambogia.³⁰² Nonostante rappresenti un fatto che, nei confronti dei singoli, gli obblighi giuridici ricavabili dal *corpus* del diritto internazionale dei diritti umani non siano generalmente imposti direttamente ad essi, essendo a carico degli Stati che ratificano tali trattati, anche in questo caso solo questi ultimi possono essere portati dinanzi ai tribunali internazionali per questioni di responsabilità.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, considerando l'interazione fra diritti umani e diritto umanitario il nocciolo duro da cui muovere l'analisi dell'individuo come soggetto internazionale, occorre evidenziare una dicotomia indissolubile riconducibile alla visione del soggetto come *right-and-duty-holder*. Infatti, da una parte, in relazione al regime dei *rights*, i diritti sostanziali garantiti agli individui, nel sistema giuridico dei diritti umani, si considerano in relazione all'idea che i diritti umani vengono garantiti dallo Stato direttamente all'individuo, ma considerando che la condizione dello Stato di Parte contraente di un trattato è anche

³⁰⁰ GREPPI, EDOARDO. 1999. "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law". In *International Review of the Red Cross* 835:531-553.

³⁰¹ Charter of the International Military Tribunal, in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 58 Stat. 1544, E.A.S. No. 472, 82 U.N.T.S. 280, Aug. 8, 1945.

³⁰² In proposito, si veda *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 2178 U.N.T.S. 38342, Jan. 16, 2002

vantaggiosa per il medesimo.³⁰³ Inoltre, occorre precisare che il concetto di nazionalità come vincolo per l'attribuzione di diritti all'individuo non può essere accettato, in virtù del fatto che tutti gli esseri umani devono godere di tali diritti, attraverso il diritto internazionale consuetudinario e lo statuto di alcuni diritti come norme imperative.³⁰⁴ Dall'altra parte, i diritti procedurali (*procedural rights*) nell'ambito del diritto dei diritti umani vengono considerati sia nei tribunali nazionali che in quelli internazionali, in quanto il diritto di adire una corte internazionale rappresenta una "concessione" ulteriore che lo Stato garantirebbe al fine di dare attuazione ai diritti sostanziali concessi mediante strumenti convenzionali. In particolare, in relazione al regime del diritto internazionale umanitario, riconducibile prevalentemente agli Stati piuttosto che agli individui, contiene diritti sostanziali agli individui riscontrabili nelle Convenzioni di Ginevra e nei Protocolli addizionali. In relazione a tale regime, dal punto di vista dei *procedural rights*, non può non scorgersi una discrepanza fra Stato e individuo, nonostante quest'ultimo possa avvalersi del sistema di "protezione diplomatica" o dei meccanismi dei diritti umani: se il diritto dei diritti umani garantisce diritti procedurali direttamente agli individui, il diritto umanitario prevede un meccanismo inter-statale che focalizza la tutela giuridica dell'individuo. Invece, per quanto riguarda i *duties* imposti all'individuo, le restrizioni contenute all'interno di tutti gli strumenti internazionali sui diritti umani prevedono l'obbligo indiretto di conformità entro i limiti imposti in nome della lotta all'abuso di potere e dei diritti. In particolare, lo sviluppo del diritto penale internazionale e l'evoluzione del concetto di responsabilità penale individuale hanno portato a un incremento dei doveri imposti agli individui, riconducibili al diritto umanitario e al diritto dei diritti umani. Gli Stati, in qualità di principali soggetti di diritto internazionale umanitario, hanno dimostrato di essere disposti a

³⁰³ In particolare, all'interno della *Vienna Declaration and Programme of Action of the World Conference on Human Rights* i diritti umani vengono definiti "universal, indivisible and interdependent and interrelated". Si veda World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, Vienna, June 14-25, 1993, U.N. Doc. A/Conf. 157/24 (Oct. 13, 1993), par. 5.

³⁰⁴ In particolare, uno strumento particolarmente efficiente per gli individui di beneficiare delle disposizioni relative ai diritti umani è attraverso il diritto internazionale consuetudinario, in quanto esso consente di concedere diritti umani agli individui senza alcun vincolo di nazionalità o giurisdizione. Si veda CASSIDY, JULIE. 2004. "Emergence of the Individual Justice Entity: Enforcement of International Human Rights". In *Deakin Law Review*, 9:553-554.

concedere agli individui uno spazio giuridico nel diritto internazionale pubblico, garantendogli diritti e doveri per un'interazione rilevante con la comunità internazionale. Dunque, il percorso giuridico di "soggettivizzazione" dell'individuo nel diritto internazionale implica una necessaria ripartizione di *rights* e *duties*, da accogliere attraverso specifici meccanismi, ma occorre stabilire se l'individuo venga considerato tale in ogni contesto giuridico, o se il livello di tutela venga compromesso negativamente in funzione dell'ambito di applicazione, provocando una menomazione del concetto stesso di individuo. In ogni caso, secondo autorevole dottrina, può concludersi che "*a definition of international law that did not today recognize the individual as the direct beneficiary of international human rights law and, to that extent, a subject of international law, would be blind to contemporary legal and political realities*".³⁰⁵

3. La tutela della popolazione civile nei conflitti armati

La regolamentazione giuridica dell'individuo all'interno del contesto bellico deve essere principalmente affrontata attraverso l'analisi della sua condizione di *civile*, permettendo ciò una necessaria comparazione fra sistemi giuridici volti a tutelarne la dignità, nonostante tale questione necessiti principalmente di un'individuazione del conflitto a cui ci si riferisce. In termini generali, i civili posseggono uno *status* tutelato dal diritto internazionale umanitario, che ne garantisce la protezione durante le ostilità, ma ciò non è sufficiente a delimitare un sistema giuridico efficiente in ogni circostanza, in quanto la condizione dei civili è stata sottoposta a limitazioni di tutela nel caso in cui l'estraneità al conflitto armato venga meno, manifestandosi così una rilevante contraddizione. Infatti, proprio il I Protocollo Addizionale del 1977 specifica, all'art. 51, par. 3, il principio di protezione, individuando il limite della partecipazione alle ostilità, stabilendo che i civili godranno della protezione a meno che essi non prendano parte direttamente alle ostilità. Occorre sottolineare che il principio di protezione rappresenta uno dei presupposti fondanti il diritto internazionale umanitario, ed è stato circoscritto nella Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868, in cui si sottolineava che nessuna necessità militare giustificasse attacchi diretti

³⁰⁵ BUERGENTHAL, THOMAS. 1997. "The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights". In *Human Rights Quarterly* 19:703.

contro civili o obiettivi civili.³⁰⁶ In proposito, autorevole dottrina sostiene che sia necessario rispettare come obbligo a carico delle forze militari la distinzione fra obiettivi civili e obiettivi militari, dirigendo ogni azione violenta contro i secondi.³⁰⁷

In primo luogo, è necessario soffermarsi sulla condizione e protezione dei civili all'interno dei conflitti armati internazionali. In proposito, il diritto umanitario si occupa espressamente di tale ambito attraverso il Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, nella IV Convenzione di Ginevra del 1949 e nel I Protocollo Aggiuntivo del 1977. Nonostante la protezione generale della popolazione civile contro gli effetti della guerra e, in particolare, il trattamento delle persone protette sia giuridicamente regolamentata dalle Parti II e III della IV Convenzione di Ginevra, non vi è un adeguato supporto normativo in merito alla protezione contro gli effetti delle operazioni militari dei civili che si trovino nel territorio del nemico. Tuttavia, l'art. 48 del I Protocollo del 1977 stabilisce una regola specifica, volta a delimitare un confine fra cittadini e combattenti, in base alla quale le Parti del conflitto armato dovranno distinguere tra la popolazione protetta e i combattenti, nonché tra i beni di carattere civile e gli obiettivi militari, in quanto solo i combattenti possono essere fatti oggetto di violenza bellica. Inoltre, l'art. 20 del medesimo Protocollo vieta rappresaglie sui civili e l'art. 75, par. 2 impedisce alle Parti in conflitto la cattura di ostaggi e le punizioni collettive. In proposito, il I Protocollo Aggiuntivo del 1977 si rivela essere lo strumento giuridico imponente per ergere la condizione di civile a soggetto da tutelare non soltanto in relazione alla sua estraneità dal conflitto armato, ma soprattutto in relazione alla garanzia di diritti e libertà che non possono essere menomati dalle Parti in conflitto in funzione del contesto bellico. In questo senso, l'inserimento di rappresaglie e punizioni collettive contro i civili rappresenta un'innovazione particolarmente rilevante da parte del I Protocollo Aggiuntivo, essendo necessario ampliare la sfera di tutela della persona nel contesto conflittuale. Specificamente, gli artt. 43, 46 e 50 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907

³⁰⁶ Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, Reprinted in ROBERTS, ADAM-GUELFF, RICHARD. 1989. *Documents on the Laws of War*, 2nd edn. Oxford: Clarendon Press, pagg. 30-31.

³⁰⁷ FENRICK, WILLIAM. 2003. "The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View from the Outside". In *Yearbook of International Humanitarian Law* 3:53-66.

rappresentano la base giuridica che ha condotto a un mutamento contestuale in cui sottolineare la tutela dei civili. L'art. 43 impone all'occupante di stabilire e mantenere l'ordine pubblico *con i mezzi più idonei*; l'art. 46 disciplina l'obbligo dell'occupante del rispetto, *inter alia*, della vita degli individui; l'art. 50, invece, dispone che non possano essere erogate dall'occupante nei confronti di civili *pene pecuniarie o altre* in risposta a comportamenti individuali di cui i puniti non possano venire considerati corresponsabili. In proposito, la principale innovazione rappresentata a beneficio dei civili è riscontrabile all'art. 43, a fronte della Convenzione di Ginevra del 1929 che, pur escludendo specificamente la possibilità di rappresaglie sui prigionieri, nulla indicava nello stesso senso a favore dei civili.³⁰⁸

Tuttavia, mentre il I Protocollo Addizionale riconosce e definisce la tradizionale differenza tra combattenti e civili, il II Protocollo Addizionale non prevede tale distinzione durante i conflitti armati non internazionali, soprattutto per motivi politici. Pertanto, durante un conflitto armato non internazionale, oltre ai membri delle forze armate di uno Stato, tutti i soggetti che imbracciano le armi devono considerarsi giuridicamente civili e non combattenti. Inoltre, essendovi una maggioranza di conflitti armati non-internazionali nella comunità internazionale, la maggior parte dei soggetti impegnati a combattervi, o almeno coloro che combattono in quanto membri dei gruppi armati di opposizione contro gli Stati, non hanno lo *status* di combattenti privilegiati sotto il diritto internazionale umanitario e sono tecnicamente considerabili come *unlawful* o combattenti svantaggiati, in quanto si tratta di civili illegittimamente impegnati in combattimento, potenzialmente punibili per tale condotta dalle autorità nazionali.³⁰⁹

³⁰⁸ In proposito, non sorprende pertanto che, durante il processo condotto a carico del criminale di guerra Walter Rieder, imputato per la strage di Monte Sole, la difesa sottolineasse l'ordine di servizio del generale francese Leclerc del 30 novembre 1944 in previsione della presa di Strasburgo: in base a tale ordine, per ogni soldato francese ucciso sarebbero stati fucilati cinque ostaggi tedeschi. Tale ordine di servizio godeva dell'approvazione del Comandante in capo delle truppe alleate, e il generale Eisenhower ribadiva che solo l'esecuzione di prigionieri di guerra per rappresaglia era proibita dalle leggi di guerra, e non la tenuta di ostaggi civili, e che, in determinate circostanze, essi potevano essere sottoposti a giudizio e condannati a morte. In proposito, si veda BALDISSARA, LUCA – PEZZINO, PAOLO. 2009. *Il massacro. Guerra ai civili a Monte Sole*. Bologna: Il Mulino.

³⁰⁹ BAXTER, RICHARD R. 1951. "So called 'unprivileged belligerency': spies, guerrillas, and saboteurs". In *British Year Book of International Law* 28: 323-328. In particolare, l'Autore specifica che la categoria dei *unprivileged belligerents* comprende determinati

Appare chiaro come sia complesso effettuare una distinzione fra combattenti e civili esauriente, in quanto le forze armate statali coinvolgono i civili nella conduzione delle ostilità, attribuendo loro mansioni che pregiudicano la condizione di soggetti estranei al conflitto. L'impianto giuridico che definisce il principio di distinzione fra obiettivi civili e obiettivi militari è ravvisabile nei Regolamenti dell'Aja allegati alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, le Convenzioni di Ginevra e i loro Protocolli Addizionali del 1977. In particolare, l'art. 25 del Regolamento dell'Aja proibisce l'attacco o bombardamento, con qualsiasi mezzo, di città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi. L'art. 27 stabilisce che *"in sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes"*. La IV Convenzione di Ginevra del 1949 è totalmente orientata a provvedere alla protezione dei civili e la II Parte è specificamente indirizzata alla protezione generale delle popolazioni contro certe conseguenze della guerra, e determinate disposizioni normative prevedono una specifica protezione dagli attacchi contro gli obiettivi civili, incluso l'art. 18 che proibisce attacchi contro ospedali civili e l'art. 33 che comprende punizioni collettive e rappresaglie contro i soggetti protetti e i loro beni.³¹⁰ Inoltre, il principio di distinzione rappresenta un presupposto cardinale per la tutela della popolazione civili dal conflitto armato, e ciò si ravvisa dalla sua specificità rintracciabile nelle fonti giuridiche. In particolare, la Risoluzione XXVIII adottata in seguito alla 20° Conferenza Internazionale della Croce Rossa del 1965 a Vienna sottolinea l'obbligo di tutti i governi e delle altre autorità competenti per l'azione nei conflitti armati di conformarsi al principio di distinzione dei soggetti che prendono parte alle ostilità e ai membri della popolazione

soggetti che non hanno diritto a essere considerati né come civili pacifici, né come prigionieri di guerra, in ragione del fatto che essi hanno svolto attività contrarie ai requisiti di cui all'art. 4 della Convenzione di Ginevra del 1949 sui prigionieri di guerra; DÖRMANN, KNUT. 2003. "The legal situation of 'unlawful/unprivileged combatans". In *International Review of the Red Cross* 849: 45-74.

³¹⁰ Le protezioni supplementari che devono essere evidenziate comprendono l'art. 48 del I Protocollo Addizionale, così come l'art. 51, che disciplina la tutela della popolazione civile contro le operazioni militari; l'art. 52, che riguarda la tutela generale dei beni di carattere civile; l'art. 53, che tutela i beni culturali e religiosi; l'art. 54, che riguarda la protezione dei beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile; l'art. 55, che regola la tutela dell'ambiente naturale e l'art. 56, che disciplina la protezione delle opere e degli impianti in materia di forze pericolose.

civile, nel senso che questi ultimi devono essere tutelati per quanto possibile. Il principio di distinzione è un corollario del principio di protezione, in quanto senza il primo non esisterebbe il secondo. La distinzione fra i combattenti legittimi impegnati in combattimento da un lato e i civili innocenti non coinvolti e protetti dalle ostilità dall'altro lato difficilmente riflettono la realtà del conflitto.

Ciò considerato, l'individuazione del soggetto *civile* rappresenta il punto di partenza per un'analisi volta a stabilire il divario fra individuo e cittadino in un contesto bellico. In primo luogo, nonostante la IV Convenzione di Ginevra del 1949 sia dedicata esclusivamente alla protezione della popolazione civile, nulla sostiene in merito a una puntuale definizione. Ai sensi dell'art. 4 della IV Convenzione, le persone protette da esso sono coloro che, in un determinato momento e in qualsiasi modo, si trovano in caso di conflitto o occupazione nelle mani di una Parte in conflitto o potenza occupante, di cui sono cittadini. L'art. 3 indica che, durante i conflitti armati non internazionali, le persone che godono di protezione contro le varie forme di violenza e di violazione sono *soggetti che non coprono nessun ruolo attivo nelle ostilità, compresi i membri delle forze armate che hanno depresso le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, senza distinzione di carattere sfavorevole basata sulla razza, il colore, la religione o la fede, il sesso, la nascita o il censo, o altro criterio analogo*. Per stabilire in modo circoscritto chi possa ritenersi civile nel diritto internazionale umanitario, è necessario soffermarsi sul I Protocollo Addizionale del 1977, il primo vero tentativo di porre in essere una dicotomia fra individui e cittadini che, all'art. 50, pur non definendo espressamente chi debba considerarsi civile, stabilisce una definizione negativa, secondo cui i civili sono tutte le persone che non sono combattenti. In particolare, il par. 1 stabilisce che i civili sono soggetti che non sono membri delle forze armate di una Parte in conflitto, così come i membri delle milizie e degli altri corpi di volontari, compresi quelli dei movimenti di resistenza organizzati, appartenenti a una delle parti in conflitto e che operano dentro o fuori dal proprio territorio, anche se questo territorio è occupato, a condizione che tali milizie o corpi di volontariato, compresi tali movimenti di resistenza organizzati, soddisfino le quattro condizioni di *combatancy*. La categoria del civile sembra essere una categoria giuridica residuale, in quanto chi non è un combattente è un civile. Tuttavia, nonostante possa configurarsi la presenza, all'interno della

popolazione civile, di individui che non rientrano in tale definizione, la popolazione non viene in alcun modo privata del suo carattere civile, come si desume dall'art. 50, par. 3 del I Protocollo Addizionale del 1977.

Lo stato di protezione concesso ai civili presuppone l'esclusione degli stessi da ogni attività all'interno del conflitto, pena la perdita dello *status* di civile protetto ai sensi della IV Convenzione di Ginevra e dei Protocolli Aggiuntivi. Tuttavia, i civili che partecipano illegittimamente alle ostilità non vengono trasformati in combattenti, anche per la durata della loro partecipazione illegittima e anche se *de facto* non soddisfano nessuna delle condizioni di *combatancy*, come portare le armi apertamente nel rispetto delle leggi e delle consuetudini di guerra. In questo senso, è sorta la categoria giuridica dei "combattenti illegali" o "belligeranti illegali", cioè soggetti che, pur rimanendo civili, partecipano illegittimamente alle ostilità.

Ciò considerato, per quanto concerne i conflitti armati non-internazionali, il diritto umanitario non effettua alcuna distinzione fra combattenti e civili, in quanto non riconosce lo status di *combattente*, ma specifica che i soggetti che non prendono parte alle ostilità mantengono il loro status protetto di *civili*. Prima delle Convenzioni di Ginevra, il diritto umanitario si occupava soltanto di garantire la neutralità degli Stati terzi, mentre la gestione del conflitto interno era considerato come una questione interna dei singoli Stati. In primo luogo, l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra garantisce uno *standard* minimo di tutela cui le Parti in conflitto hanno l'obbligo di astenersi, e tali disposizioni rappresentano ormai diritto consuetudinario, nonostante tale *standard* si trovi a un livello al di sotto della soglia minima prevista dal diritto internazionale dei diritti umani. Tale lacuna è stata parzialmente modificata dal II Protocollo aggiuntivo del 1977: da un lato, la protezione offerta costituisce un'estensione del disposto normativo ex art. 3 comune inferiore a quanto prevedibile all'inizio dei lavori della Conferenza di Ginevra a causa delle posizioni rigide assunte da molteplici Stati; dall'altro lato, la soglia di applicazione è particolarmente alta, in quanto, ai sensi dell'art. 1, par. 1 l'applicazione è prevista soltanto in caso di conflitto tra forze armate governative e forze insorte poste sotto un comando responsabile che occupino una porzione estesa di territorio, essendo in tal modo in grado di condurre operazioni militari prolungate e concertate. Tuttavia, in questo modo il II Protocollo aggiuntivo si rende applicabile solo quando si supera una determinata soglia di scontro

armato talmente alta da essere scarsamente distinguibile da un conflitto internazionale, mentre tale Protocollo risulta scarsamente applicabile dal requisito del controllo di zone territoriali da parte degli insorti ai movimenti di guerriglia o a determinate sfumature del conflitto armato asimmetrico. In tal senso, viene meno lo scopo dello strumento, ovvero coinvolgere le forze politico-militari dei movimenti insurrezionali nell'obbligo di rispettare il diritto umanitario. Il Titolo IV del II Protocollo riprende la norma contenuta nell'art. 48 del I Protocollo, secondo cui la popolazione civile deve essere protetta contro gli effetti delle ostilità, e in particolare dagli attacchi specificamente volti a pregiudicare i civili: tra i divieti, rileva quello del trasferimento forzato della popolazione civile stessa ex art. 17. In questo senso, il divieto di utilizzare determinate tipologie di armi viene imposto anche alle Parti contrapposte in un conflitto non avente carattere internazionale. Inoltre, l'art. 13, par. 3 rappresenta un riferimento normativo fondamentale, in quanto stabilisce che le persone godono della tutela giuridica garantita dal Titolo IV salvo che non partecipino direttamente o meno, nelle fila della popolazione civile dopo aver preso parte a combattimenti.

3.1. L'obbligo di protezione della popolazione civile: aspetti sostanziali e giurisprudenziali

La condizione dell'individuo quale soggetto da tutelare nel diritto internazionale umanitario incontra molteplici problematiche e questioni circa la sua posizione di civile nell'ambito del conflitto armato. Infatti, i rimedi esperibili a favore delle popolazioni civili rappresentano la necessaria conseguenza di effetti collaterali di un sistema giuridico tradizionalmente considerato *inter-statale* e, pertanto, difficilmente inquadrabile in un contesto di *giustiziabilità* dei diritti stabiliti dai trattati di diritto internazionale umanitario. I danni collaterali si manifestano in ferimenti o uccisioni di soggetti civili e danneggiamento di beni privati in seguito a un'operazione militare, quando, all'interno di un conflitto armato, la protezione e il rispetto delle popolazioni civili non sono garantiti.³¹¹ In proposito, occorre specificare che il danno collaterale non

³¹¹ DE COCK, CHRIS. 2011. "Operation Unified Protector and the Protection of Civilians in Libya". In *Yearbook of International Humanitarian Law* 14:231-232. I "danni collaterali" rappresentano una delle principali preoccupazioni inerenti alle operazioni militari, in quanto la popolazione civile rimane sempre più esposta a una possibile violazione del

comporta necessariamente la responsabilità internazionale della parte belligerante che ha operato l'attacco, né la responsabilità penale dell'agente che lo ha posto in essere, nemmeno quando le perdite tra i civili sono state preventivamente stimate e, specificamente, quando la stima comprovi la proporzione fra tali danni e il vantaggio militare diretto e concreto previsto dall'attacco.³¹² Tale conclusione non è possibile in base al diritto internazionale dei diritti umani, che non lascia alcuno spazio alla nozione di danno collaterale che non sia imprevedibile. Infatti, in base al diritto dei diritti umani, l'uso della forza letale non è giustificato dalla proporzione tra il vantaggio militare che si ricava dall'attacco ai danni collaterali, in quanto, se l'uso della forza contro l'individuo che costituisca un'effettiva minaccia alla vita di esseri umani in quel preciso momento implica l'uccisione di ulteriori individui innocenti, la morte di questi ultimi dovrà considerarsi accidentale, e non un prezzo da pagare per distruggere la minaccia, altrimenti l'uso della forza rappresenterà, da parte dello Stato che lo ha realizzato o autorizzato, una violazione del diritto alla vita degli individui posti sotto la sua giurisdizione. Specificamente, in base al diritto dei diritti umani, a differenza di quanto previsto dal diritto dei conflitti armati, l'uso internazionale della forza letale è ammesso solo nella misura in cui sia necessario a proteggere la vita umana propria o di terzi e non vi siano soluzioni alternative. Infatti, è necessario che, nella scelta del personale,

diritto umanitario. In particolare, le forze della NATO si confrontarono con forze militari opposte che intenzionalmente trascuravano i loro obblighi ai sensi del diritto dei conflitti armati, attraverso l'utilizzo di automobili civili per il trasporto di truppe e materiali da zone di combattimento, nonché di abitazioni civili come punti di sosta o nodi logistici, anche come posti di comando e controllo. In un simile scenario, l'analisi del principio di proporzionalità rappresenta una fase fondamentale per poter stimare e razionalizzare un'operazione militare che implichi conseguenze collaterali a carico della popolazione civile. Per un approfondimento, si veda SCHMITT, MICHAEL N. 2005. "Precision attack and International Humanitarian Law". *International Review of the Red Cross* 859: 445-466.

³¹² In merito all'ammissibilità del danno collaterale, si veda *Prosecutor v. Kordic and Cerkez Judgment Case*, No. IT-95-14/2-T ICTY, Trial Chamber, 26 February 2001, par. 52. In questo caso, il Tribunale Penale Internazionale per l'Ex-Jugoslavia stabiliva che "it is (...) accepted that attacks aimed at military objectives, including objects and combatants, may cause 'collateral civilian damage'. International customary law recognizes that in the conduct of military operations during armed conflicts a distinction must be drawn at all times between persons actively taking part in the hostilities and civilian population and provides that: the civilian population as such shall not be the object of military operations; every effort be made to spare the civilian populations from the ravages of war; all necessary precautions should be taken to avoid injury, loss or damage to the civilian population. Nevertheless, international customary law recognizes that this does not imply that collateral damage is unlawful per se".

dei mezzi e dei metodi per condurre l'operazione, vengano assicurate tutte le precauzioni possibili per evitare o ridurre al minimo la perdita incidentale di vite umane, indipendentemente da considerazioni di proporzionalità tra danno previsto e vantaggio militare perseguito. Questo principio deve essere connesso anche al diritto umanitario, in quanto l'idea che un membro delle forze armate, nel contesto di operazioni militari, possa fare uso della forza letale solo in casi di difesa legittima rappresenta oggetto di dibattito dottrinale.³¹³

In particolare, partendo dalla questione dell'interazione fra diritti umani e diritto umanitario, occorre sottolineare l'ipotesi di una possibile base comune fondata sulla tutela della dignità umana, chiedendosi, altresì, se sia possibile stabilire un diritto individuale alla riparazione dei danni qualora venga accettata la responsabilità dello Stato per danni collaterali.³¹⁴ A tal proposito, non può non analizzarsi specificamente la prassi relativa alla campagna aerea del 1999 ad opera delle forze della NATO contro la Repubblica Federativa di Jugoslavia (operazione *Allied Force*), a seguito della quale si è riscontrato un elevato numero di perdite civili.³¹⁵ In relazione a tale operazione, è necessario evidenziare le

³¹³ LUBELL, NOAM. 2005. "Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860, pag. 745.

³¹⁴ In particolare, si veda ODELLO, MARCO. 2008. *Fundamental Standards of Humanity. A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law*. In ARNOLD, ROBERTA-QUENIVET, NÖELLE, *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*. Leiden-Boston, p. 15 ss. In particolare, nel parere consultivo dell'8 luglio 1986 relativo alla legalità della minaccia e dell'uso di armi nucleari, la Corte Internazionale di Giustizia suggellava la convergenza e la complementarità fra diritto umanitario e diritti umani. Specificamente, la Corte, riconoscendo l'applicabilità del diritto dei diritti umani all'interno di un conflitto armato, affermava che "*the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. 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 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*". In proposito, si veda CHETAİL, VINCENT. 2003. "The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law". In *International Review of the Red Cross*, pagg. 235 ss.

³¹⁵ Per quanto concerne l'operazione *Allied Force*, si veda CASSESE, ANTONIO. 1999. "Ex iniuria jus oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Counter-measures in the World Community?". In *European Journal of International Law*, pag. 23; DE SENA, PASQUALE. 1999. "Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale". In *Ragion Pratica*, pagg. 141 ss.;

richieste di risarcimento presentate dinanzi ai tribunali interni e internazionali per la responsabilità relative alle vittime civili da parte dei familiari morti nel corso degli attacchi aerei. Specificamente, dal punto di vista giurisprudenziale, occorre analizzare due specifici *dicta*: il caso *Varvarin* dinanzi ai tribunali tedeschi e il caso *Marković* dinanzi ai tribunali italiani.

Prima di procedere all'analisi dei suddetti casi specifici, occorre brevemente esaminare il I Protocollo Aggiuntivo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra, in cui viene suggellata la distinzione fra combattenti e non combattenti.³¹⁶ In primo luogo, l'art. 51, par. 4 del I Protocollo aggiuntivo disciplina la definizione di attacchi indiscriminati vietati in ogni conflitto armato, secondo cui "*Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are: (a) those which are not directed at a specific military objective; (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction*". Inoltre, l'art. 57, par. 1 del I Protocollo aggiuntivo stabilisce che "*In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects*". Per quanto concerne la responsabilità statale, le gravi violazioni del Protocollo risiedono negli artt. 85, 86 e 91 e, in proposito, sia dal punto di vista dottrinale che giurisprudenziale (interno), tali disposizioni normative vengono considerate *non self-executing* e, pertanto, non invocabili dalle presunte vittime delle

RONZITTI, NATALINO. 1999. "Raids aerei contro la Repubblica Federale di Jugoslavia e Carta delle Nazioni Unite". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 476 ss.; STARACE, VINCENZO. 1999. "L'azione militare della NATO contro la Jugoslavia secondo il diritto internazionale". In *Filosofia dei diritti umani*, pagg. 36 ss.; VILLANI, UGO. 1999. "La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?" In *Volontari e terzo mondo*, pagg. 26 ss.; ZANGHÌ, CLAUDIO. 1999. "Il Kosovo fra Nazioni Unite e diritto internazionale". In *Quaderni costituzionali*, pagg. 378 ss.; ZAPPALÀ, SALVATORE. 1999. "Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 975 ss.; PICONE, PAOLO. 2000. "La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 309 ss.

³¹⁶ In proposito, nel caso *Prosecutor v. Martić*, il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia affermava che "*the rule that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of the attack, is a fundamental rule of international humanitarian law applicable to all armed conflicts*", caso n. IT-95-11-R61, decisione dell'8 marzo 1996, par. 10.

violazioni delle Convenzioni dinanzi ai giudici interni.³¹⁷ Inoltre, è necessario evidenziare la questione dell'applicabilità delle medesime norme convenzionali in caso di interventi condotti da coalizioni militari istituite sotto gli auspici di organizzazioni internazionali. In riferimento all'operazione *Allied Force*, vi erano la giurisdizione interna degli Stati partecipanti e la giurisdizione concorrente del Tribunale per l'ex-Jugoslavia: le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra e le possibili altre violazioni delle leggi e consuetudini di guerra commesse da qualsiasi persona, senza riguardo per la nazionalità, ricadevano sotto la giurisdizione del Tribunale.

Ciò considerato, occorre principalmente soffermarsi sul *caso Varvarin*, con particolare riferimento al fatto. Durante un raid aereo effettuato dalla NATO il 30 maggio 1999, il ponte della città serba di Varvarin fu bombardato, causando la morte di dieci civili e il ferimento di altri diciassette. Successivamente a tale evento, un gruppo di parenti delle vittime adiva la Corte distrettuale di Bonn, contestando le modalità di conduzione dell'aereo che avrebbero generato una responsabilità della Germania per le perdite umane. Da una parte, il ponte di Varvarin veniva considerato *obiettivo militare*, mentre, secondo quanto avanzato dai ricorrenti, il risarcimento del danno avrebbe dovuto essere concesso per il sostegno generale offerto dalla Germania alla campagna NATO, inclusa l'assenza di opposizione sulla questione specifica riguardante l'inclusione del ponte di Varvarin tra gli obiettivi militari. La Corte distrettuale di Bonn, nella sentenza del 2003, asseriva l'inammissibilità del ricorso, non potendo riconoscersi alcun diritto ai ricorrenti in relazione al risarcimento dei danni per violazione del diritto umanitario.³¹⁸ In particolare, la Corte specificava che le eccezioni avanzate dai ricorrenti non trovassero riscontro nel diritto internazionale così come nel diritto tedesco, supportando la concezione tradizionale del diritto internazionale, da intendersi come *diritto della comunità degli Stati*, non potendo riconoscere che i medesimi quali destinatari di un diritto

³¹⁷ Si veda KALSHOVEN, FRITS. 1991. "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I and Beyond". In *International Comparative Law Quarterly*, pagg. 827 ss.; SANDOZ, YVES. "Les damages illicites dans les conflicts armés et leur reparation dans le cadre du droit international humanitaire". In *International Review of the Red Cross*, pagg. 135 ss.

³¹⁸ Landgericht (LG) Bonn, 1 O 361/02. In relazione a tale caso, si veda QUENIVET, NOËLLE. 2004. "The Varvarin Case: The Legal Standing of Individuals as Subjects of International Humanitarian Law". In *Journal of Military Ethics*, pagg. 181 ss.

alla riparazione, ponendo il sistema giuridico dei diritti umani come unica eccezione per la cui tutela sussiste un'azione diretta degli individui dinanzi ai tribunali. Dunque, ritenendosi che il sistema giuridico CEDU rappresentasse un'eccezione, i giudici tedeschi affermavano che la riparazione per violazione del diritto internazionale fosse possibile solo attraverso la protezione diplomatica dello Stato nazionale. Diversamente, dal punto di vista del diritto tedesco, la Corte negava l'applicabilità della legge sulla responsabilità statale per le azioni armate, rigettando il ricorso. Nonostante l'orientamento giurisprudenziale tedesco fosse rigidamente rivolto a una negazione del diritto individuale alla riparazione per violazione del diritto internazionale umanitario, la sentenza della Corte regionale di Colonia del 2005 ribadiva tale principio, ma, contestualmente, riconosceva l'esistenza di un diritto individuale all'accertamento della responsabilità ufficiale dello Stato, come per i crimini di guerra. Tale diritto rappresenterebbe, in base all'orientamento della Corte di Colonia, un'evoluzione del diritto internazionale per favorire la tutela della persona umana, nonché a favore della prassi relativa alla punizione degli individui riconosciuti colpevoli di gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra. Pertanto, anche in sede d'appello, si negava la responsabilità civile delle autorità tedesche per le perdite umane e i feriti di Varvarin, evidenziando un margine di apprezzamento ampio sulle questioni di politica estera che avrebbe dovuto garantirsi al Governo. In aggiunta, si sosteneva che l'insussistenza della responsabilità a carico della Germania fosse motivata dal fatto che i rappresentanti del governo manifestavano soltanto l'assenso alle decisioni della NATO, senza che essi potessero conoscere tali danni collaterali, considerando tali decisioni conformi al diritto internazionale. Infine, nel 2006, la Corte federale di giustizia stravolgeva l'orientamento della Corte di Colonia, negando la sussistenza di un diritto individuale alla riparazione per responsabilità statale, potendo unicamente applicarsi la protezione diplomatica, essendo legittimati solo gli Stati a poter chiedere misure risarcitorie. Dunque, si riteneva che la Germania avesse coadiuvato i raid aerei senza alcun intervento diretto, ma solo garantendo l'appoggio tecnico mediante i propri aeroplani.³¹⁹

³¹⁹ Germania, Bundesgerichtshof, III ZR 190/05, 2 novembre 2006.

Ciò posto, occorre soffermarsi sul *caso Marković*, in cui emerge la questione della garanzia del diritto umanitario attraverso il sistema giuridico dei diritti umani. Specificamente, , in seguito alla morte di sedici civili a causa di un bombardamento della torre della televisione a Belgrado, avvenuto durante la notte del 23 aprile 1999, un gruppo di parenti delle vittime presentava ricorso presso la Corte d'Appello di Roma per il risarcimento dei danni. In relazione alle tesi avanzate, i ricorrenti ritenevano la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Difesa e il Comando NATO delle Forze Alleate nell'Europa Meridionale (AFSOUTH) responsabili della morte dei congiunti, a seguito dell'operazione *Allied Force*. In particolare, l'Italia forniva le basi militari, per garantire un contributo a tale operazione militare, da cui dovevano partire gli aerei che avevano bombardato Belgrado e la torre della televisione serba. Secondo i ricorrenti, l'atto illecito sarebbe stato commesso in territorio italiano, in quanto l'azione militare era stata pianificata e compiuta in tale territorio. Dunque, alla luce dell'art. 6 del codice penale italiano, i giudici avrebbero avuto competenza a decidere sulla questione. Inoltre, la violazione del I Protocollo aggiuntivo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra avrebbe suggellato le pretese dei ricorrenti, in quanto il bombardamento della torre della televisione costituiva una condotta bellica non ammessa dal Protocollo, principalmente perché l'edificio avrebbe dovuto essere considerato come un obiettivo non militare e, in secondo luogo, perché l'atto sarebbe stato intenzionalmente indirizzato contro i civili.³²⁰ Le Sezioni Unite della Cassazione, con ordinanza del 5 giugno 2002, sostenevano l'inesistenza della giurisdizione, terminando il procedimento dinanzi alla Corte di Appello di Roma.³²¹ Secondo la Corte, tale conclusione era supportata dalla

³²⁰ In particolare, si chiedeva un regolamento preventivo di giurisdizione, di fronte alla Corte di Cassazione, da parte delle amministrazioni resistenti, non essendo possibile per essere procedere dinanzi al giudice, ai sensi dell'art. 41 del codice di procedura civile. Esse ritenevano che, per le modalità di esercizio di atti dell'autorità non venisse lasciata alcuna possibilità di agire in giudizio di fronte ai tribunali interni. Gli atti *iure imperii* non avrebbero potuto costituire una base giuridica per accertare l'esistenza di forme di garanzia di presunti diritti individuali al risarcimento dei danni. In proposito, si veda SCISO, ELENA (a cura di). 2001. *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionalistici ed interni*. Giuffrè: Milano, pag. 407 ss.; CIPRIANI, FRANCO. 1991. "Regolamento di giurisdizione (I) Diritto processuale civile". In *Enciclopedia giuridica XXVI*: 1 ss.

³²¹ Corte Suprema di Cassazione, SS.UU. civili, Ordinanza del 5.06.2002, n. 8157. In particolare, al paragrafo 2, la Corte sosteneva che "la scelta di questa modalità di conduzione delle ostilità rientra tra gli atti di Governo. Sono questi atti che costituiscono manifestazione di una funzione politica, della quale è nella Costituzione la previsione della sua

peculiarità dell'atto in esame: il caso Marković riguardava una questione di accertamento della responsabilità statale derivante da un atto di guerra, in particolare di guerra aerea, essendo una modalità di condotta bellica. Pertanto, la Corte concludeva che rispetto ad atti di questo tipo, nessun giudice ha potere di sindacato circa il modo in cui la funzione è stata esercitata. In riferimento al diritto internazionale umanitario (artt. 35, par. 2, 48, 49, 51, 52, 57 del I Protocollo aggiuntivo del 1977) e al diritto internazionale dei diritti umani convenzionale (artt. 2 e 15 della Convenzione europea dei diritti umani), la Corte di Cassazione specificava che, nonostante tali disposizioni riguardanti la condotta delle ostilità mirassero a proteggere i civili, esse non potevano essere considerate direttamente applicabili, ovvero *self-executing*: all'interno dell'Ordinanza, viene specificato che *in quanto norme di diritto internazionale (esse) regolano rapporti tra Stati. Gli stessi trattati strutturano i procedimenti per accertare le violazioni, prevedono le sanzioni in caso di responsabilità (art. 91 del Protocollo; art. 41 della Convenzione), indicano le Corti internazionali competenti ad affermarla*. Contestualmente, la Corte specificava che *le leggi interne di esecuzione di tali trattati nello Stato italiano non contengono per contro norme espresse che consentano alle persone offese di chiedere allo Stato riparazione dei danni loro derivati dalla violazione delle norme internazionali*. Pertanto, la Corte di Cassazione riteneva che una disposizione normativa che riconoscesse il diritto di una vittima a convenire lo Stato per risarcimento del danno non potesse considerarsi implicitamente introdotta nel sistema giuridico italiano attraverso l'ordine di esecuzione dato al trattato nel suo complesso. Il principio giuridico su cui si incardinava tale orientamento era l'esclusione della protezione giurisdizionale degli interessi individuali per le attività poste in essere nell'esercizio della funzione politica dello Stato.³²² Inoltre, la Corte escludeva la rilevanza dell'Accordo di Londra del 1951 nel caso di specie, volendosi sottolineare la difficoltà ad attribuire ad un soggetto la responsabilità della morte delle vittime nonché il tipo di danno da riparare.³²³

attribuzione ad un organo costituzionale: funzione che per sua natura è tale da non potersi configurare, in rapporto ad essa, una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui si manifesta assumano o non assumano un determinato contenuto".

³²² RONZITTI, NATALINO. 2005. "Azioni belliche e risarcimento del danno". In *Rivista di diritto internazionale*, pag. 685.

³²³ La Corte, al paragrafo 4 dell'Ordinanza, riteneva che *"La possibilità di assoggettare a sindacato la determinazione del Governo circa la condotta delle ostilità nell'ambito delle*

In seguito all'esaurimento dei ricorsi interni circa il *caso Marković*, i ricorrenti adivano la Corte europea dei diritti dell'uomo, asserendo l'avvenuta violazione degli artt. 6, in combinato disposto con l'art. 1, nonché degli artt. 2, 10, 13 e 17 CEDU. In seguito a una decisione di inammissibilità parziale del 2003, la Corte di Strasburgo si riservava di procedere per quanto riguardava la presunta violazione dell'art. 6, emanando la sentenza in data 14 dicembre 2006.³²⁴ Specificamente, il caso *Marković* presentava una struttura simile al *caso Banković*, soprattutto nella decisione di parziale inammissibilità della Corte di Strasburgo, sostenendosi che i ricorsi relativi a diritti essenziali protetti dalla Convenzione europea erano inammissibili, *ratione loci*, in quanto tali violazioni si sarebbero verificate in un territorio estraneo al controllo effettivo degli Stati convenuti. Dunque, l'inesistenza di un vincolo giurisdizionale tra la vittima delle violazioni lamentate e lo Stato convenuto, come indicato nel *caso Banković*, e applicata al caso in esame, portava la Corte di Strasburgo, nel *caso Marković*, a dichiarare irricevibili i capi relativi alle presunte violazioni degli artt. 2, 10, 13, 17 CEDU e, infine, a non riconoscere alcuna asserita violazione dell'art. 6 della Convenzione.

Alla luce dei suesposti casi di specie, mette conto evidenziare la questione relativa alla *funzione politica*, secondo cui le attività governative che richiedano l'esercizio del *potere estero* possono essere poste in essere anche a costo di sacrificare determinati diritti individuali, compreso il diritto alla protezione giurisdizionale a tutela dei propri interessi e diritti. Infatti, i sistemi giuridici interni prevedono differenti modalità di controllo sulla legittimità degli atti politici degli esecutivi. In ogni caso, non sembra accettabile che si escluda in senso assoluto la possibilità di

operazioni aeree della Nato contro la Repubblica federale di Jugoslavia non può d'altra parte essere tratta dalla Convenzione di Londra del 1951. La circostanza che gli aerei impiegati nel bombardamento della stazione radio televisiva di Belgrado possano avere utilizzato basi ubicate sul territorio italiano costituisce un momento della più complessa operazione di cui si chiede di valutare la liceità e dunque non rileva ai fini della applicazione della norma dettata dal paragrafo 5 dell'art. VIII della Convenzione, che presuppone al contrario la commissione di un atto al riguardo del quale la valutazione di illiceità possa essere compiuta".

³²⁴ European Court of Human Rights, *Grand Chamber Judgment of 14.12.2006*, Application no. 1398/03. In particolare, secondo quanto sostenuto dai ricorrenti, l'impossibilità di presentare una richiesta di risarcimento per i danni causati da una presunta violazione dei propri diritti come conseguenza di un atto di politica estera, come atto di guerra, equivaleva a riconoscere un'immunità, da giudicarsi come un arbitrario ostacolo all'esercizio della giurisdizione riguarda ad un'intera categoria di azioni di risarcimento in campo civile.

esercitare un sindacato giurisdizionale su tali attività, in particolar modo quando eventuali violazioni dei diritti fondamentali della persona umana sono configurabili.³²⁵ Inoltre, non può non evidenziarsi la rilevanza della natura giuridica dei trattati umanitari, in relazione alla quale, l'orientamento giurisprudenziale sembrerebbe volto a negarne la qualifica di trattati *non self-executing*. In proposito, occorre notare che le fonti di diritto internazionale venivano utilizzate, in molti casi, come supporto per le norme giuridiche interne relative alle stesse fattispecie. Inoltre, al fine di contrastare l'applicazione diretta delle norme dei trattati, inclusi i trattati sui diritti umani, si è fatto a lungo ricorso, da una parte, alla tesi della natura programmatica delle norme internazionali e, dall'altra parte, all'equiparazione del diritto internazionale come *diritto dei diplomatici*. All'interno dei casi specifici suesposti, i trattati di diritto internazionale umanitario si ritenevano accordi da cui scaturiscono diritti e obblighi *tra gli Stati*, respingendosi la tesi che attribuisce all'art. 91 del I Protocollo aggiuntivo del 1977 un diritto di riparazione agli individui in caso di violazione delle norme contenute nel trattato. Le violazioni del diritto umanitario nel contesto delle operazioni militari, con particolare riferimento al coinvolgimento di civili, possono rappresentare un'eccezione ulteriore all'immunità dalla giurisdizione dello Stato per le richieste di risarcimento del danno. In tema di giurisdizione, gli sviluppi sugli atti commessi durante la Seconda guerra mondiale, qualificati come crimini internazionali, rappresentano un caso specifico di estensione delle garanzie poste al servizio degli individui per la protezione di principi fondamentali. In questo senso, la CEDU garantisce un meccanismo di controllo che consente di verificare l'effettiva applicazione del diritto umanitario. Nei casi in esame, la Corte di Strasburgo dovrebbe utilizzare una nozione di giurisdizione che consenta l'esercizio extraterritoriale di attività statali pur nel quadro di operazioni militari multinazionali. Dunque, nonostante non sussistano procedure a favore delle potenziali vittime delle violazioni del diritto internazionale umanitario, potrebbe ipotizzarsi una complementarità stretta con il sistema di protezione dei diritti umani, così da compensare tale lacuna giuridica.

³²⁵ In particolare, secondo l'*Institut de droit international*, la possibilità per le corti interne di esaminare la condotta dell'esecutivo nell'esercizio dell'*authoritative power in foreign matters* non dovrebbe essere esclusa a priori, quando l'esercizio di tale potere riguardi ambiti soggetti a norma di diritto internazionale.

3.2. La categoria giuridica del "civile"

La tutela giuridica dei soggetti estranei alle ostilità rappresenta un percorso particolarmente tortuoso ma necessario, soprattutto in merito all'evoluzione normativa nella comunità internazionale. Infatti, inizialmente, il principio secondo cui la popolazione civile, in quanto tale, non potesse essere oggetto di violenza bellica, discendeva da una norma di diritto internazionale consuetudinario; successivamente, attraverso l'adozione del I Protocollo aggiuntivo del 1977, tale principio trovava espressa codificazione normativa. In particolare, prima che tale principio fosse articolato normativamente, esso si desumeva da molteplici fonti giuridiche: in primo luogo, la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868, in cui si afferma che, durante la guerra, gli Stati devono prefiggersi unicamente lo scopo di indebolire le forze militari del nemico; in secondo luogo, gli artt. 25-26 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja relativi al divieto di bombardamento di città indifese e all'obbligo di avvisare le autorità nemiche prima di un bombardamento; l'art. 1 della IX Convenzione dell'Aja relativo al divieto di bombardamento navale di località indifese.

Ciò considerato attraverso l'adozione dei due Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, si raggiungeva un consolidamento dell'individuo come soggetto da tutelare quale *civile*, dunque estraneo a ogni partecipazione attiva alle ostilità. In termini generali, l'art. 50, par. 1 del I Protocollo Addizionale del 1977 stabilisce che *"È considerata civile ogni persona che non appartiene a una delle categorie indicate nell'articolo 4 A. 1), 2), 3) e 6) della III Convenzione, e nell'articolo 43 del presente Protocollo. In caso di dubbio, la detta persona sarà considerata civile"*.

Nonostante la IV Convenzione di Ginevra contenga un insieme di norme giuridiche specificamente volte a disciplinare la popolazione civile nei territori occupati agli artt. 13-25, essa non si occupa espressamente della stessa contro gli effetti delle operazioni militari dei civili che si trovino nel territorio del nemico: paradossalmente, il Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja e la IX Convenzione dell'Aja si occupano espressamente più della protezione dei beni che di quella delle persone. La complessa dicotomia fra civili e belligeranti si presenta come la vera sfida del diritto internazionale umanitario, che necessita di uno stravolgimento volto a regolamentare l'individuo in relazione al ruolo da questi coperto all'interno del conflitto armato.

Specificamente, l'art. 48 del I Protocollo aggiuntivo del 1977 stabilisce la regola fondamentale secondo cui i belligeranti hanno l'obbligo di distinguere, in ogni momento, tra popolazione civile e combattenti da un lato, nonché tra beni di carattere civile e obiettivi militari dall'altro. Le operazioni militari non possono essere dirette né contro la popolazione civile né contro i beni di carattere civile. La popolazione civile è formata da persone che non appartengono alle forze armate (compresi i combattenti irregolari) e, d'altronde, la presenza di persone isolate nella popolazione civile, come i guerriglieri, non priva la popolazione della sua qualità, rendendo dunque ingiustificato un attacco. Il principio fondamentale secondo cui le operazioni militari non possono essere dirette contro la popolazione civile risulta esplicitato in una serie di disposizioni contenute nell'art. 51 e, in particolare, il paragrafo 6 del medesimo articolo specifica che la popolazione civile non può essere oggetto d'attacco, neppure a titolo di rappresaglia. La rilevanza da attribuire a tale norma è motivata dal fatto che, durante la Seconda guerra mondiale, i bombardamenti delle città venivano giustificati invocando tale esimente.

Ciò considerato, il divieto generale di attacchi contro la popolazione civile deriva dal *principio di distinzione* e trova fondamento normativo nella parte IV del I Protocollo, agli artt. 48-58, che delimitano la consuetudine internazionale. L'art. 49 del I Protocollo specifica che per attacchi si intendono *atti di violenza contro l'avversario, siano tali atti di offesa o di difesa*. L'illiceità dell'attacco alla popolazione civile non dipende dalla questione di chi abbia per primo fatto uso della forza, considerandosi omicidio volontario un simile attacco che cagioni la morte di un civile.³²⁶ Inoltre, la prima parte dell'art. 51, par. 2 impone ai belligeranti di assicurare la protezione della popolazione dagli effetti delle ostilità in ogni circostanza; invece, la seconda parte della norma contiene due divieti: il primo concerne il divieto di compiere attacchi contro la popolazione civile; il secondo proibisce gli attacchi diretti a

³²⁶ In base al Tribunale penale internazionale per l'Ex-Jugoslavia, l'attacco deliberato contro la popolazione civile configura il crimine di omicidio (murder o willful killing). In proposito, si veda *Prosecutor v. Strugar*, Judgment Case No. IT-01-42-T ICTY, Trial Chamber, 31 January 2005, par. 240, in cui la Corte sosteneva che *"it would seem that the jurisprudence of the Tribunal may have accepted that where a civilian population is subject to an attack such as an artillery attack, which results in civilian deaths, such deaths may appropriately be characterized as murder, when the perpetrators had knowledge of the probability that the attack would cause death"*.

diffondere il terrore tra la popolazione civile. Occorre, tuttavia, puntualizzare che l'estraneità dei civili dalla partecipazione alle ostilità risulta essere principio fondante la tutela della popolazione civile, essendo tale principio il presupposto di tutela disciplinato dall'art. 51, par. 3, specificamente adottato anche dall'art. 13, par. 3 del II Protocollo, stabilendo che, durante i conflitti armati non-internazionali, i civili sono protetti se e per il tempo in cui non partecipano direttamente alle ostilità. Dunque, l'art. 51 suggella e consolida norme consuetudinarie già esistenti, obbligando, pertanto, anche gli Stati che non hanno ratificato il Protocollo.³²⁷ Inoltre, il divieto di condurre attacchi deliberati contro i civili e la popolazione civile deve considerarsi assoluto, non potendo mai essere giustificato da ragioni di necessità militare.³²⁸

Ciò considerato, occorre precisare, in relazione al divieto di condurre attacchi indiscriminati, che gli attacchi diretti contro bersagli sono illeciti se vengono impiegati mezzi o metodi di condotta delle ostilità indiscriminati. L'art. 51, par. 4 del I Protocollo stabilisce che l'impiego di mezzi o metodi di combattimento i cui effetti non possono essere circoscritti ai soli combattenti o a obiettivi militari, cioè di mezzi e metodi

³²⁷ *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, Israeli High Court of Justice 769/02, par. 12. In particolare, il governo israeliano, non avendo ratificato il I Protocollo, sosteneva di non avere nessun obbligo giuridico in relazione a tutte le disposizioni dell'art. 51, in quanto tale norma non è consuetudinaria *in toto*. Nel giudizio dinanzi all'Alta Corte sulle uccisioni mirate, esso sosteneva che *"Respondents' stance is that the simultaneity requirement determined in article 51, par. 3 of the First Protocol, pursuant to which a civilian who takes a direct part in hostilities can be harmed only during such time that he is taking that direct part, does not obligate Israel, as it does not reflect a rule of customary international law"*.

³²⁸ *United States v. List et al. (The Hostages Case, case no. 47)*, United Nations War Crimes Commission. Law Reports of Trials of War Criminals. Vol. VIII, 1949, p. 67. In questo caso, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulle uccisioni commesse a titolo di rappresaglia per mantenere l'ordine pubblico nel territorio occupato, escludeva la necessità militare potesse valere a giustificare l'uso illecito della forza, sostenendo che *"it is apparent from the evidence of these defendants that they considered military necessity, a matter to be determined by them, a complete justification of their acts. We do not concur in the view that the rules of warfare are anything less than they purport to be. Military necessity or expediency do not justify a violation of positive rules. International Law is prohibitive law. Articles 46, 47 and 50 of the Hague Regulations of 1907 make no such exceptions to its enforcement. The rights of the innocent population therein set forth must be respected even if military necessity or expediency decree otherwise"*. Inoltre, si veda ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, July 29, 2004, par. 29. In questo particolare caso, la Camera d'Appello del Tribunale penale internazionale per l'Ex-Jugoslavia stabiliva che *"The Appeals Chamber deems it necessary to rectify the Trial Chamber's statement, contained in par. 180 of the Trial Judgment, according to which targeting civilian property is an offence when not justified by military necessity. The Appeals Chamber underscores that there is an absolute prohibition on the targeting of civilians in customary international law"*.

indiscriminati, è proibito. In proposito, risulta emblematico il caso *Galic*, in cui il Tribunale Penale Internazionale per l'Ex-Jugoslavia aveva sostenuto che gli attacchi indiscriminati, ovvero gli attacchi che sono diretti senza distinzione contro obiettivi civili e militari, sono da ritenere attacchi diretti e deliberati contro la popolazione civile.³²⁹

Qualora si verifichi il posizionamento, volontario o coatto, di civili all'interno – in questo caso, *scudi umani* – o a ridosso di obiettivi militari, al fine di creare le condizioni di un eventuale attacco *indiscriminato*, vi sarà una violazione dell'art. 57 del I Protocollo, secondo cui “*le operazioni militari saranno condotte curando costantemente di risparmiare la popolazione civile, le persone civili e i beni di carattere civile*”, ma non esenta l'attaccante dal porre in essere le cautele stabilite dal principio di precauzione. In particolare, il par. 7 dell'art. 51 del I Protocollo stabilisce il divieto alle parti in conflitto di sfruttare o di dirigere i movimenti della popolazione civile per proteggere proprie postazioni militari o interferire con le operazioni belliche. Secondo autorevole dottrina, gli individui che decidono volontariamente di fare da *scudi umani* possono considerarsi come *civili che partecipano direttamente alle ostilità*, con la conseguenza che, nei loro confronti, verrebbe meno ogni obbligo di precauzione durante l'attacco e che le perdite che tali civili dovessero subire non potrebbero valere a rendere l'attacco sproporzionato.³³⁰ Ai sensi dei parr. 7 e 8 dell'art. 51 del I Protocollo, in caso di utilizzo di *scudi umani*, la valutazione della proporzionalità tra vantaggio militare previsto e perdite tra i civili causate dall'attacco dovrà tener conto della condotta illecita di chi si difende, ma non fino al punto di rendere irrilevante la presenza di civili. La dottrina suesposta contesta la natura di norma consuetudinaria di tale disposizione normativa, che tende a distribuire la responsabilità per i danni subiti dai civili usati come scudi umani tra parte che attacca e parte che si difende.

³²⁹ *Prosecutor v. Galic*, Judgment Case No. IT-98-29-T ICTY, Trial Chamber, 5 December 2003. In relazione a tale caso, occorre precisare che, in sede di appello, la Corte precisava che “*the Trial Chamber agrees with previous Trial Chambers that indiscriminate attacks, that is to say, attacks which strike civilians or civilians objects and military objectives without distinction, may qualify as direct attacks against civilians. It notes that indiscriminate attacks are expressly prohibited by Additional Protocol I. This prohibition reflects a well-established rule of customary law applicable in all armed conflicts*”. In proposito, si veda *Prosecutor v. Stanilav Galic (Appeal Judgement)*, IT-98-29-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 30 November 2006.

³³⁰ DINSTEIN, YORAM. *The conduct of hostilities*, cit., pagg. 152-155.

4. I prigionieri di guerra: analisi di una categoria giuridica mutevole

La categoria giuridica dei prigionieri di guerra rappresenta un ambito necessario per l'analisi dell'individuo quale soggetto internazionale cangiante in base al contesto bellico o di pace dinanzi al quale si trova. La prigionia di guerra rappresenta un istituto giuridico riconducibile al diritto internazionale dei conflitti armati particolarmente risalente, i cui fondamenti giuridici hanno origini di natura consuetudinaria, dimostrando che l'individuo non ha avuto una costante considerazione in termini di tutela della dignità, soprattutto in relazione alla particolare condizione di prigioniero di guerra che, in passato, ne pregiudicava la dignità attraverso atti di tortura e riduzione in schiavitù.³³¹ La necessità di garantire una tutela giuridica effettiva al prigioniero rappresenta un intento inquadrabile nell'età moderna, con l'indicazione di tale categoria giuridica all'interno dei trattati internazionali relativi ai conflitti armati.³³²

³³¹ In relazione alla categoria giuridica dei prigionieri di guerra, si veda PILLOUD, CLAUDE. 1977. "Protection des victimes des conflits armés: prisonniers de guerre". In *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, 1986; LEVIE, HOWARD. 2006. "Prisoners of War in International Armed Conflict". In *International Law Studies dell'US Naval War College* 59; RODLEY, NIGEL-POLLAND, MATT. 2009. *The treatment of Prisoners under International Law*, Oxford: Oxford University Press.

³³² I primi segni di un rinnovamento giuridico a favore della tutela dei prigionieri di guerra può ravvisarsi in specifiche produzioni normative. In particolare, l'art. 24 del *Treaty of amity and of commerce between the United States of America, and His Majesty, the King of Prussia* del 10 settembre 1785 rappresenta il riferimento normativo più antico per la disciplina delle norme relative alla condizione dei prigionieri di guerra, secondo cui "And to prevent the destruction of prisoners of war, by sending them into distant & inclement countries, or by crowding them into close & noxious places, the two contracting parties solemnly pledge themselves to each other, & to the world, that they will not adopt any such practice; that neither will send the prisoners whom they may take from the other into the East-Indies, or any other parts of Asia or Africa, but that they shall be placed in some part of their dominions in Europe or America, in wholesome situations, that they shall not be confined in dungeons, prisons, nor be put into irons, nor bound, nor otherwise restrained in the use of their limbs; that the officers shall be enlarged on their paroles within convenient districts, & have comfortable quarters, & the common men be disposed in cantonments, open & extensive enough for air & exercise, and lodged in barracks as roomy & good as are provided by the party in whose power they are for their own troops; that the officers shall also be daily furnished by the party in whose power they are, with as many rations; & of the same articles & quality as are allowed by them, either in kind or by commutation, to officers of equal rank in their own army; & all others shall be daily furnished by them with such ration as they allow to a common soldier in their own service; the value whereof shall be paid by the other party on a mutual adjustment of accounts for the subsistence of prisoners at the close of the war; & the said accounts shall not be mingled with, or set off against any others, nor the balances due on them, be withheld as a satisfaction or reprisal for any other article, or for any other cause, real or pretended, whatever: that each party shall be allowed to keep a commissary of prisoners of their own appointment, with every separate cantonment of prisoners in possession of the other, which commissary shall see the prisoners as

Nonostante la Convenzione di Ginevra del 22 agosto 1864 rappresenti il principale intervento giuridico convenzionale, in cui, agli artt. 2, 3 e 6, si definiscono le norme giuridiche relative al trattamento dei prigionieri feriti e malati, possono ravvisarsi specifiche norme giuridiche pattizie nelle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, con particolare riferimento al Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja.³³³ Tuttavia, La Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra 27 luglio 1929 è un trattato multilaterale che prevede la proibizione di rappresaglie, punizioni collettive, l'organizzazione del lavoro dei prigionieri, la designazione di loro rappresentanti e il controllo delle potenze protettrici. Sotto una prospettiva storico-giuridica, tale Convenzione rappresenta il principale testo giuridico di riferimento dalla Seconda Guerra Mondiale all'adozione delle Quattro Convenzioni di Ginevra del 1949.³³⁴ Infatti, attraverso l'adozione della III Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri del 12 agosto 1949, si verifica una cristallizzazione giuridica della regolamentazione dei prigionieri di guerra: tale Convenzione deve essere affiancata alle altre tre, adottate

often as he pleases, shall be allowed to receive & distribute whatever comforts may be sent to them by their friends, & shall be free to make his reports in open letters to those who employ him; but if any officer shall break his parole, or any other prisoner shall escape from the limits of his cantonment, after they shall have been designated to him, such individual officer or other prisoner, shall forfeit so much of the benefit of this article as provides for his enlargement on parole or cantonment. & it is declared, that neither the pretence that war dissolves all treaties, nor any other whatever, shall be considered as annulling or suspending this & the next preceding article, but on the contrary, that the state of war is precisely that for which they are provided, & during which they are to be as sacredly observed as the most acknowledged articles in the law of nature or nations".

³³³ L'art. 1 del Regolamento annesso alla IV Convenzione stabilisce quattro condizioni specifiche: "1. To be commanded by a person responsible for his subordinates; 2. To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance; 3. To carry arms openly; and 4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war".

³³⁴ In particolare, occorre specificare la sussistenza di molteplici disequilibri giuridici: infatti, ad esempio, la Birmania, fino al 25 agosto 1992, anno in cui ratificava la Convenzione del 1949, considerava vigente la Convenzione del 1929, che l'aveva ratificata nel 1937. Inoltre, Unione Sovietica e Giappone non ratificarono tale Convenzione, anche se il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga ritenne che le sue norme dovessero considerarsi di diritto consuetudinario dei conflitti armati e, quindi, i principi fondamentali fossero vincolanti anche per gli Stati che non fossero parti della Convenzione. In particolare, i dati indicanti il numero di prigionieri di guerra catturati dal nemico durante il secondo conflitto mondiale rappresentò il segnale necessario per la comunità internazionale di adottare rigidi interventi giuridici di codificazione delle norme in materia: basti pensare a 1.321.000 prigionieri tedeschi su 3.730.000, 63.000 italiani su 75.000 e 150.000 giapponesi su 615.000 risultavano morti o dispersi in Unione Sovietica. Dall'altro lato, 2.300.000 sovietici morirono di tifo in mani tedesche, e 16.000 alleati su 46.000 in quelle giapponesi.

contestualmente a Ginevra e dedicate alla protezione di feriti, malati e naufraghi, nonché alla popolazione civile. La III Convenzione è entrata in vigore il 21 ottobre 1959, ed è un testo particolarmente ampio, essendo composta da 143 articoli, rispetto ai 97 della Convenzione del 1929: gli artt. 4-20 definiscono lo *status* giuridico di prigioniero di guerra; inoltre, il I Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1977 individua specificamente, agli artt. 43-47, la prigionia di guerra.

Ciò considerato, in relazione alla determinazione dei soggetti titolari al trattamento di prigionieri di guerra, è possibile effettuare una principale fondamentale distinzione fra *legittimi combattenti* e civili: i civili dello Stato nemico non sono titolari dello *status* di prigionieri di guerra, ma sono destinatari della IV Convenzione, tranne nel caso in cui abbiano svolto un ruolo attivo durante le ostilità e, pertanto, vengano considerati illegittimi combattenti. Specificamente, l'art. 4 stabilisce che si considerano combattenti legittimi le seguenti categorie di soggetti: gli appartenenti alle forze armate regolari; membri di corpi volontari aggregati e delle milizie incorporate; appartenenti ad altre milizie e corpi volontari non incorporati nelle forze armate regolari, compresi i membri di forze di resistenza organizzate, a condizione che: siano al comando di persona responsabile; portino un segno distintivo fisso, riconoscibile a distanza; portino apertamente le armi; si conformino alle leggi e agli usi di guerra. A tal proposito, l'art. 44 del I Protocollo di Ginevra del 1977 rappresenta un riferimento normativo fondamentale, avendo attenuato le suddette condizioni, stabilendo che si distinguano dalla popolazione civile quando prendono parte ad un attacco o ad un'operazione preparatoria di un attacco. Tuttavia, occorre puntualizzare che la norma stabilisce una deroga per i casi in cui non sia possibile distinguere il combattente armato dalla popolazione civile, risultando la condizione attenuata, nel senso che occorre portare apertamente le armi durante il *fatto d'arme* e nel tempo in cui il combattente è esposto alla vista dell'avversario mentre prende parte a uno spiegamento militare che precede l'inizio di un attacco al quale deve partecipare.³³⁵ Tuttavia, il

³³⁵ In merito al requisito del segno distintivo fisso riconoscibile a distanza, è sorto un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, in cui si è dibattuto se si possa individuare tale requisito in un fazzoletto al collo, un bracciale o un berretto. La specificazione della necessità che sia fisso sembrerebbe indicare esplicitamente che non si deve trattare di un elemento suscettibile di agevole rimozione. In particolare, tale segno deve risultare "fisso" e, pertanto, "riconoscibile a distanza", considerandosi tale la distanza in relazione alla quale è distinguibile l'uniforme di un militare. In questo

trattamento di un prigioniero di guerra è esteso ad altre categorie, al fine di rendere lo *status* giuridico del prigioniero di guerra più ampio di quello di legittimo combattente.³³⁶

Ciò considerato, la logica umanitaria rappresenta l'epicentro del sistema giuridico di tutela dei prigionieri di guerra e, pur non essendoci alcuna lacuna normativa, il sistema giuridico si limita a prevedere che la protezione si articoli secondo diversi livelli. In particolare, l'art. 45 del I Protocollo definisce il principio della presunzione del possesso dello *status* giuridico di prigioniero. Pertanto, in attesa che la condizione sia valutata ex art. 5 della III Convenzione da un tribunale competente, il soggetto continuerà, nel dubbio, a beneficiare della protezione accordata ai prigionieri di guerra e, quindi, sarà necessario inquadrare la qualificazione della prigionia di guerra, che non costituisce una sanzione individuale che colpisce la persona del prigioniero, non essendo considerabile quale autore di reati. Diversamente, la prigionia di guerra è una situazione di fatto, un atto di guerra e, correlativamente, uno *status* giuridico. Infatti, i prigionieri di guerra non possono rinunciare ai diritti loro garantiti dalle norme internazionali, che rappresentano espressione della pari dignità che gli Stati si riconoscono reciprocamente, oltre che espressione di un principio di umanità: la prigionia di guerra rientra nelle attività belliche che il diritto internazionale considera lecite.³³⁷ In

senso, è necessario evidenziare il caso *Bauer*, in cui il Tribunale militare permanente condannò un colonnello e diversi ufficiali tedeschi a cinque anni di detenzione per aver fatto fucilare, senza processo, l'8 settembre 1944 tre membri delle forze di Resistenza francesi. Tutti portavano apertamente le armi e, pur indossando abiti civili, avevano un bracciale tricolore e un elmetto, che li rendevano riconoscibili a distanza. In proposito, si veda *Trial of Carl Bauer, Ernst Schrameck and Herbert Falten*, Permanent Military Tribunal at Dijon, 1945.

³³⁶ In proposito, l'art. 4 comprende i giornalisti qualora corrispondenti di guerra muniti di carta d'identità apposita, in quanto, in caso contrario, si rinvierà all'art. 79 del I Protocollo di Ginevra. Inoltre, il trattamento si applica anche ai membri civili degli equipaggi degli aerei militari, ai fornitori e ai membri degli equipaggi della marina mercantile o dell'aviazione civile. Invece, lo *status* di prigioniero di guerra non si estende ai guerriglieri che non portino apertamente le armi nel combattimento ex art. 44 del I Protocollo, né alle spie ex art. 46, né ai mercenari ex art. 47. Inoltre, se un membro delle forze armate viene catturato privo dell'uniforme in flagrante attività di spionaggio, non ha diritto al riconoscimento dello *status* di prigioniero di guerra e, pertanto, sarà trattato come spia. Quanto ai mercenari, sarà necessario accertarne la condizione e, ai sensi del I Protocollo, saranno titolari di un generale diritto alle garanzie previste all'art. 75.

³³⁷ Ai sensi del Manuale di diritto umanitario dei conflitti armati delle forze armate tedesche, "*the purpose of captivity is to exclude enemy soldiers from further military operations*": sono tenuti in prigionia per "*reasons of security, but not as criminals*". In proposito, si veda *Humanitarian Law in Armed Conflicts - Manual*, The Federal Ministry of

particolare, qualora sussista un dubbio circa lo *status* di prigioniero di guerra, le persone in potere della Potenza detentrica godranno della protezione garantita ai prigionieri di guerra fino a che un tribunale non statuisca diversamente.³³⁸ All'interno dei principi generali, occorre menzionare, ai sensi dell'art. 12, quello per cui i prigionieri sono in potere dello Stato e non di singoli. Tale principio sorgeva a partire dal XVII secolo, in quanto la prigionia di guerra rappresenta un istituto giuridico a connotazione pubblicistica, che rigetta qualunque rapporto di matrice privatistica tra il prigioniero e la potenza detentrica, che è responsabile del trattamento praticato ai prigionieri, indipendentemente dalle responsabilità individuali che possono sorgere per comportamenti dei singoli.³³⁹

In relazione allo svolgimento della prigionia, occorre principalmente sottolineare che l'art. 16 stabilisce un divieto generale di discriminazione, in quanto tutti i prigionieri devono ricevere lo stesso trattamento, senza distinzioni di razza, nazionalità, credo religioso o opinioni politiche, e senza differenze fondate sulla lingua, il colore della pelle, condizione sociale o professionale. In particolare, sono ammesse soltanto le differenziazioni di trattamento espressamente indicate dalla Convenzione, quali quelle a favore delle donne ex art. 14 e di ufficiali e

Defence of the Federal Republic of Germany; Parallelamente, è rilevante il Manuale di diritto dei conflitti armati del Ministero della Difesa britannico, secondo cui *"It should be always remembered that prisoners of war are not convicted criminals in need of corrective training or punishments. They are members of the armed forces who, until capture, were simply doing their duty"*. In proposito, si veda UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004.

³³⁸ In particolare, nel caso *Hamdan v. Rumsfeld*, in riferimento agli individui catturati dalle truppe americane in Afghanistan, una corte degli Stati Uniti affermò che *"The President has already determined that detained Al Qaeda members are not prisoners-of-war under the Geneva Conventions, (...) The President is not a "tribunal", however. The government must convene a competent tribunal (or address a competent tribunal already convened) and seek a specific determination as to Hamdan's status under the Conventions. Until or unless such a tribunal decides otherwise, Hamdan has, and must be accorded, the full protection of a prisoner-of-war"*. In proposito, si veda *Hamdan v. Rumsfeld*, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 04-1519.

³³⁹ In conseguenza di tale configurazione, è logico sostenere che il prigioniero può tentare la fuga, non costituendo tale azione reato di evasione, in quanto il prigioniero, in questo caso, la realizza nell'interesse dello Stato, di cui è organo. Perciò, se ricatturato, il prigioniero non verrà sottoposto a procedimento giudiziario. Dunque, il prigioniero deve considerarsi un organo militare che risponde del suo operato, all'interno del contesto bellico, alle autorità dello Stato di bandiera e, qualora venga nuovamente catturato, sarà soltanto sottoposto a restrizioni di natura disciplinare. Diversamente, se la fuga avrà successo e il prigioniero verrà successivamente catturato all'interno di una diversa azione, non saranno applicabili sanzioni, neppure di natura disciplinare ex artt. 91-94 della Convenzione.

sottufficiali ex artt. 43-45. Il campo di prigionia sarà dotato di una copia del testo della Convenzione, ed avrà l'obbligo di vigilare assicurandosi che i suoi sottoposti ne conoscano le norme, essendo responsabile dell'applicazione della Convenzione *sotto il controllo del proprio governo*. Inoltre, la potenza detentrica può adibire ad attività lavorativa i prigionieri, a condizione che non si tratti di lavori pericolosi o insalubri, e che sia assicurata loro una retribuzione.

Ciò posto, in merito al periodo della prigionia, occorre specificare che l'art. 5 indica il momento temporale in cui sorge l'obbligo del rispetto delle norme della Convenzione, ovvero quando l'individuo belligerante cade *in potere del nemico*. Successivamente alla cattura, il prigioniero: non è tenuto a dare informazioni al nemico, salvo l'obbligo di dichiarare il nome, il cognome, il grado, la data di nascita e il numero di matricola, nonché l'unità di appartenenza; può essere disarmato e perquisito; può tenere, oltre ai distintivi di grado e di nazionalità, anche oggetti personali. Qualora il militare rifiuti di fornire queste informazioni, perderà i privilegi che la Convenzione gli accorda per quanto attiene ai privilegi riconosciuti al grado e allo *status*. Inoltre, qualunque forma di coercizione esercitata nei confronti del prigioniero al fine di ottenere altre informazioni è illegittima, e qualsiasi forma di tortura, fisica o mentale, o qualsiasi oltraggio alla sua dignità personale rappresenterà un crimine di guerra.

Al cessare delle ostilità attive, ai sensi dell'art. 118, tutti i prigionieri dovranno essere rimpatriati immediatamente: le ragioni di una disposizione così specifica risiedono nei molteplici casi di prolungamento irragionevole della detenzione di prigionieri da parte dei sovietici, soprattutto nei confronti di tedeschi, dopo il 1945. Infatti, in seguito alla Guerra di Corea, la comunità internazionale analizzò dettagliatamente i pericoli in cui incorre il prigioniero, qualora venga rimpatriato e, pertanto, rifiuti il ritorno a casa.³⁴⁰ Dopo la Seconda guerra mondiale, il Regno Unito fu criticato per il rimpatrio di cosacchi, baltici e ucraini verso l'Unione Sovietica e prigionieri anti-comunisti in Jugoslavia. Nonostante vi fosse l'obbligo giuridico di rimpatrio, l'Iran, in particolare, ritardava ingiustificatamente quello di 496 militari iracheni fino al 1997, ovvero nove anni dopo il termine della guerra fra Iran e

³⁴⁰ CONFORTI, BENEDETTO. 1953. "Sul 'rimpatrio' dei prigionieri coreani". In *Rassegna di diritto pubblico*, pag. 33.

Iraq, in cui l'Iraq contestava espressamente l'indebita detenzione di 18.000 ulteriori prigionieri. In riferimento alla prassi, i funzionari del Comitato internazionale della Croce Rossa devono accertare l'effettiva volontà dei prigionieri prima di procedere al loro rimpatrio: infatti, un'ingiustificata dilazione nel rimpatrio rappresenta una grave infrazione ai sensi dell'art. 85, 4b del I Protocollo di Ginevra. Pertanto, il rimpatrio è collegato giuridicamente al termine del conflitto armato, nonostante l'art. 20 del Regolamento dell'Aja del 1907 stabiliva, differentemente, la connessione del rimpatrio con la "conclusione della pace".

4.1. "Grave breaches": la violazione della III Convenzione di Ginevra come crimine di guerra fra diritto umanitario e diritti umani

L'individuazione del prigioniero di guerra come soggetto, dunque essere umano da proteggere, prima che come parte del conflitto armato, consente di stabilire le conseguenze del rapporto fra diritti umani e diritto umanitario al verificarsi della violazione della III Convenzione di Ginevra e delle ulteriori norme giuridiche applicabili a tutela di tale categoria, da considerarsi come crimini di guerra. In proposito, a seguito delle gravissime violazioni effettuate nei confronti dei prigionieri di guerra nel Secondo conflitto mondiale, l'art. 6, 2 b dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga considerava crimini di guerra "l'omicidio volontario o i maltrattamenti di prigionieri di guerra".³⁴¹ I lineamenti giuridici volti a reprimere qualsiasi pregiudizio a carico dei prigionieri di guerra sono particolarmente ramificati nel diritto internazionale. Infatti, l'art. 130 della III Convenzione di Ginevra stabilisce che sono infrazioni gravi gli atti commessi contro le persone, ed elenca l'omicidio intenzionale, la tortura o i trattamenti inumani,

³⁴¹ Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, 8th august, 1945. In particolare, l'art. 6, 2 b) stabilisce che "The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: b) war crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity". Per un approfondimento, si veda HELLER, KEVIN JON. 2011. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, New York: Oxford University Press.

compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente gravi sofferenze o attentare gravemente all'integrità fisica o alla salute, il fatto di costringere un prigioniero di guerra a prestare servizio nelle forze armate della Potenza nemica, o privarlo del suo diritto ad essere giudicato regolarmente e imparzialmente secondo le previsioni della Convenzione.³⁴² L'art. 85 del II Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1977 considera infrazioni gravi anche gli attacchi intenzionali contro i prigionieri di guerra, il ritardo ingiustificato nel rimpatrio e le forme di discriminazione razziale. Inoltre, l'art. 2 dello statuto del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia considera gli atti compiuti ai danni di prigionieri di guerra *violazioni gravi* della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, trattandosi di persone protette, riprendendo l'elencazione dell'art. 130 della Convenzione. In questo senso, lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale riprende alcune norme consolidate nell'ordinamento giuridico internazionale, annoverando tra i crimini di guerra di cui all'art. 8 quelli compresi negli artt. 130 della Convenzione e art. 2 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, con l'aggiunta dell'uccisione o ferimento di combattenti che, avendo gettato le armi, si siano arresi senza condizioni, e dell'assoggettamento di prigionieri a mutilazioni o esperimenti non giustificati.³⁴³ A fronte del suesposto panorama giuridico, si considera criminale di guerra chiunque commetta gli atti indicati in queste norme, così come chi ne ordina la commissione, nonché coloro ai quali, essendone a conoscenza, non ne hanno impedito la commissione ai propri subordinati. In particolare, occorre evidenziare in tal senso il *caso Yamashita*, in relazione al quale il generale comandante delle truppe

³⁴² International Committee of the Red Cross (ICRC), *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention)*, 12 August 1949, 75 UNTS 135. Specificamente, l'art. 130 stabilisce che "*Grave breaches to which the preceding Article [Link] relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, compelling a prisoner of war to serve in the forces of the hostile Power, or wilfully depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial prescribed in this Convention*".

³⁴³ GREPPI, EDOARDO. 2004. "Corte Penale Internazionale". In *Digesto delle discipline pubblicistiche*; CASSESE, ANTONIO-GAETA, PAOLA-JONES, JOHN. 2002. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.; CARLIZZI, GAETANO- DELLA MORTE, GABRIELE- LAURENTI, SILIANA-MARCHESI, ANTONIO. 2003. *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli: Vivarium; SCHABAS, WILLIAM A. 2001. *An Introduction to the International Criminal Court*, New York: Cambridge University Press-.

giapponesi nelle Filippine fu condannato a morte per le atrocità commesse dai suoi subordinati che, pur non avendo ordinato, non aveva impedito. In proposito, si sosteneva che il reo conoscesse e, comunque, avesse i mezzi per conoscere i crimini compiuti dai subordinati in considerazione dell'estensione dei crimini commessi dalle forze giapponesi. In relazione a tale caso, è sorto un rilevante dibattito dottrinale: una parte della dottrina riteneva che le circostanze inerenti a tale caso implicassero una *presunzione di conoscenza* da parte del superiore, pur negando contestualmente che il Tribunale Internazionale abbia adottato lo standard della responsabilità oggettiva.³⁴⁴

Ciò posto, mette conto soffermarsi sulla natura giuridica del conflitto armato in cui si manifesta la violazione del diritto umanitario in riferimento ai prigionieri di guerra, in quanto, alla luce del contesto in cui si verifica la violazione, vi saranno conseguenze differenti, a seconda che si parli di conflitto armato internazionale o non internazionale: infatti, qualora si faccia riferimento a un conflitto armato non internazionale, potrà sussistere un'incertezza relativa alle qualificazioni di legittimo combattente e prigioniero di guerra. L'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra impone alle Parti in conflitto di applicare almeno determinate disposizioni normative, tra cui quella in base alla quale *"le persone che non partecipano alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in tutte le circostanze, con umanità, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole basata sulla razza, il colore, la religione o il credo, il sesso, la nascita o il censo, o altro criterio analogo"*. Inoltre, il II Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 riprende gli obblighi di trattamento umano, disciplinando l'ambito

³⁴⁴ *Yamashita v. Styer*, Supreme Court of United States, 4 february 1946, Commanding General, U.S. Army Forces, Western Pacific. In particolare, tale presunzione sarebbe confutabile dimostrando, ad esempio, che il superiore era assente dal quartier generale nel periodo in cui sono stati commessi i crimini o sono pervenuti i resoconti, o era malato. Qualora il superiore riprenda il suo ruolo di comando, l'eventuale "omissione comporta la presunzione di acquiescenza, e la consapevolezza viene nuovamente presunta". Nell'opinione dissenziente del giudice *Murphy*, si sottolineava che la condanna del generale Yamashita era fondata su una presunzione in contrasto con il principio di responsabilità personale, in quanto non sarebbe stata acquisita alcuna prova del fatto che il generale avesse partecipato ai crimini, li avesse ordinati, li avesse condonati o ne fosse a conoscenza. In proposito, si veda PARKS, WILLIAM HAYS. 1973. "Command Responsibility for War Crimes". In *Military Law Review*, pagg. 1 ss.; MAUGERI, ANNA MARIA. 2007. *La responsabilità da commando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano: Giuffrè.

delle *garanzie fondamentali*, prescrivendo il dovere di trattare con umanità, considerandolo vigente *in ogni circostanza*. Pertanto, i conflitti armati non internazionali rappresentano il contesto giuridico più rilevante ai fini dell'interazione fra diritti umani e diritto umanitario, in quanto, se non è applicabile il diritto umanitario, si applicherà il diritto dei diritti umani: ad esempio, il divieto di trattamenti crudeli, disumani e degradanti è una norma giuridica di ampia portata, la cui sfera di applicazione si estende dal tempo di pace a quello di conflitto, senza che sia anche solo concepibile un ambito temporale o spaziale che possa esserne escluso. In particolare, autorevole dottrina sostiene che nessun individuo è "fuorilegge", ovvero fuori dalla tutela della norma giuridica, in quanto tutti i soggetti sono tutelati, ma alcuni lo saranno in misura maggiore qualora le norme giuridiche internazionali prevederanno obblighi specifici a carico delle parti in conflitto.³⁴⁵ Occorre specificare che la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali ha contribuito all'assimilazione dei conflitti non internazionali a quelli internazionali, favorendo il superamento della distinzione che appare sempre più incompatibile con i principi fondamentali del diritto internazionale umanitario.³⁴⁶

4.2. Guantanamo: il sottile confine fra terrorismo e conflitto armato

L'analisi dell'interazione fra diritti umani e diritto umanitario in riferimento ai prigionieri di guerra deve necessariamente soffermarsi sulla detenzione dei sospetti terroristi nella Base di Guantanamo e in altri siti, ritenuti particolarmente pericolosi dagli Stati Uniti in quanto, in maggioranza, combattenti talebani e membri dell'organizzazione terroristica di Al-Quaeda, catturati in seguito alla campagna afghana del 2001-2002. In seguito all'11 settembre, la principale reazione del Congresso degli Stati Uniti fu adottare, in riferimento alla *War Powers Resolution* del 1973, la Risoluzione *Authorization for Use of Military Force*

³⁴⁵ GREPPI, EDOARDO. 2007. "I prigionieri di guerra". In *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale. Relazioni al ciclo di conferenze* (a cura di IRINI PAPANICOLOPULU-TULLIO SCOVAZZI), pagg. 13-40.

³⁴⁶ In proposito, si veda JONES, JOHN R. W. D.-POWLES, STEVEN. 2003. *International criminal practice: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The International Criminal Court, The Special Court for Sierra Leone, The East Timor Special Panel for Serious Crimes, War Crimes Prosecutions in Kosovo*, New York: Oxford University Press.

del 18 settembre 2001. Il 13 novembre 2001, sulla base dell'autorizzazione del Congresso, il Presidente Bush emanò il *Presidential Military Order "Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism"*. Specificamente, la premessa del suddetto documento è che l'11 settembre *has created a state of armed conflict*, conseguente all'attacco alle Torri Gemelle e considerato espressamente un attacco armato, e che questo *"requires the use of the United States Armed Forces"*. Pertanto, i combattenti catturati devono essere detenuti e, *"when tried, to be tried for violations of the laws and other applicable laws by military tribunals"*, escludendo la competenza dei giudici ordinari delle corti distrettuali. La responsabilità della detenzione e dell'organizzazione delle *"military commissions"* è del Segretario alla Difesa, e i luoghi di detenzione possono essere sia all'interno degli Stati Uniti che all'esterno.³⁴⁷ Dal punto di vista del governo americano, la *war on terror* non si è conclusa con la fine della campagna militare sul territorio afghano, in quanto essa prosegue in una forma globale, che non si limita più alla sfera territoriale dello Stato contro il quale era stato deciso di usare la forza per il suo sostegno agli attacchi terroristici dell'11 settembre: in questo senso, gli Stati Uniti si rifiutavano di garantire le condizioni di *prisoners of war*. Infatti, essi rappresentano *enemy combatants*, quindi soggetti da sottoporre a privazioni di garanzie e, soprattutto, senza che vi sia la presenza di un'accusa specifica a loro carico.³⁴⁸ In particolare, l'accezione di *enemy*

³⁴⁷ In relazione al *Presidential Military Order*, si veda SCISO, ELENA. 2003. "La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 111-128; VIERUCCI, LUISA. 2003. "Prisoners of war or protected persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are entitled". In *Journal of International Criminal Justice*, pag. 284; SASSOLI, MARCO. 2004. "The status of persons held in Guantanamo under International Humanitarian Law". In *Journal of International Criminal Law Justice* 2:96-106.

³⁴⁸ La questione dello *status* giuridico attribuito ai prigionieri è stata oggetto di molteplici interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali. In particolare, l'amministrazione statunitense ha costantemente sostenuto che i detenuti di Guantanamo non fossero militari catturati nel corso di tradizionali scontri bellici, ma colpevoli di azioni militari a cui attribuire la morte intenzionale di civili nell'ambito di un "conflitto armato internazionale". Pertanto, lo *status* riconosciuto loro - ma non previsto nel diritto internazionale - sarebbe quello di "combattenti nemici" (*enemy combatants*). La definizione di "combattente nemico" è stata utilizzata per la prima volta dalla giurisprudenza statunitense in una sentenza della Corte Suprema del 1942, nella quale i supremi giudici furono chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un processo speciale condotto da "Commissioni militari" a carico di prigionieri di guerra: otto sabotatori nazisti, catturati a Long Island (New York) e processati di fronte ad una commissione appositamente istituita dal Presidente Roosevelt e che li avrebbe poi

combatant si sostanzia in “an individual who was part of or supporting the Taliban or al Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces”³⁴⁹ Inoltre, “The term ‘enemy combatant’ has historically referred to all of the citizens of a state with which the Nation is at war, and who are members of the armed force of that enemy state. Enemy combatants in the present conflict, however, come from many nations, wear no uniforms, and use unconventional weapons. Enemy combatants in the war on terrorism are not defined by simple, readily apparent criteria, such as citizenship or military uniform. And the power to name a citizen as an ‘enemy combatant’ is therefore extraordinarily broad”.³⁵⁰

La considerazione del terrorismo come guerra determina molteplici problematiche circa i riferimenti giuridici da considerare. Infatti, se gli Stati Uniti individuano nel terrorismo - compreso l’11 settembre - un evento bellico, risulta contraddittorio non ammettere l’applicazione del diritto di guerra, con particolare riferimento alla tutela dello *status* di prigioniero di guerra. Le ragioni relative al mancato riconoscimento di tale condizione giuridica risiede, secondo l’opinione degli Stati Uniti, nel presupposto che le Convenzioni di Ginevra obbligano i soggetti belligeranti ad adire un tribunale competente per stabilire lo *status* delle persone detenute solo quando la loro condizione giuridica non sia certa. Dunque, l’amministrazione americana ha sempre considerato irrilevanti i requisiti necessari per il riconoscimento della qualifica di prigioniero di guerra, non essendovi alcuna necessità di constatare tale *status* giuridico.³⁵¹ A fronte delle critiche avanzate nei confronti

condannati a morte, ricorsero ai supremi giudici statunitensi, che si dichiararono incompetenti a giudicare riguardo a prigionieri di guerra che in realtà non potevano esser riconosciuti tali, ma che invece meritavano la qualifica di “combattenti nemici”.

³⁴⁹ Si veda *Secretary of the Navy Memorandum Implementation of Combatant Status Review Tribunal/Procedures for Enemy Combatant Detained at Guantanamo Bay Naval Base Cuba*, 29 July 2004.

³⁵⁰ *Detention of Enemy Combatants Act*, 109th Congress 1st Session H.R. 1076, March 3, 2005.

³⁵¹ In particolare, tale posizione è confermata dalle parole “We don’t think there is any doubt in this situation” del portavoce della Casa Bianca R. Boucher, pronunciate l’8 febbraio 2002. In proposito, si veda DAVID, ÉRIC. 2002. *Principes de droit des conflits armés*, pag. 452. L’Autore sostiene che, in questo caso, si pone in essere una forma particolare di “abuso di posizione dominante”, essendo lo stesso governo della potenza detentrica a riservarsi il diritto di una valutazione insindacabile. Tuttavia, occorre specificare che il Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Amnesty International*, *Human Rights Watch* e altre organizzazioni, ma anche autorevole dottrina considerano

dell'amministrazione statunitense nella repressione del fenomeno terroristico, equiparato a un conflitto armato *tout court* con specifiche riserve sull'applicazione del diritto di guerra, la decisione del 7 febbraio 2002, denominata *Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention*, è stata utilizzata dal governo americano per riconoscere l'applicabilità della III Convenzione di Ginevra ai detenuti talebani. Tuttavia, tale testo normativo risulta di difficile applicazione, in quanto la sua pertinenza svanisce nel momento in cui non si riconosce lo *status* di prigioniero di guerra, ma di *illegal combatants*.³⁵² Inoltre, secondo la suddetta decisione, la Convenzione si applicherebbe soltanto ai detenuti talebani e non anche ai terroristi di al Qaeda, essendo l'Afghanistan parte contraente della Convenzione. Tuttavia, ai sensi dell'art. 4, i talebani non hanno diritto allo *status* di prigionieri di guerra, non soddisfacendo essi il requisito di distinzione dalla popolazione civile dell'Afghanistan, né quello di condurre le operazioni nel rispetto delle leggi e consuetudini di guerra, in quanto essi, inconsapevolmente, supportavano gli obiettivi terroristici di Al Qaeda. Dunque, il gruppo terroristico non è parte delle Convenzioni di Ginevra e i suoi membri non hanno diritto al riconoscimento dello *status* di prigionieri di guerra, ma si adotteranno i principi e i valori che gli Stati Uniti garantiscono a ogni essere umano. In ogni caso, in merito all'applicazione dell'art. 4 della III Convenzione, occorre precisare che il par. 2 dell'art. 4 si riferisce ai corpi di volontari e alle forze irregolari, escludendosi, pertanto, i militanti di Al Qaeda in quanto non considerabili come prigionieri di guerra a fronte della mancanza dei requisiti della suddetta disposizione normativa.

necessaria la sottoposizione di tale questione ad un tribunale competente, sostenendo un'accesa perplessità su una simile ricostruzione. In proposito, l'ex Presidente del Comitato Internazionale della Croce Rossa Sommaruga ha sostenuto che *"queste persone si trovano in uno spazio non regolato da alcun diritto, il che rappresenta una violazione estremamente grave del diritto internazionale umanitario, perché queste persone sono state catturate durante un conflitto armato internazionale"*. In particolare, si veda BISCHOFF, JÜRIG. 2005. Cornelio Sommaruga. *La diplomazia al servizio dell'umanità*, ADV Publishing House: Lugano;

³⁵² In una conferenza stampa del 7 maggio 2003, l'addetto stampa Fleischer affermò che il Presidente Bush *"affirms our enduring commitment to the important principles of the Geneva Convention"*, sostenendo che *"consistent with American values and the principles of the Geneva Convention, the United States has treated and will continue to treat all Taliban and al Qaeda detainees in Guantanamo Bay humanely and consistent with the principles of the Geneva Convention"*, garantendo, inoltre, il diritto di visita da parte del Comitato Internazionale della Croce Rossa. Tale diritto di visita è limitato alla verifica dello stato di detenzione, non esteso alle modalità di interrogatorio, frequentemente oggetto di censura da parte delle organizzazioni umanitarie.

Quindi, i soggetti detenuti nella base di Guantanamo appartengono ad almeno due grandi categorie, che presentano differenti connotati: da un lato, i talebani, militari combattenti catturati durante le operazioni militari condotte nel 2001-2002 in Afghanistan, considerabili come organi militari dello Stato, ancorché il governo di Kabul non fosse riconosciuto dalla generalità degli Stati e dagli Stati Uniti in particolare.³⁵³ A fronte delle suddette motivazioni, non può non riconoscersi ai talebani lo *status* di prigionieri di guerra ai sensi della III Convenzione di Ginevra, trattandosi di membri delle forze armate regolari, catturati in combattimento nel corso di un conflitto armato internazionale; dall'altro lato, occorre sottolineare la categoria dei membri di Al Qaeda, non appartenenti a formazioni regolari, inquadrabili nelle forze afgane. I terroristi di quest'organizzazione possono e devono essere assoggettati alle norme penali dell'ordinamento giuridico statale, e sottoposti a un regolare processo ove imputati per la commissione di crimini di guerra o contro l'umanità, al di fuori della sfera di applicazione della normativa sui prigionieri di guerra. Specificamente, occorre puntualizzare che sia il diritto convenzionale sia quello consuetudinario dei conflitti armati stabiliscono l'obbligo di qualificare gli individui o come combattenti o come appartenenti alla popolazione civile: i primi, qualora catturati, sono tutelati dalla III Convenzione; i secondi, invece, troveranno tutela nella IV Convenzione. Qualora sia necessario accertare lo *status* del soggetto a fronte di incertezze e dubbi, sarà necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria ex art. 5 della Convenzione di Ginevra, che obbliga la Potenza detentrica a porre gli individui sotto una speciale protezione finché non si sia provveduto all'accertamento giudiziario. Inoltre, l'onere della prova della mancanza dei requisiti per l'individuazione della qualifica di prigioniero di guerra incombe sulla Potenza detentrica e, in attesa che un tribunale si pronunci, l'individuo detenuto dovrà essere tutelato dal *corpus* giuridico relativo ai prigionieri di guerra.

Ciò posto, dal punto di vista della prassi giurisprudenziale, in relazione ai procedimenti giurisdizionali aditi dai prigionieri di

³⁵³ Il riconoscimento non ha carattere costitutivo della personalità giuridica internazionale e, in particolare, il sistema convenzionale di Ginevra evita che si riproducano condizioni simili a quelle del periodo 1943-1945 in Italia, in cui operavano due governi sul territorio nazionale, ciascuno dotato di proprie forze armate combattenti, o della Francia, in cui operavano forze armate poste al comando di un governo in esilio a Londra.

Guantanamo, la tesi prevalentemente sostenuta concerne l'extraterritorialità, che non consentirebbe l'applicazione di diritti e garanzie costituzionali, in quanto territorio concesso dal governo cubano agli Stati Uniti attraverso il *Lease Agreement* del 1903. Tuttavia, la base è soggetta al controllo esclusivo del governo americano. Il Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 - in vigore, per gli Stati Uniti, dal 1992 - stabilisce, all'art. 2, par. 1 l'obbligo di rispettare le norme di tutela non solo per quanto riguarda i soggetti sul territorio dello Stato, ma anche nei riguardi di coloro che sono sottoposti alla propria giurisdizione. Pertanto, è applicabile l'art. 9 del Patto che vieta arresti e detenzioni arbitrari, ovvero non decisi da un tribunale indipendente e imparziale ex art. 14. Tuttavia, nel 2003 si cristallizzò un orientamento giurisprudenziale, da parte delle Corti d'appello americane (con particolare riferimento a New York e San Francisco) secondo cui sussiste *territorial jurisdiction* degli Stati Uniti su Guantanamo, da cui deriva il controllo di essa sul territorio. Questo percorso giurisprudenziale ha rinnovato i *war powers* utilizzati dal governo americano, legittimando i ricorsi volti a far riconoscere la competenza del giudice ordinario. Infatti, la posizione assunta dai ricorrenti risiede nel presupposto che la base di Guantanamo deve equipararsi al territorio americano, riconoscendosi, pertanto, l'esclusività della giurisdizione. In questo senso, occorre evidenziare la prassi giurisprudenziale della Corte Suprema degli Stati Uniti, che ha evidenziato la competenza dei tribunali americani sui ricorsi dei prigionieri di Guantanamo relativi alla legalità della detenzione a cui sono stati sottoposti, in quanto il territorio in considerazione è posto sotto la giurisdizione esclusiva, ancorché non sotto la sovranità, degli Stati Uniti. In questo senso, i casi *Rasul et Al. v. Bush* e *Al Odah et Al v. United States* consentono di giungere alla decisione del Dipartimento della Difesa, cioè il Pentagono, di istituire Commissioni militari (*Combatant Status Review Tribunals*), chiamate ad analizzare i singoli casi di detenzione.³⁵⁴ Inoltre, nella sentenza *Hamdi v. Rumsfeld et Al.* la Corte Suprema riconosceva il diritto a un processo equo dinanzi ad un giudice imparziale e indipendente anche per quei soggetti individuati dal governo statunitense come *enemy combatants*, non entrando mai nel merito della loro qualificazione giuridica. Secondo l'orientamento

³⁵⁴ Memorandum for the Secretary of the Navy, Order Establishing Combatant Status Review Tribunals, U.S. Department of Defense, 7 July 2004.

fondamentale della Corte Suprema degli Stati Uniti, le esigenze di difesa nazionale e l'esercizio dei poteri conseguenti da parte del Presidente degli Stati Uniti e del governo non devono travalicare i limiti imposti dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali.³⁵⁵ Attraverso questa sentenza, è stato possibile obbligare il governo statunitense a riconoscere l'illegittimità della condizione provvisoria a cui sono sottoposti i prigionieri di Guantanamo, trovandosi in una *transizione* giuridica, in cui la componente principale è la sospensione ingiustificata di garanzie fondamentali. In ogni caso, non si può ritenere risolto il problema della violazione del diritto umanitario a seguito di tali pronunce, in quanto l'art. 4 della III Convenzione di Ginevra stabilisce che, in primo luogo, debba riconoscersi lo *status* giuridico di prigioniero di guerra o, quantomeno, la protezione connessa con questo *status*, fino a quando la corretta condizione giuridica non sia stata accertata da un tribunale, secondo il disposto dell'art. 5. Inoltre, la questione del trattamento degli individui detenuti dal governo americano è stata oggetto di ulteriori pronunce: il caso *Hamden v. Rumsfeld* del 2006 ha evidenziato, da parte della Corte Suprema, la mancanza di potere del governo di istituire commissioni militari speciali e che queste sono illegali per la loro contrarietà sia allo *Uniform Code of Military Justice*, sia alle Convenzioni di Ginevra. Infatti, in base al diritto di guerra, occorre garantire ai detenuti una protezione maggiore di quella offerta dalle commissioni militari speciali. L'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 è applicabile, e si riferisce all'obbligo di offrire protezione minima, che comprende il diritto ad essere giudicati da una corte regolarmente costituita. Le Commissioni in questione non sono considerabili come *corti regolarmente costituite*. Pertanto, dato che la commissione militare speciale non rispetta le condizioni poste dallo *Uniform Code of Military Justice* o dalle Convenzioni di Ginevra, viola il diritto di guerra e non può, perciò, essere lo strumento per processare Hamdan. Tuttavia, la Corte elude il quesito relativo al riconoscimento dello *status* di prigioniero di guerra e la conseguente applicabilità della III Convenzione, così come sorvola la condizione giuridica dei membri di Al Qaeda, limitandosi a stabilire

³⁵⁵ SCISO, ELENA. 2004. "Guerra al terrorismo globale e garanzie non comprimibili dei diritti umani fondamentali: l'opinione della Corte suprema degli Stati Uniti". In *Rivista di diritto internazionale*, pag. 756.

che il governo non può sostituirsi all'organo sovrano del Congresso, nella costituzione di organi speciali.³⁵⁶

Ciò posto, occorre soffermarsi sulla natura giuridica degli *standards* di trattamento degli individui detenuti, il cui fondamento normativo può rinvenirsi nel *Detainee Treatment Act* del Congresso degli Stati Uniti, promulgato dal Presidente il 30 dicembre 2005, che vieta trattamenti disumani e degradanti, disciplinando analiticamente le modalità di conduzione degli interrogatori dei detenuti, affidati interamente a personale governativo sotto il controllo del Dipartimento di Difesa. Tuttavia, dal documento emerge l'accezione della *war on terror* come contesto giuridico in cui i sospetti terroristi vengono catturati e, in virtù della necessità di prevenire atti terroristici, si pongono due necessità imperative: la detenzione in luoghi sicuri e l'interrogatorio effettuato da esperti.³⁵⁷ Queste necessità provocano rilevanti incompatibilità con la III Convenzione di Ginevra, con particolare riferimento a quelle che impongono alla Potenza detentrica di comunicare la collocazione di questi luoghi, notificandoli alle parti e al Comitato Internazionale della Croce Rossa, nonché quelle che stabiliscono che ai prigionieri di guerra possono essere soltanto richieste le generalità e il reparto di appartenenza. Dunque, considerando gli interrogatori ai sospettati terroristi la procedura necessaria per garantire un efficiente contrasto al terrorismo, risulta evidente l'inconciliabilità con la III Convenzione di Ginevra, da cui si comprende il rifiuto di riconoscere a tali individui lo *status* di prigioniero. Un ulteriore provvedimento fondamentale adottato dal Congresso (Camera dei Rappresentanti e Senato) è il *Military*

³⁵⁶ In particolare, il Presidente George W. Bush, dopo aver inviato al Congresso una proposta di legge che autorizzasse l'istituzione di Commissioni militari per giudicare sospetti terroristi per crimini di guerra, prese atto delle posizioni giurisprudenziali della Corte Suprema in un documento del 6 settembre 2006, in cui si affermava che l'art. 3 comune dovesse considerarsi applicabile, ma considerando *vague and undefined* le nozioni di "oltraggio alla dignità personale" e "trattamenti inumani e degradanti", dunque suscettibili di essere interpretati in modi differenti da giudici americani e stranieri. In questo senso, la preoccupazione principale del Presidente Bush consisteva nel tutelare da possibili imputazioni per crimini di guerra gli agenti della *Central Intelligence Agency*, impegnati in interrogatori nelle prigioni di vari Stati. In base all'amministrazione statunitense, la vaghezza della nozione di trattamento umiliante e degradante potrebbe portare all'incriminazione di un agente per il fatto di aver sottoposto un detenuto musulmano ad un interrogatorio da parte di una donna.

³⁵⁷ Nell'ambito della *war on terror*, le *information from terrorists in CIA custody* rappresentano uno strumento fondamentale, e gli interrogatori vengono realizzati nel rispetto delle norme, all'interno di un programma assoggettato al controllo del Dipartimento della Giustizia e della CIA, senza che si pratichi tortura.

Commissions Act del 22 settembre 2006, con cui si ribadisce che le *military commissions* costituite dal Dipartimento della Difesa a norma del *Military Order* del Presidente del 13 novembre 2001 non sono *consistent with certain aspects of United States domestic law*. In particolare, il Congresso specifica la volontà di eliminare le incompatibilità per poter garantire la cattura di terroristi, considerando l'uso delle commissioni militari necessario, in quanto gli strumenti alternativi, comprese le corti marziali, sono inutilizzabili. Dunque, il nuovo atto normativo insiste sulla necessità di sottrarre quelli che il governo continua a considerare *unlawful enemy combatants* alla copertura di garanzie che vanificherebbero l'efficacia degli interrogatori. In riferimento all'*iter* che accompagna il provvedimento, è sorto un rilevante dibattito, in cui autorevole dottrina ha sostenuto che la formulazione del testo autorizzerebbe la detenzione permanente e la tortura di chiunque in funzione della mera decisione del Presidente degli Stati Uniti.³⁵⁸

Alla luce dell'architettura giuridica suesposta in relazione ai prigionieri di guerra, può concludersi che l'impossibilità di ricondurre i conflitti armati contemporanei ad un unico panorama implica l'esistenza di situazioni di confine, in cui si dissolve la dicotomia fra internazionale e non-internazionale, rimanendo presente solo la *logica umanitaria*, che pervade il diritto internazionale dei conflitti armati e la protezione internazionale dei diritti umani.

5. I terroristi: un limite alla logica umanitaria fra teoria e prassi

La dicotomia fra conflitto armato e terrorismo rappresenta una questione particolarmente complessa nel diritto internazionale, sia nell'ambito della teoria del diritto sia della prassi statale. In primo luogo, è necessario premettere che i tentativi della comunità internazionale di razionalizzare il fenomeno terroristico in una prospettiva giuridica consolidata non possono considerarsi efficienti, alla luce della metamorfosi in cui incorrono i conflitti armati contemporanei.³⁵⁹ In

³⁵⁸ PAUST, JORDAN. 2005. "Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees". In *Columbia Journal of Transnational Law*, pag. 811. In particolare, sia il Presidente degli Stati Uniti che l'intero esecutivo *are and must continue to be bound by the laws of war and other relevant international law*".

³⁵⁹ La Conferenza di Teheran del 1968 rappresenta un confronto fondamentale per riconoscere che le garanzie minime offerte dai diritti umani non cessavano di essere

particolare, la contestuale applicazione del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto dei conflitti armati rappresenta un'evoluzione giuridica, la cui *ratio* risiede nell'*asimmetria* dei conflitti armati, che confonde il ruolo degli Stati ma, soprattutto, disperde l'individuo in un limbo che non ne permette l'identificazione nel contesto bellico. In questo senso, il terrorismo si presenta come fenomeno giuridico carente di fonti giuridiche nella sua individuazione al livello internazionalistico, non essendo stato ancora possibile adottare una convenzione globale che ne garantisse il riconoscimento strutturale da parte degli Stati.³⁶⁰ Infatti, se i conflitti armati cambiano i loro requisiti costantemente, creando nuove condizioni di applicazione dei sistemi giuridici di riferimento, è altrettanto vero che il terrorismo non è concepibile come evento unitario e cristallizzato, in quanto la *war on terror* si presenta come commistione di due fenomeni contrastanti fra loro e unificati dalla logica repressiva degli Stati. Le conseguenze del terrorismo nel diritto internazionale rappresentano una costante mutazione giuridica, alla luce del fatto che, da una parte, la complessità di un simile rapporto risiede nella natura stato-centrica del diritto internazionale, mentre, dall'altro lato nella concezione del terrorista contemporaneo come futuro *freedom fighter*. In particolare, Le Convenzioni di Ginevra del 1949 e i Protocolli addizionali del 1977 non aspirano né ad una legittimità né ad una rigidità, ma ad una combinazione di tali elementi: la questione è se considerare i combattenti non statali, da una parte, come combattenti legittimi, mentre, dall'altro lato, come criminali comuni. In questo senso, la redazione dell'art. 3 Comune diventa pregnante, fornendo costantemente supporto giuridico a fronte del diritto interno, così da distogliere l'autorità statale dal considerare aprioristicamente tali combattenti come *vulgaires criminels*.³⁶¹ In questo senso, mantenendo costante il riferimento all'interazione fra diritti umani e diritto umanitario, occorre stabilire in che modo il fenomeno terroristico influenzi tale interazione, delineando i connotati giuridici dell'individuo terrorista, così da classificarne la posizione nel

applicate in caso di guerra, con la conseguenza di prendere atto della contestuale applicazione del diritto dei diritti umani e del diritto di guerra. In proposito, si veda UN General Assembly, *Respect for human rights in armed conflicts*, 16 December 1969, A/RES/2597.

³⁶⁰ Nonostante non vi siano fonti giuridiche di riferimento, è possibile azzardare una definizione generale di terrorismo inquadrandolo in ogni azione violenta ed intimidatoria che, a prescindere dalla sua finalità, ingeneri terrore nella popolazione.

³⁶¹ KLABBERS, JAN. 2003. "Rebel with a cause? Terrorists and Humanitarian Law". In *European Journal of International Law*, 14:2, 299-312.

diritto internazionale e, in particolare, nel diritto dei conflitti armati. La funzione interpretativa giurisprudenziale assume un ruolo pregnante, in quanto le corti internazionali e interne analizzano costantemente la tutela dell'individuo da parte del diritto umanitario e del diritto dei diritti umani, così da travolgere qualunque approccio giuridico separatistico e, soprattutto, eliminando gli ostacoli della complementarità o specialità, così da giungere a un modello integrazionista.³⁶² I sistemi giuridici dei diritti umani e del diritto umanitario risultano applicabili nel fenomeno terroristico, ma è necessario specificare le differenze applicative in relazione ai conflitti armati. Infatti, da una parte, è ammessa l'applicazione del diritto convenzionale dei diritti umani durante i conflitti armati, la cui conferma risiede nelle clausole di deroga ai diritti umani, secondo cui, in caso di guerra o altro pericolo pubblico che minacci la nazione, lo Stato può derogare al rispetto di taluni diritti umani. La sospensione di specifici diritti in determinate circostanze determina logicamente l'applicazione dei medesimi, in assenza di deroga, durante un conflitto armato. Tuttavia, occorre sottolineare che la deroga deve applicarsi nel rispetto degli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale, compreso il diritto umanitario e, in particolare, che vi sono diritti inderogabili.³⁶³ Dall'altra parte, l'applicazione del diritto dei conflitti armati in relazione al fenomeno terroristico genera questioni di incompatibilità, generate dall'assunto per cui il diritto umanitario non si applica durante i periodi di pace. In questo senso, nell'ambito di atti terroristici compiuti all'interno di un conflitto armato, l'utilizzo del *corpus* di diritto umanitario è assolutamente ammissibile, e occorre evidenziare due riferimenti normativi fondamentali: l'art. 33 della IV Convenzione, che vieta punizioni collettive, atti intimidatori o terroristici contro le persone protette, e l'art. 51, par. 2 del I Protocollo addizionale alle Quattro Convenzioni di Ginevra, che vieta espressamente atti il cui scopo primario sia diffondere il terrore fra la popolazione civile. Tuttavia, alla luce di una determinata prassi statale, si definiscono conflitti armati situazioni in cui dovrebbe applicarsi semplicemente il diritto dei diritti umani o, in ogni caso, le regole interne di *law*

³⁶² GUELLALI, AMMA. 2007. "Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme: leur interaction dans les nouveaux conflits armés". In *Revue générale de droit international public*, 111: 539-574.

³⁶³ VIARENGO, ILARIA. 2005. "Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia". In *Rivista di diritto internazionale*, 4:955-996.

enforcement. In questi casi, l'applicazione del diritto umanitario ad atti di terrorismo deriva da una specifica forzatura, riscontrabile principalmente nella qualificazione, da parte dell'amministrazione americana, della lotta al terrorismo attraverso l'instaurazione della *war on terror* che, pur non rappresentando in sé una nuova forma di conflitto armato, si manifesta come dottrina che, da un lato, individua la situazione oggettiva in cui i terroristi sono in grado di scatenare un attacco paragonabile per effetti a quello di uno Stato; invece, dall'altro lato, viene utilizzato da alcuni Stati al fine di evitare l'applicazione delle norme sui diritti umani ai terroristi a preferenza del diritto umanitario. Le ragioni di tale orientamento risiedono nel presupposto che, in base alla tipologia di conflitto armato a cui si fa riferimento, le norme di diritto umanitario differiscono e, attraverso un graduale allontanamento dal contesto giuridico classico di guerra fra Stati, esse diverranno meno garantistiche. Tuttavia, non è accettabile che uno Stato, in seguito alla creazione di un modello bellico, in cui vigono le norme di diritto umanitario, modifichi arbitrariamente le categorie protette, così da creare la categoria speciale di *enemy combatant*, a cui non si applicherebbero non solo le norme giuridiche sui prigionieri di guerra, ma neanche quelle relative ai civili. Alla luce dell'attuale panorama giuridico, occorre evidenziare la figura degli *unprivileged combatants*, che, pur non beneficiando della protezione giuridica offerta ai combattenti legittimi, vengono classificati come civili che prendono le armi. In quest'ambito, è opportuno evidenziare la prassi dell'amministrazione statunitense in merito ai prigionieri di Guantanamo, alla luce della quale si estendono i limiti ordinari di applicazione del diritto umanitario, giungendo a una *overapplication* di tale *corpus* giuridico.³⁶⁴ Tuttavia, un caso specifico particolarmente

³⁶⁴ L'Esecutivo statunitense non concede l'applicazione della Convenzione di Ginevra ai detenuti di Guantanamo, sostenendo che, al momento della cattura, essi non indossassero uniformi o segni di appartenenza a uno Stato belligerante e, pertanto, non possono essere considerati prigionieri di guerra, ma da ciò deriva una grave lacuna del diritto, in quanto non sussisterebbero strumenti di tutela di tali prigionieri. In merito alla politica legislativa statunitense in materia di trattamento dei prigionieri nel contesto della *war on terrorism*, risulta fondamentale l'Ordine esecutivo del 20 luglio 2007, denominato *United States Executive Order: Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency*. Mediante tale provvedimento, il Presidente degli Stati Uniti stabilisce gli elementi di una violazione dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, in relazione ai programmi di detenzione e interrogatorio della CIA. L'Ordine non rivela quali tecniche siano proibite, ma si limita a ribadire che le medesime devono considerarsi lecite se non comprendono la tortura, come definita nell'ordinamento

rilevante può riscontrarsi nella prassi israeliana dei *targeted killings*, allo scopo di stabilire se un civile che prenda le armi possa considerarsi *obiettivo legittimo*. In proposito, assume rilievo il caso degli omicidi mirati commessi da Israele contro presunti terroristi nei Territori palestinesi occupati, ovvero in caso di prolungata *short of war*, caso in cui è complessa l'individuazione delle regole applicabili e, in particolare, è azzardata l'individuazione di un conflitto armato internazionale. Infatti, nel caso *Anonymous v. The State of Israel*, la Corte Suprema Israeliana, relativamente alla detenzione, avvenuta inizialmente sulla base del regime di occupazione, di due individui appartenenti all'organizzazione *Hezbollah* e catturati sulla Striscia di Gaza, decretava l'applicazione del diritto dei conflitti armati internazionali, zona in cui, secondo la medesima Corte, era cessata l'occupazione israeliana.³⁶⁵ In questo caso, per la prima volta, la Corte Suprema d'Israele si pronunciava sulla costituzionalità dell'internamento dei *combattenti legittimi*. Inoltre, è possibile evidenziare un'estensione dell'applicazione del diritto internazionale umanitario da una misura adottata dal Consiglio di Sicurezza nel novero dei poteri coercitivi riconducibili al cap. VII della Carta delle Nazioni Unite: durante il passaggio dall'occupazione anglo-americana dell'Iraq alla costituzione del governo provvisorio iracheno alla costituzione del governo provvisorio iracheno, attraverso risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, si è deciso di imporre le norme del diritto umanitario dell'occupazione oltre la durata della medesima, al fine di permettere una lotta contro il terrorismo più risolutiva. In questo senso, risultano emblematiche le risoluzioni n. 1511 del 16 ottobre 2003 e 1546 dell'8 giugno 2004, attraverso cui il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite avrebbe imposto l'applicazione di alcune norme di diritto umanitario, nella specie quelle sull'occupazione, oltre il normale ambito di efficacia temporale previsto nelle Convenzioni di Ginevra. In

statunitense (18 US Code § 2340, 2441(d)), l'omicidio, la mutilazione o l'amputazione, gravi lesioni, stupri, abusi o molestie sessuali, la presa di ostaggi, la conduzione di esperimenti biologici, ovvero atti diretti a denigrare la religione, le pratiche o gli oggetti di culto individuali. L'Ordine, infine, rinviando al MCA e al DTA, proibisce ogni altro atto crudele, inumano o degradante ivi previsto (sec. 3(b)(i)(D)).

³⁶⁵ Supreme Court of Israel, Cr. A. 532/91, *Anonymous v. The State of Israel*. In particolare, la Corte Suprema israeliana doveva pronunciarsi in merito alla costituzionalità della legge n. 5762 del 4 marzo 2002 emanata dal Parlamento israeliano. Per un approfondimento, si veda LAHMANN, HENNING. 2009. "The Israeli Approach to Detain Terrorist Suspects and International Humanitarian Law: The Decision *Anonymous v. State of Israel*". In *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 69:347-364.

proposito, è sorto un dibattito giurisprudenziale e dottrinario in relazione alla questione se l'imposizione di un'applicazione ultronea di norme di diritto umanitario risultante da una decisione del Consiglio di Sicurezza sia idonea a far venir meno tutte le garanzie offerte dai diritti umani.³⁶⁶

Ciò considerato, circa la prassi statale relativa alla lotta al terrorismo occorre evidenziare determinati elementi sul rapporto fra diritto umanitario e diritti umani. In primo luogo, all'interno delle risoluzioni adottate dall'assemblea Generale delle Nazioni Unite in merito alla lotta al terrorismo, l'interazione fra diritto umanitario e diritti umani è costante, ponendo in rilievo la formazione di un'endiadi giuridica che conferma la necessaria conduzione di contrasto al terrorismo nel rispetto delle regole di entrambi i sistemi giuridici. In particolare, la risoluzione dell'assemblea Generale delle Nazioni Unite relativa alla strategia di contrasto al terrorismo globale specifica espressamente che qualunque misura adottata per prevenire e combattere il terrorismo deve essere improntata a criteri di osservanza degli obblighi di diritto internazionale, compresi quelli contenuti nella carta delle Nazioni Unite, e in accordi internazionali in materia di diritti umani, di diritto dei rifugiati e di diritto umanitario.³⁶⁷ parallelamente, all'interno delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, nonché nei Rapporti del Segretario Generale e in determinati documenti elaborati dall'organizzazione che si occupano della lotta al terrorismo nel rispetto dei diritti umani viene puntualizzato il medesimo orientamento.³⁶⁸ In proposito, nonostante si suggelli la lotta

³⁶⁶ In proposito, si veda DE SENA, PASQUALE-VITUCCI, MARIA CHIARA. 2009. "European Courts and Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values". In *European Journal of International Law*. In proposito, si sostiene che l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, relativo alla prevalenza degli obblighi della Carta sugli altri obblighi degli Stati, non può sempre essere invocato per affermare il venir meno di tutte le garanzie offerte dai diritti umani. Salvo quanto concerne le vere e proprie misure coercitive del Consiglio di Sicurezza, spesso si verificano atti statali che non eseguono obblighi, ma soltanto autorizzazioni all'uso della forza armata o, addirittura, davanti a semplici atti volontari degli Stati, quali la messa a disposizione di truppe nazionali, rispetto ai quali non può farsi valere l'art. 103. Comunque, anche in presenza di un vero e proprio obbligo, è necessario sottolineare che la Carta delle Nazioni Unite contiene anche il principio della protezione dei diritti umani.

³⁶⁷ In proposito, si veda la risoluzione dell'assemblea Generale illustrativa della strategia dell'organizzazione nella lotta al terrorismo globale.

³⁶⁸ In relazione alle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, si veda Consiglio di Sicurezza, S/RES/1822 (2008) del 30 giugno 2008 e S/RES/1805 (2008) del 20 marzo 2008; in merito ai rapporti più recenti, si veda Assemblea Generale, Rapporto del Segretario Generale "Protecting Human Rights and fundamental freedom while countering

al terrorismo in termini chiari e specifici attraverso il contestuale rispetto degli obblighi giuridici presenti all'interno di due sistemi paralleli, ciò che rileva si può scorgere proprio nel rapporto esistente fra essi, indipendentemente dalla presenza della lotta al terrorismo.

Ciò posto, è necessario evidenziare un rilevante dibattito giurisprudenziale riconducibile alla Commissione e alla Corte Interamericana dei diritti umani, in cui si pone in essere un'interpretazione del diritto dei diritti umani attraverso l'utilizzo del diritto umanitario.³⁶⁹ Tale dibattito giurisprudenziale concerne una prassi articolata relativa a conflitti giuridici di varia gravità, senza che l'uso congiunto del diritto umanitario e dei diritti umani debba analizzarsi solo in riferimento ad ambiti specifici e predeterminati, quali il terrorismo. In questo senso, assume particolare rilievo la prassi della corte europea dei diritti umani, di matrice garantista ma più restrittiva, non effettuandosi mai un riferimento diretto al diritto umanitario. Tuttavia, anche in questo caso si potrebbe sostenere un riferimento indiretto, se si considera che per trattare, nell'ottica dei diritti umani, situazioni di conflitto armato non internazionale, essa fa quantomeno un uso della terminologia del diritto umanitario.³⁷⁰

Inoltre, occorre soffermarsi sull'interpretazione dell'interazione fra diritto umanitario e diritti umani da parte della Corte Internazionale di Giustizia. In proposito, se in un primo momento la Corte specificava che si potessero derogare in situazioni di emergenza nazionale solo alcune norme del Patto sui diritti civili e politici, rimanevano inviolabili alcune regole indissolubili, *in primis* il diritto a non essere privato arbitrariamente del diritto alla vita, vigente anche in un contesto bellico, nonostante in tale circostanza fosse possibile la sola applicazione del diritto umanitario, in qualità di *lex specialis*, per stabilire il significato di

terrorism", UN Doc., A/61/353 dell'11 settembre 2006 e UN DOC. A/60/374 del 25 settembre 2005 e Assemblea Generale, Rapporto del Segretario Generale "Uniting against terrorism: recommendations for a global counter-terrorism strategy", UN Doc. A/60/825 del 27 aprile 2006.

³⁶⁹ In relazione alla Commissione interamericana dei diritti umani, si vedano il caso *Coard*, case 10.951, *Coard et al. v. United States*, Report 109/99 del 29 settembre 1999; *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Report n. 55/97 del 18 novembre 1997; In relazione alla Corte interamericana, si vedano *Las Palmeras v. Colombia*, decisione sulle eccezioni preliminari del 4 febbraio 2000 serie C n. 67 e, specificamente, *Bámaca Velásques v. Guatemala*.

³⁷⁰ In proposito, si veda ABRESCH, WILLIAM. 2005. "A Human Rights Law of Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya". In *European Journal of International Law*, pag. 746.

privazione arbitraria della vita.³⁷¹ In questo senso, il parere sulla legalità del muro appare maggiormente pregnante in questa interpretazione, in quanto, nonostante venga ribadita la specialità del diritto umanitario rispetto ai diritti umani, al verificarsi di una possibile interazione, tale specialità non verrà considerata categorica nell'esclusione del diritto dei diritti umani: infatti, si specifica che determinate azioni perpetrate da Israele violano contestualmente diritto umanitario e diritti umani.³⁷² In questo senso, occorre evidenziare un analogo orientamento riscontrabile in una sentenza relativa alle attività armate svolte nel territorio del Congo, in cui non sussiste alcun riferimento al criterio di specialità, sostituito dalla contestuale applicazione di entrambi i diritti ad un caso di occupazione.³⁷³ Dunque, la concezione di un superamento del parallelismo fra diritto umanitario e diritti umani rappresenta un'istanza fortemente reiterata, nonostante riecheggi costantemente la questione del fondamento applicativo del diritto umanitario in circostanze non belliche, in cui la forzatura giuridica risulta evidente. Inoltre, il criterio della specialità su cui si fonda la predominanza del diritto umanitario sui diritti umani potrebbe riscontrarsi in una specifica volontà derogatoria, giustificata dalla stessa natura del diritto umanitario, conseguenza del compromesso fra protezione dell'individuo e necessità militare dello Stato.³⁷⁴ In proposito, autorevole dottrina avvalora questo approccio integrazionista, posto in essere per una finalità teleologica, ovvero una maggiore protezione possibile per l'individuo. Il riferimento essenziale si fonda su quel *common core* derivante dal fatto che entrambi i sistemi giuridici tendono a garantire la tutela dell'individuo, per scegliere, tra le norme che potenzialmente possono applicarsi a una determinata situazione, quella in grado di proteggere meglio l'individuo in questione. Ovviamente, non si creano questioni nel caso in cui si rispetti l'ambito di applicazione dei rispettivi sistemi giuridici.

Ciò posto, in merito all'applicazione del diritto umanitario nel contesto della *war on terrorism*, si verifica una forzatura in virtù del fatto

³⁷¹ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, July 8, 1996, I.C.J. Reports, par. 25.

³⁷² International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004.

³⁷³ International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

³⁷⁴ GAGGIOLI, GLORIA-KOLB ROBERT. 2007. "A right to life in Armed Conflict? The Contribution of the European Court of Human Rights". In *Israel Yearbook on Human Rights*, pag. 123.

che, eccezion fatta per il conflitto in Afghanistan, non può confermarsi la presenza di nessun conflitto armato.³⁷⁵ È indubbio che, finché l'interazione fra diritto umanitario e diritti umani non sarà compiuta, la prassi statale di *overapplication* delle norme di diritto umanitario non può non essere compensata. Inoltre, dal punto di vista giurisprudenziale interno, la Corte suprema statunitense, pur non contestando la qualificazione di *enemy combatant* degli imputati effettuata dall'amministrazione statunitense, pone in essere una garanzia residuale nei loro confronti attraverso l'uso del diritto interno.³⁷⁶ In questo senso, secondo autorevole dottrina, una soluzione potrebbe essere l'utilizzo del sistema giuridico dei diritti umani come correttivo giuridico in situazioni in cui il diritto umanitario deve applicarsi come rimedio a una forzatura.³⁷⁷ Questa interpretazione può ravvisarsi, in aggiunta, anche

³⁷⁵ PEJIĆ, JELENA. 2004. "Terrorist acts and groups: a role for international law?". In *British Yearbook of International Law*, pag. 87.

³⁷⁶ U.S. Supreme Court, *Rasul v. Bush e Habib v. Bush*, case no. 03 – 334, 28 June 2004; *Al Odah v. United States*, case no. 03 – 343, 28 June 2004. Nei primi due casi, si trattava di cittadini stranieri (britannici, australiani e kuwaitiani) catturati nel corso di operazioni militari e di sicurezza in Pakistan e Afghanistan, e detenuti nella base USA di Guantanamo (Cuba). In primo luogo, il caso *Rasul v. Bush* è uno dei più emblematici per la descrizione specifica dei trattamenti ricevuti dai prigionieri di Guantanamo. Shafiq Rasul e Asif Iqbal furono liberati nel 2004, e all'interno di una lettera diretta ai membri della Commissione Forze Armate del Senato raccontarono come si svolgessero gli interrogatori a Guantanamo. La sentenza stabiliva che tutti i detenuti, a prescindere dalla cittadinanza, avessero il diritto di ricorrere contro il proprio arresto o reclusione presso una corte federale americana. Dunque, il fulcro della controversia concerneva la compatibilità della condizione dei detenuti di Guantanamo con il principio di *habeas corpus*. Secondo la Corte Suprema, tale principio non poneva in essere alcuna distinzione fra cittadini statunitensi e stranieri trattenuti sotto custodia federale. Inoltre, in relazione al caso *de quo*, la sentenza relativa al caso *Habib v. Bush* rigettava la tesi dell'extraterritorialità di Guantanamo e dell'impossibilità per le Corti federali di ricevere istanze di *habeas corpus* da parte di stranieri detenuti al di fuori del territorio sovrano degli Stati Uniti. Infine, la sentenza emanata per il caso *Al Odah v. United States* rappresentava un'esortazione verso l'esecutivo statunitense per l'istituzione dei *Combatant Status Review Tribunals*, ovvero collegi incaricati di valutare lo *status* dei prigionieri catturati, in modo da garantire che in futuro si verificasse un controllo approfondito delle condizioni in cui venivano posti i soggetti catturati. Pochi giorni dopo la sentenza della Corte Suprema, il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti emanava un'ordinanza che istituiva tribunali militari speciali (*Combatant Status Review Tribunal*), incaricati di stabilire se i detenuti a Guantanamo Bay potevano essere considerati "combattenti nemici". Tuttavia, anche questi tribunali non possono essere ritenuti organi giudiziari, non assicurando un giudizio equo e pubblico di fronte ad un organo imparziale ed indipendente.

³⁷⁷ VITUCCI, MARIA CHIARA. 2009. "Interazione fra diritti umani e diritto umanitario nella risposta al terrorismo". In GARGIULO, PIETRO-VITUCCI, MARIA CHIARA (a cura di). 2009. *La tutela dei diritti umani nella "lotta" e nella "guerra" al terrorismo*, pag. 317-335, p. 328.

all'interno della prassi del Tribunale *ad hoc* per l'ex-Jugoslavia, in cui i giudici facevano ricorso ad entrambi i sistemi giuridici per individuare gli elementi di crimini non definiti in modo completo all'interno del diritto umanitario. In proposito, nel *caso Furundzija* e nel *caso Delalić*, il Tribunale si avvaleva del diritto dei diritti umani convenzionale per individuare la nozione del crimine, così come nel *caso Kunarac* specificava che l'utilizzo dei diritti umani nel contesto del diritto umanitario era motivato da finalità interpretative, al fine di specificare le nozioni che valgono nell'ambito dei conflitti interni. Pertanto, l'orientamento giurisprudenziale in esame comprende un uso più disinvolto degli elementi tratti da ognuno dei sistemi giuridici in esame, ponendosi come contrappeso alla forzatura insita nella qualificazione che avrebbe portato all'applicazione di norme meno garantiste. In questo senso, è possibile comprendere il criterio adottato dalle Corti di attingere a nozioni tratte indifferentemente dall'uno o dall'altro sistema normativo e funzionale allo scopo unitario. Specificamente, occorre specificare che il Consiglio di Sicurezza ha recentemente imposto l'applicazione di alcune norme sull'occupazione oltre ai limiti temporali previsti nella IV Convenzione di Ginevra, al fine di garantire ai contingenti alleati che operavano in Iraq, in un momento successivo, alla fine dell'occupazione l'internamento di civili per impellenti motivi di sicurezza. In questo caso, il diritto dei diritti umani veniva qualificato alla luce delle previsioni del diritto umanitario, manifestandosi un'ipotesi di applicazione ultronea del diritto umanitario. In proposito, la giurisprudenza inglese si preoccupò di risolvere la complessa questione avente ad oggetto il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in seguito alla restrizione del diritto alla libertà dell'individuo considerato come "sospetto terrorista". In proposito, le Corti inglesi rigettavano il ricorso dell'individuo nei tre gradi di giudizio, affermando che non dovessero applicarsi le disposizioni della convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma le prescrizioni del diritto umanitario e in particolare l'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra, senza pervenire a tale conclusione alla luce del criterio della specialità del diritto umanitario, ma evidenziando la prevalenza degli obblighi derivanti dalla carta, ovvero, nel caso specifico, da risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza sugli obblighi derivanti dai trattati in materia di diritti umani.³⁷⁸ Tuttavia, nonostante

³⁷⁸ In proposito, si veda ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2008. "The Interaction between

tale interpretazione, si scorge, da parte della Camera dei *Lords*, il tentativo di salvaguardare la portata dei diritti umani anche in un contesto in cui avrebbero dovuto applicarsi le disposizioni meno garantiste del diritto umanitario, la cui applicazione forzata non sembra potersi intendere in modo da sacrificare totalmente le norme dei diritti umani. Pertanto, sembrerebbe che la corte abbia interpretato le norme di diritto umanitario più restrittive al fine di non pregiudicare i principi dei diritti umani, giustificando ciò dal fatto che la corte medesima si trova a dover applicare il diritto umanitario ad un caso che travalica i suoi stretti limiti di applicazione.³⁷⁹

In aggiunta, occorre specificare una forzatura giuridica particolarmente complessa, riscontrabile nell'applicazione delle norme di diritto umanitario ai casi di occupazione prolungata (*short of war*), quale quella dei territori palestinesi. In tale contesto, sembrerebbe non potersi applicare in via esclusiva né le norme di diritto umanitario, né quelle sui diritti umani, non trattandosi di una ordinaria situazione di occupazione a cui applicare solo la parte di diritto umanitario che, ai sensi dell'art. 6 della IV Convenzione di Ginevra, vincola l'occupante nell'esercizio delle funzioni di governo. Nei territori, essendosi regolamentata la situazione, si è chiesto a Israele un rapporto periodico sul rispetto dei diritti umani da parte degli organi di controllo del patto sui diritti civili e politici anche in merito alle zone occupate. Quindi, da una parte, secondo l'opinione maggioritaria, i territori rientrano nella giurisdizione di Israele per quanto riguarda il rispetto dei diritti umani; dall'altro lato, si applicano anche le disposizioni di diritto umanitario. Alla luce delle ragioni storiche riconducibili all'interruzione del processo di decolonizzazione della Palestina, che sarebbe passata dall'amministrazione egiziana a quella di Israele, inducendo quest'ultimo Stato a non considerare applicabili *de jure* ma solo *de facto* le quattro convenzioni di Ginevra. Entrambi i sistemi giuridici sono stati utilizzati dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere sul muro, in cui i trasferimenti

Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?". In *European Journal of International Law* 19:161-182, pag. 177.

³⁷⁹ House of Lords, *R (on the application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 12 December 2007. In particolare, occorre evidenziare l'opinione della Baronessa Hale of Richmond: "The right is qualified but not displaced. (...) The right is qualified only to the extent required or authorized by the resolution. What remains of it thereafter must be observed. This may have both substantive and procedural consequences", nota 47, par. 126.

forzati di popolazione civile all'interno dei territori palestinesi occupati venivano valutati non solo alla stregua della violazione del divieto assoluto ex art. 49, par. 6 della IV Convenzione di Ginevra, ma anche come elemento suscettibile di provocare una diversa composizione demografica sul territorio, ledendo il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese.³⁸⁰ Diversamente dalla Corte Internazionale di giustizia, la Corte Suprema Israeliana affrontava la questione della legittimità della barriera difensiva nel caso *Beit Sourik*.³⁸¹ In proposito, per valutare la lesione del diritto di proprietà dei palestinesi derivante dalla costruzione del muro, la corte suprema israeliana applicava soltanto le norme di diritto umanitario dell'occupazione, considerando la lesione del diritto di proprietà derivante dalla barriera sproporzionata rispetto al beneficio in termini di sicurezza derivante dalla costruzione del muro. Tuttavia, una simile conclusione veniva dettata dall'analisi di ogni singola porzione del muro in base a specifici criteri di proporzionalità. Dunque, nonostante ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto umanitario, le tecniche di valutazione della proporzionalità fra compressione di un diritto ed esigenze di sicurezza sembrerebbero influenzate dalla logica delle corti dei diritti umani. In questo senso, il suddetto criterio giurisprudenziale si rinviene specificamente anche nella decisione della Corte Suprema Israeliana relativa al caso dei *targeted killings*, in relazione al quale, al fine di eliminare sospetti terroristi dai territori occupati, Israele compiva veri propri omicidi mirati e, in particolare, il contesto in cui venivano compiuti tali reati si identificava in conflitto armato internazionale.³⁸² Nonostante fosse logica l'applicazione delle disposizioni di diritto umanitario in materia di distinzione, prevenzione e proporzionalità, la corte argomentava soluzioni riconducibili al diritto dei diritti umani per stabilire se tali eliminazioni fossero contrarie al diritto internazionale. In proposito, la corte utilizzava i criteri più rigidi di proporzionalità richiesti da tale sistema giuridico, sostenendo che, solo se non si fosse riuscito ad arrestare o neutralizzare il presunto terrorista con differenti mezzi meno

³⁸⁰ PERTILE, MARCO. 2004. "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory": A Missed Opportunity for the Development of International Humanitarian Law?". In *Italian Yearbook of International Law* 14:121-161.

³⁸¹ Israel Supreme Court, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, Israel: Supreme Court, 30 May 2004.

³⁸² In particolare, si veda Israel Supreme Court, 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, decision of 13th December, 2006.

suscettibili di danneggiare la popolazione civile, si sarebbe potuto legittimamente fare ricorso ai *targeted killings*. Pertanto, in questo caso è desumibile l'unificazione di considerazioni di diritto umanitario, necessarie per identificare un obiettivo legittimo in un conflitto armato, con valutazioni strettamente legate ai diritti umani, in relazione ai quali occorre verificare la necessità di percorsi garantisti nei confronti dei sospetti terroristi. In tal senso, la corte suprema considera legittimo uno spazio applicativo dei diritti umani, ma solamente qualora il diritto che si dovrebbe applicare, alla stregua di diritto speciale, presenti specifiche lacune.³⁸³ Infatti, secondo l'orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema Israeliana, l'applicazione dei diritti umani dipende dalla circostanza che il diritto umanitario non offra soluzioni certe circa la possibilità di attaccare civili che partecipino direttamente alle ostilità e, pertanto, i diritti umani possono intervenire soltanto quando la soluzione proposta al diritto internazionale umanitario non esista o non sia totalmente soddisfacente.³⁸⁴

6. Dal Terrorista al Nemico: la degenerazione del conflitto rispetto all'individuo

Il percorso analitico relativo alla condizione dell'individuo in contesti giuridici antitetici, quali la pace e la guerra, non può non giungere in un ambito particolarmente complesso e prettamente *in fieri*, relativo alla qualificazione di *enemy*, accezione giuridica da intendersi come "isolamento" normativo dell'individuo rispetto allo stato di diritto, in cui il ruolo svolto all'interno di un conflitto ne determina l'automatica esclusione dal consesso socio-giuridico, rendendolo nemico sotto ogni aspetto.³⁸⁵ Il confine fra criminale e nemico assume un rilievo

³⁸³ *The Public Committee against Torture*, cit., par. 18. In proposito, la Corte precisava tale inciso, sostenendo che "*when there is a gap in that law, it can be supplemented by human rights law*".

³⁸⁴ BARTOLINI, GIULIO. 2007. "Le eliminazioni mirate di appartenenti a gruppi terroristici al vaglio della Corte suprema di Israele". In *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, pag. 641.

³⁸⁵ Il diritto deve prevedere un meccanismo che gli permetta di re-inscrivere al suo interno il rapporto di forza ogni qual volta esso si ridefinisce in reazione all'avversario. Pertanto, il diritto, per porsi a garanzia dell'ordine costituito, non può essere una struttura immutabile in senso assoluto. Infatti, esso non lo è, come dimostrano le continue modificazioni a cui l'impianto legislativo degli ordinamenti viene sottoposto. Tuttavia, il diritto non è immutabile fin nei suoi più intimi meccanismi di funzionamento. Ciò significa che, da una parte, il diritto ha la capacità di inscrivere nel tessuto societario il rapporto di forza stabilito nella "guerra"; dall'altra, invece, esso ha

fondamentale, soprattutto in riferimento all'architettura giuridica europea e internazionale, che si è confrontata con questa categoria normativa parallela, conseguenza della lotta al terrorismo e i cui effetti ricadono necessariamente sul diritto internazionale³⁸⁶ In particolare, le conseguenze della *war on terror*, in qualità di artificio giuridico, generano una criminalizzazione assoluta degli individui considerati come terroristi (o *sospetti terroristi*), rendendoli soggetti estranei all'ordinamento giuridico *in toto*, e perseguendoli attraverso un sistema giuridico penale appositamente concepito per essi: attraverso questa classificazione, essi possono essere arrestati e processati davanti a tribunali, o anche dinanzi a corpi militari speciali. In primo luogo, in un simile ambito, il nemico ha un'identità politica e geografica frammentata, in quanto la violenza politica collettiva venga esercitata in modo specifico attraverso la guerriglia e il terrorismo, sulla base del fatto che il terrorismo internazionale determina uno sconvolgimento della struttura statale imprevedibile e, talvolta, irreparabile.³⁸⁷ La contestuale presenza di soggetti considerati come una *minaccia* per il sistema giuridico e di soggetti non classificabili in tal senso ha portato a una scissione *de facto* del diritto penale, con riflessi nella comunità internazionale. Infatti, si riscontra la presenza di un *diritto penale dei cittadini* e di un *diritto penale del nemico*, rispettivamente applicabili in funzione della minaccia attuabile dall'autore del reato.³⁸⁸

anche la capacità di rispondere alle sollecitazioni che vengono dallo scontro in atto all'interno del rapporto di forza, sbilanciandosi ovviamente dalla parte di chi detiene il potere, e di adattarsi all'esigenza nell'attimo esatto in cui essa si manifesta, senza perdere la propria liceità.

³⁸⁶ GÓMEZ-JARA, CARLOS. 2008. "Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law". In *Buffalo Criminal Law Review*.

³⁸⁷ REITAN R. 2003. "Human rights in U.S. policy: a casualty of the 'war on terrorism'?" In *The international Journal of Human Rights*, 7: 51.

³⁸⁸ In proposito, per un approfondimento sulla dottrina del diritto penale del nemico elaborata da Günther Jakobs, si veda JAKOBS, GÜNTHER. 2004. "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht". In *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* 5:88-95; JAKOBS, GÜNTHER. 1985. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung". In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97:751-785. Per quanto concerne le caratteristiche del diritto penale del nemico, occorre evidenziare una sentenza della Corte Suprema spagnola relative a un caso di terrorismo, in cui si sostiene che: a) l'imputato viene criminalizzato unicamente per la potenziale minaccia rappresentata dal suo *status* di terrorista; b) le garanzie del giusto processo vengono limitate o cancellate; c) le sanzioni sono talmente gravi e sproporzionate che si trovano al di fuori di ogni riflessione, moderazione o controllo, tipiche dello Stato di diritto e, più concretamente, del diritto penale. In proposito, si veda Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Case No. 1188/2005, Decision No. 829/2006, 20 July 2006.

Tale crimine permette la commissione di reati lesivi della struttura stessa di uno Stato, con lo scopo di danneggiare in modo definitivo le fondamenta economico-politiche del governo destinatario dell'atto illecito, attraverso l'utilizzo di *no-escape attacks*. In questo senso, la degenerazione della regolamentazione della lotta al terrorismo si manifesta verso gli Stati potenzialmente attaccabili, nonché verso quelli già vittime di attacchi, ad adottare strumenti giuridici ambigui e fortemente pregiudizievole. Inoltre, l'interesse verso gli scopi che stanno alla base della scelta criminosa hanno distolto l'attenzione dal soggetto-terrorista, trascurando le possibili complesse cause che tutt'oggi hanno portato tale reato a essere considerato come *crimine globale*. Le leggi emergenziali sarebbero riconducibili ad un diritto penale del nemico, con la sola eccezione del reale *stato di guerra*. In questo senso, analizzando la posizione di Hobbes, una volta introdotta l'eccezione legittima dello stato di guerra, il soggetto punito, ovvero il criminale, non è più un cittadino, ma è ormai un nemico, e la sanzione più che essere una pena, appare come un atto di ostilità.³⁸⁹ La concezione di un diritto penale dello Stato, e non dell'*individuo*, comporterebbe un degrado circa gli strumenti repressivi utilizzabili, in quanto la tutela dello Stato considerata superiore gerarchicamente alla tutela dell'individuo implicherebbe una violazione dell'*habeas corpus*, in questo caso inesistente, in quanto i diritti umani verrebbero menomati del loro presupposto democratico fondativo: la predominanza dei diritti dell'uomo sulla ragion di Stato. Non solo, ma la concezione di Jakobs criminalizza in modo irreversibile colui che mira a colpire la funzione stabilizzante e astratta della norma, e non chi attua il delinquere come *modus vivendi*, in quanto ciò rappresenta una violazione sistematica introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico. Il nemico viene considerato come una costante prevista a priori dal legislatore, come un soggetto che esisterà sempre, e per il quale il legislatore penale non potrà attuare un comportamento rieducativo, in quanto si riscontra un'avversione a quei valori considerati dall'ordinamento giuridico come cogenti. In relazione al rapporto tra diritti umani e diritto umanitario, occorrerebbe inquadrare il diritto penale del nemico come una patologia della *war on terror*, una concezione distorta dell'individuo che viene degradato a nemico, non-persona, autorizzando lo Stato in questo modo a esercitare sull'individuo una

³⁸⁹ HOBBS, THOMAS. 1987. *Leviatano*, La Nuova Italia, Firenze, cap. XXVIII, p. 312.

potestà d'imperio estranea a ogni logica garantista nei confronti dell'individuo.³⁹⁰

L'identificazione dell'atto terroristico come evento bellico anziché come crimine genera, indubbiamente, una distinzione fra diritto e guerra. In particolare, quanto più il terrorismo non viene elevato al livello di uno Stato belligerante e le sue aggressioni sono riconosciute come crimini e non già come atti di guerra, quanto meno ad esso non si risponde con la logica primitiva della guerra e del diritto penale del nemico, perfettamente simmetrica a quella del terrorismo, in quanto anch'essa opposta alla logica del diritto e inevitabilmente rivolta contro persone innocenti. Giacché è pur vero che il terrorismo è un fenomeno politico che va capito e fronteggiato anche, e soprattutto, politicamente. Ma è proprio nell'asimmetria rispetto ad esso convenzionalmente stabilita dalla sua qualificazione giuridica come "crimine" - violenza privata pur se transnazionale, al pari della pirateria, e non già violenza pubblica, come è invece la pena e l'intervento di polizia - che risiede il segreto del suo depotenziamento ed isolamento e perciò del ruolo del diritto quale fattore di pace e civilizzazione: strumento, appunto, del trapasso dallo stato di guerra allo stato di diritto, dalla società selvaggia alla società civile. In questo senso, può sostenersi con certezza che l'amministrazione

³⁹⁰ In proposito, si veda il *Manuale della tortura*, il documento della C.I.A. che impartisce direttive sui trattamenti - vere e proprie torture - cui sottoporre i prigionieri sospetti di attività contrarie alla "sicurezza" degli Stati Uniti (*Manuale della tortura*. Il testo finora top-secret uscito dagli archivi Usa (1963-1997), *Datanews*, Roma 1999). Gli stessi comandi dell'esercito statunitense hanno riconosciuto la morte di circa 30 persone arrestate in Afghanistan e in Iraq. Come hanno dichiarato alcuni ex ufficiali della Cia, tra i quali un ex funzionario di alto livello in un'intervista radiofonica resa alla Bbc l'8.2. 2005, gli Stati Uniti, dopo l'11 settembre 2001, hanno sviluppato un'attività sistematica di sequestri illegali di sospetti terroristi, trasferiti (e talora scomparsi) in paesi del Maghreb e del Medio Oriente, dove sono stati sottoposti a torture in centri di detenzione sottoposti al loro controllo (S.Gray, *Decentramento della tortura*, in "Le Monde diplomatique", n.4, aprile 2005, pp.1 e 8-9). La maggior parte delle pratiche sono state dichiarate illegittime dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, senza che ciò abbia comportato la loro effettiva cessazione. Si veda, sulla pratica statunitense della tortura nell'universo carcerario occulto edificato dalla Cia e dal Pentagono in svariati paesi. Si veda CHIESA, GIULIETTO. 2002. *La guerra infinita*. Feltrinelli: Milano, cap.VI; BONINI, CARLO. 2004. *Guantanamo. Usa, viaggio nella prigione del terrore*, Einaudi: Torino. In particolare, l'Autore riporta in appendice le ordinanze e i regolamenti che hanno autorizzato questi orrori; Amnesty International, Abu Ghraib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate, Ega editore, Torino 2004.

statunitense abbia fronteggiato la minaccia terroristica attraverso una politica legislativa discrezionale repressiva.³⁹¹

Ciò considerato, trattandosi di una situazione di emergenza *de facto* su scala globale, è indubbia una deroga alla legislazione sui diritti umani, ma l'approccio *marziale* non si è rivelato assolutamente soddisfacente, creando un vero e proprio limite alla repressione del terrorismo internazionale, a fronte di una metodologia sostanzialmente carente, i cui esiti sono stati un accrescimento costante della crisi globale, a fronte della quale manca una risposta politica.³⁹² In termini generali, la teoria del diritto penale nei sistemi giuridici in cui vige lo stato di diritto prevede i principi di legalità e di irretroattività, nonché il divieto di vaghezza nelle leggi penali. In particolare, il diritto penale definisce comportamenti specifici come reati e prevede sanzioni corrispondenti, che a loro volta devono essere proporzionate alla gravità dei reati commessi, cioè con riferimento al danno rappresentato o ai "beni giuridici" offesi. Inoltre, i limiti costituzionali garantiscono che i reati creati dalla legge corrispondono ai principi fondamentali e alle norme del sistema giuridico vigente. In questo senso, l'accezione *simbolica* del diritto penale viene in rilievo al fine di garantire una specifica identità sociale, e la punibilità dell'autore per i valori che ha inteso violare mira a garantire un consenso pubblico unanime: dunque, il diritto penale tenderebbe a *normalizzare* ciò che per lo Stato viene considerato *anormale*. In caso di conflitto armato o emergenza pubblica, il concetto di ostilità (*enmity*) sostituisce quello di responsabilità penale. Storicamente, durante la Seconda Guerra Mondiale, la dottrina di *common-law* statunitense sviluppò un ramo del diritto chiamato *law of the enemy*: alcune categorie di individui venivano private dei loro diritti costituzionali per aver violato leggi e consuetudini di guerra (sabotaggi, stragi, insurrezioni e

³⁹¹ Si pensi al Project for a New American Century, elaborato nel 1998 dai principali collaboratori di George W. Bush prima della sua elezione, si afferma che gli Stati Uniti non dovranno mai più tollerare potenze industriali o militari concorrenti sulla scena internazionale. Questo progetto imperiale è stato ribadito ossessivamente, con toni da crociata, in tutti gli interventi pubblici del presidente Bush successivi all' 11 settembre: in particolare nel discorso del 14 settembre 2001 in cui fu dichiarata la guerra infinita per "liberare il mondo dal male" e nella dichiarazione della guerra preventiva "di durata indefinibile" contenuta nel documento strategico del 17 settembre 2001. Si vedano i documenti nei quali è esposta questa nuova dottrina strategica in AA.VV. 2004. *Da Bush a Bush. La nuova dottrina strategica attraverso i documenti ufficiali (1991-2003)*, Napoli: La Città del Sole.

³⁹² COLOMBO, ALESSANDRO. 2007. "La guerra al terrore e la nuova forma della guerra". In *Quaderni di Relazioni Internazionali* 5:77-93, pag. 77.

attacchi in seguito alla cessazione del conflitto) attraverso ordini extra-giudiziali in applicazione di un diritto penale non statutario.³⁹³

Ciò posto, i presupposti per l'esistenza di un *nemico* all'interno dello Stato implica la sussistenza di un'ampia comunità politica di riferimento, ovvero una *global society*, rendendo i diritti procedurali di tali individui classificabili a un livello giuridico esteso. Infatti, essi sarebbero condannati in base a leggi sovranazionali o sentenze stabilite da organismi nazionali o internazionali (giudiziari e non). In secondo luogo, a livello nazionale, lo *status* di nemico rappresenterebbe una prerogativa dell'autorità governativa, quindi riconducibile a una valutazione politica. Inoltre, sarebbe necessario un *diritto penale globale*, che travalichi i confini, superando il concetto di *territorial sovereignty*.³⁹⁴ Il superamento del livello internazionale a fronte di un livello globale genererebbe un dissesto nella distinzione tra guerra e pace, in quanto, proprio come l'esistenza di un diritto penale del nemico genererebbe uno stato di emergenza a livello nazionale, un diritto penale del nemico a livello internazionale implicherebbe uno *stato di emergenza globale*, in cui non è ravvisabile la distinzione fra diritto dei diritti umani e diritto internazionale umanitario.³⁹⁵ In questo senso, l'uso della forza contro presunti individui provocherebbe una sovrapposizione tra il diritto dei conflitti armati e il diritto penale del nemico, in quanto il nemico non è più un attore internazionale tradizionale, riconosciuto dalla comunità internazionale (uno Stato o un gruppo armato regolare), ma un singolo individuo che sfida l'unico ordine globale legittimo. Dunque, la *war on terrorism* creata dall'amministrazione statunitense rappresenta *in primis* una forma di diritto penale del nemico su scala globale, in quanto si confondono i confini tra pace e guerra, impiantandosi un diritto penale militarizzato che diventa un mero strumento per neutralizzare il nemico nel territorio

³⁹³ In particolare, i Tribunali ordinari si affidavano alla sufficienza giuridica delle accuse, tralasciando la revisione probatoria di tali ordini, rendendo tali violazioni il risultato di un'azione politica. Per quanto riguarda la legislazione penale speciale statunitense fino al 1960, si veda VERVAELE, JOHN. 2005. "The Anti-Terrorist Legislation in the U.S.: *Inter Arma Silent Leges?*". In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 13:201-254, pagg. 208-210.

³⁹⁴ TALLGREN, IMMI. 2002. "The Sensibility and Sense of International Criminal Law". In *European Journal of International Law*, 13:561-595, pag. 578.

³⁹⁵ KRASMANN, SUSANNE. 2007. "The Enemy on the Border: Critique of a Programme in Favour of a Preventive State". In *Punishment & Society* 9: 301-318, pag. 309.

dello Stato.³⁹⁶ Se la guerra diventa una punizione penale, il terrorismo si trasformerà in un crimine di guerra da contrastare con tutta la forza necessaria e appropriata, compresa la negazione di tali garanzie fornite dal diritto internazionale umanitario e dal diritto dei diritti umani.³⁹⁷ La distinzione generale fra *crimini di guerra* e *crimini ordinari* viene abbandonata in favore di un terzo modello ibrido basato sulla *detenzione non-criminale di sospetti terroristi*.³⁹⁸ La stessa logica di eliminazione dei potenziali avversari che si ergono a *nemici* di tutta la società internazionale è anche alla base degli interventi militari condotti in Afghanistan e Iraq. Inoltre, la strategia della guerra preventiva, sul piano internazionale, si connota come diritto penale nazionale da applicare agli stranieri sospettati di essere membri di organizzazioni terroristiche.³⁹⁹ Negli Stati Uniti, in seguito all'adozione del *Military Commissions Act* del 2006, le prove ottenute attraverso specifici livelli di coercizione, proibiti dalle Convenzioni di Ginevra, sono ancora ammissibili nei procedimenti penali.⁴⁰⁰ Tuttavia, in merito alla condizione dei nemici combattenti, negli Stati Uniti è sorto un dibattito rilevante, in quanto, al fine di evitare questioni di giurisdizione, i legami terroristici sono spesso stati classificati come *complotti*. Dunque, seguendo il principio per cui il terrorismo sarebbe un crimine di guerra, anche la cospirazione dovrebbe considerarsi in tal senso.⁴⁰¹ Probabilmente, la fine della *war on terrorism* corrisponderà con il declino di questo *regime penale speciale* impiantato nel sistema giuridico occidentale, la cui principale causa di fallimento

³⁹⁶ DELMAS-MARTY, MIREILLE. 2007. "The Paradigm of the War on Crime: Legitimizing Inhuman Treatment". In *Journal of International Criminal Justice* 5:584-598, pag. 585-586.

³⁹⁷ In particolare, circa le *extraordinary renditions* di individui sospettati di terrorismo, si veda European Parliament, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Doc. 11302 rev., 11 June 2007; European Parliament - (Temporary Committee), *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners*, Doc. A6-9999/2007, 26 January 2007.

³⁹⁸ YIN, TUNG. 2006. "Ending the War on Terrorism One Terrorist at a Time: A Noncriminal Detention Model for Holding and Releasing Guantanamo Bay Detainees". In *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29: 149-212, pag. 182.

³⁹⁹ In proposito, si veda The National Security Strategy of the United States of America, Washington D.C., September 2002, available at <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>. Tale document può trovarsi anche in *National Security Strategy 2006* (The White House, *National Security Strategy of the United States of America*, Washington, D.C., March 2006, in <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf>).

⁴⁰⁰ U. S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Bismullah v. Gates*, Case No. 06-1197; *Parhat v. Gates*, Case No. 06-1397, 3 October 2007.

⁴⁰¹ FICHTELBERG, AARON. 2006. "Conspiracy and International Criminal Justice". In *Criminal Law Forum* 17:149-176, pagg. 160-161.

risiederà nell'impossibilità di inquadramento di un singolo nemico globale che giustifichi una repressione globale attraverso mezzi giudiziari e militari *eccezionali*, in quanto dove vi sia un *nemico pubblico globale* e una comunità politica globale concreta, allora un diritto del nemico *globale* avrebbe rappresentato il giusto strumento per reprimere il terrorismo internazionale, così come il diritto penale speciale e la dichiarazione di uno stato di emergenza a livello nazionale rappresentano gli strumenti ordinari per combattere il terrorismo medesimo.⁴⁰² I risultati militari e politici della *war on terrorism* rivelano uno scenario internazionale frammentato, non ascrivibile a un ordine globale stabile, in quanto si rinviene una natura multiforme del fenomeno terroristico, e non una natura giuridica monolitica, avendo ad oggetto obiettivi e presupposti divergenti fra loro. Tuttavia, se il diritto penale si trasforma in un mero strumento ideologico, politicamente modificato, esso non raggiunge l'obiettivo di reprimere la condotta criminosa al fine di tutelare il consesso sociale; tuttavia, quest'approccio si abbandonerebbe rapidamente se si tornasse a concepire il terrorismo internazionale come un fenomeno criminale "ordinario".⁴⁰³ Pertanto, l'obiettivo dovrebbe essere evitare un approccio inquisitorio che svilisca la dignità dell'individuo, ma un'armonizzazione giuridica che rispetti le condizioni dell'individuo all'interno di un conflitto armato, uno stato d'emergenza o una situazione di pace, rinunciando a istituire uno *status* giuridico volto unicamente a reprimere l'individuo più che la colpa, e svilendo i presupposti di una comunità internazionale volta alla pace e all'ordine internazionale.

⁴⁰² SLAUGHTER, ANNE-MARIE. 2002. "Beware the Trumpets of War: A Response to Kenneth Anderson". In *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25: 965-976, pag. 972.

⁴⁰³ ANDERSON, KENNETH. 2002. "What to do with Bin Laden and Al-Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base". In *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25:591-634, pag. 634. In proposito, l'Autore stabilisce che "the determination that someone is an enemy of the United States, and therefore subject to this forum for trying their alleged criminality – is a political, not a judicial, decision. Judges determine who is guilty of a crime. Political authorities determine the identity of our nation's enemies."

Conclusioni

1. Il percorso di umanizzazione del diritto dei conflitti armati

Le condizioni di un equilibrio della comunità internazionale poggiano sul bilanciamento fra diritti umani e diritto umanitario, al fine di impedire un dissesto strutturale del diritto internazionale convenzionale e dei principi del diritto internazionale generale. In particolare, i trattati sui diritti umani rappresentano uno strumento giuridicamente affidabile per lo stravolgimento dei confini nazionali al fine di garantire una focalizzazione sulle garanzie necessarie all'individuo in quanto tale, eliminando requisiti soggettivi che, in relazione al diritto umanitario, delimitano la priorità al fine di una tutela necessaria in casi straordinari e urgenti. Nonostante il diritto umanitario limiti la completa protezione dei diritti dell'uomo, entrambi i *corpora* normativi condividono un nocciolo duro di valori e principi comuni, che consentono un reciproco supporto giuridico verso individui e parti in conflitto.

Specificamente, la volontà reciproca dei sistemi giuridici di tutelare principalmente la persona e di trovare un'applicazione extraterritoriale implica la sussistenza di una reciproca permeabilità.⁴⁰⁴ È necessario, tuttavia, evidenziare una rigida divergenza in merito al principio di distinzione e al principio di proporzionalità, da considerarsi essenziali nel diritto umanitario, ma discriminatori nel diritto dei diritti umani: la

⁴⁰⁴ In proposito, la posizione assunta dal Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia ha riconosciuto al diritto internazionale dei diritti umani un ruolo particolarmente rilevante in merito all'interpretazione e all'integrazione delle norme di diritto umanitario. In questo senso, nel caso *Kajelijeli* è stato affermato che "The Appeals Chamber will rely upon the relevant provisions found in the sources of law for this Tribunal, i.e., its Statute, the Rules and customary international law as reflected inter alia in the International Covenant on Civil and Political Rights [...]. The Appeals Chamber will also refer to the relevant provision found in regional human rights treaties as persuasive authority and evidence of international custom, namely, the African Charter on Human and Peoples' Rights [...], and the American Convention on Human Rights." In proposito, si veda International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kajelijeli*, Appeals Chamber, May 23, 2005, par. 209; In relazione al caso *Kuranac*, il Tribunale ha stabilito che "Because of the paucity of precedent in the field of international humanitarian law, the Tribunal has, on many occasions, had recourse to instruments and practices developed in the field of human rights law. Because of their resemblance, in terms of goals, values and terminology, such recourse is generally a welcome and needed assistance to determine the content of customary international law in the field of humanitarian law. With regard to certain of its aspects, international humanitarian law can be said to have fused with human rights law." In proposito, si veda International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kuranac et al.*, Trial Chamber, February 22, 2001, par. 467.

tutela garantita agli individui coinvolti nei conflitti armati dal diritto internazionale umanitario risulta funzionale alla garanzia degli interessi degli Stati e, in misura minore, delle organizzazioni non-statali che mirano ad un riconoscimento di belligeranza effettivo o virtuale. La distinzione fra situazione di pace e situazione di conflitto armato risulta ormai desueta, soprattutto nella sua applicazione all'interno dei conflitti armati interni e nelle operazioni di *peace-enforcement*. La linea di demarcazione tracciata – da una parte lo *jus pacis* e dall'altra parte lo *jus in bello* – si giustifica come dispositivo che sottrae alle regole del diritto bellico la decisione politica dello Stato di ricorrere all'uso della forza, una decisione assolutamente isolata volta a delimitare la condotta delle ostilità attraverso un criterio convenzionale.⁴⁰⁵ La necessità di un'armonizzazione risulta costantemente minacciata dai presupposti applicativi, nonostante i principi fondamentali su cui si fondano i due sistemi giuridici garantiscano una convergenza di obiettivi. Specificamente, il *principio di specialità* risulta essere l'elemento discordante, nonostante sia possibile sostenere che la specialità del diritto internazionale umanitario non deve essere intesa quale limitazione dei diritti dell'uomo e, in particolare, del diritto alla vita, ma da presupposti e ragioni che rinviano alla *necessità militare* o, addirittura, alla *ragion di Stato*, demarcandosi una logica estranea a quella dei diritti umani. Infatti, il criterio di specialità opera nell'ambito di sistemi normativi caratterizzati geneticamente e teleologicamente in modo omogeneo e, pertanto, la sua applicazione a sistemi giuridici parzialmente sovrapponibili dal punto di vista funzionale implica conseguenze confliggenti fra essi.

La questione principale in merito all'interazione resta legata al fatto che la differenza possa essere semantica e contestuale, rendendosi palese la *specificità* di ciascun regime. Attraverso il diritto umanitario, l'immagine dell'individuo è quella di un soggetto necessariamente e dialetticamente collegato ad uno Stato designato o a un gruppo. Si potrebbe considerare il diritto umanitario come un sistema giuridico che, fornendo *standards* di comportamento verso quei soggetti che detengono

⁴⁰⁵ In proposito, si veda KOLLER, DAVID S. 2005. "The moral imperative: toward a Human Rights-Based Law of War." In *Harvard International Law Journal* 46: 248. L'Autore specifica che "The same decision to attack another side's forces might be considered a matter of either *jus ad bellum* or *jus in bello*. In the abstract, all that determines whether two abstract entities are considered to be in a legal relationship of war or peace before the attack and whether the attack has transformed this relationship."

il potere sulle persone bisognose di protezione, a titolo di obblighi individuali che riflettono esigenze di ordine pubblico. Dunque, occorrerebbe chiedersi se il quadro normativo del diritto umanitario possa essere considerato come fonte di ispirazione per lo sviluppo di norme sui diritti umani, ovvero se sia possibile contemplare un sistema di diritti umani che imponga obblighi agli individui.

2. Prospettive di armonizzazione nel rapporto tra diritti umani e diritto umanitario

Il percorso di ricerca relativo agli effetti dell'interazione fra diritti umani e diritto umanitario non è indirizzato alla mera regolamentazione del diritto dei conflitti armati, ma abbraccia un obiettivo più generale, ovvero l'equilibrio giuridico della comunità internazionale. Il punto di partenza, ovvero l'argomentazione della *ratio* su cui poggia l'esistenza del diritto umanitario come sistema parallelo al diritto dei diritti umani, ha permesso di descrivere preliminarmente le radici storico-giuridiche, al fine di individuare l'intento della comunità internazionale di regolamentare (e giustificare) un sistema giuridico volto a stabilire le regole su cui garantire un uso della forza regolamentato. Specificamente, attraverso questo percorso iniziale, è stato possibile effettuare un'analisi circa i principi fondamentali su cui poggia il diritto dei conflitti armati, al fine di cristallizzare una dimensione giuridica della guerra, rendendola parte del diritto. Specificamente, il *principio di umanità* determina il confine invalicabile relativamente all'uso della forza, rendendo necessaria la regolamentazione del fenomeno bellico attraverso specifici *pilastri* e, in particolare, l'articolazione del diritto umanitario come naturale evoluzione del diritto delle genti. In questo senso, la *dottrina della necessità militare* rappresenta un ulteriore principio fondamentale, volto a regolamentare e a contenere l'utilizzo arbitrario della forza: entrambi i principi raggiungono un compromesso dialettico reciproco, volto ad equilibrare e reprimere l'uso arbitrario della forza bellica, attraverso un rapporto di interazione fra diritti umani e diritto umanitario. Dal punto di vista semantico, l'analisi relativa ai termini "umano" e "umanitario" risulta pregnante, in quanto quest'ultimo termine, usato specificamente per contraddistinguere uno specifico ambito del diritto internazionale, indica una finalità precisa, ovvero proteggere l'individuo in tempo di guerra o in pericolo di guerra, cercando di ridurre al minimo le conseguenze negative che potrebbero

essere prodotte da armamenti non controllati e da un conflitto armato condotto senza regole. Tuttavia, l'irrompere del diritto dei diritti umani come esigenza etico-giuridica rappresenta la contrapposizione di principi e regole, parallele rispetto al diritto umanitario, volti a regolamentare la condizione dell'individuo in quanto essere umano come assoluta e invalicabile, a prescindere da qualunque evento o fattore esterno che possa pregiudicarne l'esistenza stessa. Pertanto, a partire dalla *ratio* dei sistemi giuridici in esame, risulta evidente un contrasto semantico, sulla base del fatto che la tutela dell'individuo risulta scissa in un due contesti giuridici differenti: il tempo della pace e il fenomeno bellico.

Ciò considerato, l'analisi ha evidenziato la questione dell'applicazione extraterritoriale dei diritti umani, con particolare riferimento alla giurisdizione, al fine di stabilire quale approccio debba adottarsi rispetto all'applicazione del diritto umanitario quando vi sia in corso un conflitto bellico. Specificamente, la conclusione di tale analisi è che l'«effettivo controllo», avente ad oggetto un nesso immediato e diretto tra l'autorità statale e l'individuo, rappresenta l'elemento cardinale attorno al quale troverà fondamento la giurisdizione statale e, di conseguenza, quella del competente organo giurisdizionale internazionale. In questo senso, in situazioni di crisi interna o internazionale, la sussistenza o meno di un conflitto armato, capace di affermare la predominanza del diritto internazionale umanitario nel sottrarre spazio ai diritti dell'uomo, rimane quindi la prima condizione da accertare in via pregiudiziale.

Successivamente, è stato necessario soffermarsi sulla questione dello stato d'emergenza, fenomeno rispetto al quale il rapporto fra diritti umani e diritto umanitario pone particolari questioni e problematiche sostanziali e procedurali. Infatti, il quesito principale da sottolineare era stabilire se, in seguito all'attivazione di un meccanismo di deroga ai diritti umani, potesse considerarsi applicabile il diritto internazionale umanitario. Tale questione non era di natura meramente teorica, in quanto il diritto umanitario offre una protezione addizionale al regime del Patto, nonché inderogabile. Infatti, l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra prevede, in ogni circostanza, la tutela degli individui, senza alcuna distinzione sfavorevole, che non partecipano direttamente alle ostilità, superando nettamente il divieto imposto in caso di deroga. In altre circostanze, le norme di diritto umanitario, applicate in luogo dei diritti umani, abbasserebbero il livello di tutela stabilito da questi ultimi.

In questo senso, tale meccanismo fornirebbe i presupposti di un'omissione nell'applicazione del diritto dei diritti umani, rendendo ogni altro principio funzionale a tale regola. Pertanto, lo stato d'emergenza si considera fenomeno responsabile dello *stato di eccezione*, basato su un sistema giuridico negativo, avente ad oggetto la "non applicazione" di norme. Alla luce di tale modello giuridico, si creerebbe un sistema parallelo, cioè l'ipotesi di un meccanismo di controllo alternativo all'ordinario che legittima qualsiasi eccezionalità, rendendolo uno strumento "normale". Dunque, occorre chiedersi se sia auspicabile una repressione dello stato di emergenza, considerandolo, a ragion veduta, un sistema pregiudizievole *in toto*, oppure se sia necessario concepire un sistema giuridico parallelo, considerando possibile e, addirittura, auspicabile, circoscrivere tale fenomeno all'interno di un modello giuridico convenzionale (*jus ad tumultum* e *jus in tumultu*), che consenta di regolamentare e disciplinare ogni fase di tale fenomeno giuridico.

Successivamente, l'analisi relativa alla mutazione giuridica dell'individuo nel diritto dei conflitti armati ha permesso di focalizzare incongruenze e contraddizioni nella tutela dell'essere umano in quanto tale attraverso il rapporto tra diritti umani e diritto umanitario. In particolare, l'incapacità della comunità internazionale di considerare l'individuo sempre e soltanto come tale, evitando qualunque possibile qualificazione socio-giuridica funzionale a un fenomeno storico o politico ha comportato il sorgere di principi e norme giuridiche, soprattutto nel diritto internazionale convenzionale, tali da garantire una tutela giuridica soltanto attraverso il riconoscimento di uno *status* da parte dell'individuo. Alla luce di tale considerazione preliminare, il percorso di armonizzazione risulta essere il punto di arrivo di una necessaria analisi relativa alla *soggettività giuridica* dell'individuo nella comunità internazionale, volta a individuare il rapporto giuridico sostanziale fra Stato e individuo nell'ottica internazionalistica e, parallelamente, nella teoria del diritto. In proposito, non è errato sostenere il diritto internazionale umanitario uno strumento giuridico per il riconoscimento di una soggettività giuridica dell'individuo, proprio in virtù dei limiti imposti agli Stati nella conduzione di un fenomeno bellico, nonostante sussistano, al contempo, limiti alla tutela giuridica proposta in merito alla qualificazione dell'individuo al fine della sua tutela. Tuttavia, se si considerano, specificamente, *cittadini, combattenti, prigionieri di guerra* e

terroristi, è possibile scorgere la complessità della questione in esame, soprattutto se si intende accertare l'unicità dell'individuo in quanto essere umano. In questo senso, la ricerca dell'armonizzazione del rapporto fra diritti umani e diritto umanitario deve basarsi su equilibrio raggiungibile attraverso una concezione dell'individuo come destinatario invalicabile di una tutela giuridica assoluta e rigida, indipendente da fenomeni esterni o qualificazioni soggettive specifiche. Tuttavia, è opportuno precisare che tale evoluzione giuridica non può non trovare ostacoli, principalmente rispetto alle conseguenze dell'interazione fra i sistemi giuridici in esame, le cui specificità impediscono effetti unitari, ma spaziano dalla convergenza, alla specialità fino al metodo integrazionista.

Inoltre, sulla base dell'architettura giuridica descritta e delle problematiche sottese all'ambito dei diritti umani in tempo di guerra, occorre evidenziare l'instaurazione della *guerra asimmetrica* come conseguenza della degenerazione strutturale dei conflitti armati. In particolare, la guerra asimmetrica può definirsi come un conflitto armato classico nel quale due Stati di forza più o meno equivalente si affrontano in un combattimento aperto.⁴⁰⁶ In questo senso, l'instaurazione della guerra asimmetrica rappresenta una distorsione dell'equilibrio giuridico stabilito dal diritto dei conflitti armati, partendo dal presupposto che le *parti* del conflitto sono eterogenee, essendo attori statali o non, attraverso l'utilizzo di forze impari, equipaggiati diversamente, e supportate dall'impiego di mezzi e metodi differenti, nonché contrassegnati da obiettivi distinti. Alla luce di tale categoria giuridico-politica, l'irrompere di fenomeni bellici *post-moderni* determina un dissesto principalmente ricollegabile a mutazioni giuridiche e geopolitiche, tali da impedire un'interazione controllata e controllabile di sistemi giuridici come il diritto dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario, soprattutto se si pensa alle complessità di simili fenomeni nella loro individuazione

⁴⁰⁶ In particolare, si veda PFANNER, TONI. 2005. "Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action". In *International Review of the Red Cross* 87: 149-174. In particolare, l'Autore evidenzia la sussistenza di una disparità relativa a tutti gli elementi che contrassegnano il conflitto armato "tradizionale", evidenziando una violazione del principio di uguaglianza delle parti in conflitto, ovvero la sussistenza di un ordine equilibrato in merito a soggetti del conflitto, strumenti e obiettivi perseguiti.

giuridica.⁴⁰⁷ Dunque, si può affermare con certezza la necessità di un nuovo umanesimo giuridico, partendo dall'impossibilità di differenziare l'individuo in categorie giuridiche e, parallelamente, stabilire in che modo il conflitto armato debba essere definito giuridicamente, qualora si manifestino conflitti armati *tout court*, stati di emergenza e guerre asimmetriche, al fine di evitare un possibile pregiudizio all'individuo in funzione di lacune giuridiche dovute a un mancato aggiornamento dei *corpora* normativi fondamentali.

⁴⁰⁷ In particolare, per un approfondimento sui conflitti post-moderni, si veda DUFFIELD, M. 2004. *Guerre postmoderne. L'aiuto umanitario come tecnica politica di controllo*. Editrice Il Ponte: Bologna. Specificamente, l'Autore sottolinea che i nuovi conflitti interni sono progetti razionali che creano nuovi assetti politici, sociali ed economici. Tali conflitti comportano la costruzione di nuove forme statuali e nuovi sistemi politici, in cui il rapporto tra cittadini e potere non è più mediato dalle istituzioni dello Stato di diritto e dalle garanzie del *welfare*, ma dall'appartenenza etnonazionale e dal partenalismo autoritario dei leader etnici e dei signori della guerra: tale scenario prevede un sistema economico-politico basato su una ricchezza prodotta attraverso una diffusa instabilità in cui agiscono reti affaristico-mafiose che controllano i traffici transfrontalieri. In particolare, mette conto analizzare la differenza fra "emergenze politiche complesse" e "transizione", avanzata per delineare il passaggio dei paesi dell'est europeo dai sistemi socialisti al modello politico liberal-democratico. A tal proposito, occorre principalmente specificare che non ci si trova dinanzi a Stati catalogabili come "weak" o "failed", ma ad adattamenti flessibili e di lungo periodo alla globalizzazione. L'instabilità politica prodotta dalle nuove guerre, dai conflitti interni e dalla violenza politica non è uno Stato transitorio o di emergenza.

Bibliografia

- ABI-SAAB, GEORGES. 1999. "International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law". In *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo & Tahar Boumedra eds. 649-650;
- ABRESCH, WILLIAM. 2005. "A Human Rights Law of Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya". In *European Journal of International Law*;
- ACKERMAN, BRUCE. 2004, "The Emergency Constitution". In *Yale Law Journal*, pp. 1029-1091;
- AGAMBEN, GIORGIO. 2005. *State of exception*. The University of Chicago Press: Chicago;
- AGAMBEN, GIORGIO. 2003. *Stato di eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri;
- ALDRICH, GEORGE. 1996. "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law". In *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, pp. 851-858;
- AL-SHĀDHĪKĪ 'UTHMĀN, M. 2003. *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Edition Iuscrim: Friburgo;
- ANDERSON, KENNETH. 2002. "What to do with Bin Laden and Al-Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base". In *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25:591-634;
- ANTONOPOULOS, NICOLAS. 1967, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*. Leyden: Sijthoff;
- ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA. 2001. "The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration". In *Revue Européenne de Droit Public*, 13: 1161-1193;
- ARANGIO-RUIZ, GAETANO. 1951. *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè: Milano, 250 ss.;
- ARCARI, M. 2006. *La responsabilità internazionale*. In SCOVAZZI, T. (a cura di) 2006. *Corso di diritto internazionale*. Milano;

ARNOLD, ROBERTA. 2009. *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*. Brill: Leyda;

BROWNLIE, IAN. 1964. "The Place of the Individual in International Law". In *Virginia Law Review* 50 ;

BAER, HELMUT DAVID - CAPIZZI, JOSEPH. 2005. "Just War Theories Reconsidered. Problems with Prima facie Duties and the Need for a Political Ethic". In *Journal of Religious Ethics*, 1;

BALLADORE-PALLIERI, GIORGIO. 1954. *Diritto bellico*. CEDAM: Padova;

BALDISSARA, LUCA - PEZZINO, PAOLO. 2009. *Il massacro. Guerra ai civili a Monte Sole*. Bologna: Il Mulino;

BARTOLINI, GIULIO. 2007. "Le eliminazioni mirate di appartenenti a gruppi terroristici al vaglio della Corte suprema di Israele". In *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, pp. 623-698;

BAXTER, RICHARD R. 1951. "So called 'unprivileged belligerency': spies, guerrillas, and saboteurs". In *British Year Book of International Law* 28: 323-328.

BENAZZO, ANTONELLA. 2004. *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*. Torino: Giappichelli;

BENNOUNE, KARIMA. 2004. "Towards a Human Rights Approach to Armed Conflicts: Iraq 2003". In *University of California Davis Journal of International Law & Politics*, 11: 171-228;

BERMAN, HAROLD. J. 1983. *Diritto e Rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*. Il Mulino:Bologna;

BESSON DE VEZAC, MARIE-PIERRE. 1997. "Les sanctions des violations des conventions de Genève du 12 aout 1949". In *Droit et Defense* 3:4;

BOBBIO, NORBERTO. 2009. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Il Mulino: Bologna;

BONETTI, PAOLO. 2006. *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*. Bologna: Il Mulino;

BONINI, CARLO. 2004. *Guantanamo. Usa, viaggio nella prigione del terrore*, Einaudi: Torino;

BORELLI, SILVIA. 2005. "Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror". In *The International Review of the Red Cross*, vol. 87, no. 857;

BOSSUYT, MARC. 1975. "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économique, sociaux et culturels". In *Revue des droits de l'homme*, p. 783;

BOURQUIN, FABIEN. 1954 "La position de l'individu dans l'ordre juridique international". In *Revue internationale de la Croix-rouge*, 36: 973-988;

BROWNLIE, IAN. 1998. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press:Oxford, p.

BUERGENTHAL, THOMAS. 1997. "The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights". In *Human Rights Quarterly* 19;

BUERGENTHAL, THOMAS. 1981. *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*. In *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, 72.

BUFFARD, ISABELLE - CRAWFORD JAMES - PELLET ALAIN - WITTICH, STEPHAN. 2007. *International law between universalism and fragmentation*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden;

BUFFARD, ISABELLE - HAFNER, GERHARD. 2007. "Risques et fragmentation en droit international". In *L'Observateur des Nations Unies* 22: 29-56;

CAMERON, IAN. 2000, *National security and the European Convention on Human Rights*. Kluwer Law International: The Hague, 2000;

CANSACCHI, GIORGIO. 1957. *Nozioni di diritto internazionale bellico*. Giappichelli: Torino;

CARLIZZI, GAETANO - DELLA MORTE, GABRIELE - LAURENTI, SILIANA - MARCHESI, ANTONIO. 2003. *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli: Vivarium;

CARNAHAN, BURRUS. 1998. *Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*. In *The American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2.

CASSESE, A. 2006. *Diritto internazionale*. Il Mulino: Bologna;

CASSESE, ANTONIO. 2004. *Diritto internazionale*. Bologna: Il Mulino;

CASSESE, ANTONIO-GAETA, PAOLA-JONES, JOHN. 2002. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.;

CASSESE, ANTONIO. 2000. "The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?". In *European Journal of International Law* 11, 1: 187-216;

CASSESE, ANTONIO. 1999. "Ex iniuria ius oritur: Are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?". In *European Journal of International Law*, 10, 1, 1999

CASSESE, ANTONIO. 1999. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma: Laterza, pp. 78-79.

CASSESE, ANTONIO. 1999. "Ex iniuria jus oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Counter-measures in the World Community?". In *European Journal of International Law*, pag. 23;

CASSIDY, JULIE. 2004. "Emergence of the Individual as an International Juristic Entity: Enforcement of International Human Rights". In *Deakin Law Review* 9.: 534-554;

CATALDI, GIUSEPPE. 2006. "Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza". In *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*;

CATALDI, GIUSEPPE. 2001. *Art. 15. Deroga in caso di stato d'urgenza*. In *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam;

CHADWICK, ELISABETH. 1996. *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Boston: M. Nijhoff;

CHAYES, ABRAM - HANDLER CHAYES, ANTONIA. 1995. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press: Cambridge;

CHETAIL, VINCENT. 2003. "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, pp. 235-269;

CHIESA, GIULIETTO. 2002. *La guerra infinita*. Feltrinelli: Milano;

- CHOMSKY, NOAM. 2000. *Rogue States. The rule of force in world affairs*. South End Press: Cambridge;
- CIPRIANI, FRANCO. 1991. "Regolamento di giurisdizione (I) Diritto processuale civile". In *Enciclopedia giuridica XXVI*: 1 ss.
- CLARK AREND, A. 2002. *International Law and Rogue States: The Failure of the Charter Framework*. *New England Law Review*, 36;
- COLOMBO, ALESSANDRO. 2007. "La guerra al terrore e la nuova forma della guerra". In *Quaderni di Relazioni Internazionali* 5:77-93
- CONFORTI, BENEDETTO. 2006. *Diritto internazionale*. Editoriale Scientifica: Napoli;
- CONFORTI, BENEDETTO. 1953. "Sul 'rimpatrio' dei prigionieri coreani". In *Rassegna di diritto pubblico*;
- CRAWFORD, JAMES – PELLET, ALAIN – OLLESON, SIMON. 2010. *The law of international responsibility*, New York: Oxford University Press;
- CRIDDLE, EVAN - FOX-DECENT, EVAN. 2012. "Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law". In *Human Rights Quarterly*, 34;
- DAVID, ÉRIC. 1998. *Principes de droit des conflits armés*. Bruyant:Bruxelles;
- DEEKS, ASHLEY. 2007. "Administrative detention in armed conflicts". In *Case Western Journal of International Law*;
- DELMAS-MARTY, MIREILLE. 2007. "The Paradigm of the War on Crime: Legitimizing Inhuman Treatment". In *Journal of International Criminal Justice* 5:584-598;
- DÉRENS, JEAN-ARNAULT. 2006. *Kosovo, année zéro*, Paris: Editions Paris-Méditerranée;
- DERRIDA, JACQUES. 2003. *Stati canaglia*, Raffaello Cortina Editore:Milano;
- DETER DE LUPIS, I. 1987. *The Law of War*. Cambridge: Cambridge University Press;
- DE SENA, PASQUALE - VITUCCI, MARIA CHIARA. 2009. "European Courts and Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values". In *European Journal of International Law* 20: 193-228;

- DE SENA, PASQUALE. 1999. "Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale". In *Ragion Pratica*, 7: 13;
- DE COCK, CHRIS. 2011. "Operation Unified Protector and the Protection of Civilians in Libya". In *Yearbook of International Humanitarian Law* 14;
- DE LA RASILLA DEL MORAL, IGNACIO. 2007. "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine". In *German Law Journal*, vol. 7, no. 6, p. 611-623.
- DE SCHUTTER, OLIVIER. 2006. "Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights". In *Baltic Yearbook of International Law*;
- DINSTEIN, YORAM. 2004, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press;
- DONNELLY, JACK. 1998. *International Human Rights*. Westview Press: Boulder;
- DOWNEY JR., WILLIAM GERALD. 1953. "The Law of War and Military Necessity". In *American Journal of International Law* 47: 251-262.
- DRAPER, GERALD. 1973. "Military Necessity and Humanitarian Imperatives". In *Reveu de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 12: 129;
- DROEGE, CORDULA. 2008. "Elective affinities? Human Rights and Humanitarian Law". In *The International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871;
- DROEGE, CORDULA. 2007. "The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict". In *Israel Law Review*, no. 40, pp. 310-355.
- DUFFIELD, MARK. 2004. *Guerre postmoderne. L'aiuto umanitario come tecnica politica di controllo*. Editrice Il Ponte: Bologna;
- EBOLI, VALERIA. 2010. *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*. Giuffrè: Milano;
- EDWARDS, GEORGE. 2010. *Attributes of Successful Human Rights Non-Governmental Organizations (NGOs) – Sixty Years After the 1948 Universal Declaration of Human Rights*. In CHOWDHURY, AZIZUR RAHMAN.- JAHID

- HOSSAIN BHUIYAN, Md. (edited by). *An Introduction to International Human Rights Law*. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden;
- EIDE, ASBJÖRN. 1988. "International Disturbances and Tensions". In *International Dimensions of Humanitarian Law*;
- ELKINS, CAROLINE. 2005. *Britain's Gulag: The Brutal End of Empire in Kenya*, London: Jonathan Cape Publisher;
- ERGEÇ, RUSAN. 1987, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles: étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Éditions Bruylant;
- EWING, KEITH. 2007. "The political constitution of emergency powers: a comment". In *International Journal of Law in Context*, 3: 313-318.
- FEDERICI RENATO. 2010. *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Editoriale Scientifica: Napoli;
- FENRICK, WILLIAM. 2003. "The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View from the Outside". In *Yearbook of International Humanitarian Law* 3:53-66.
- FERRAJOLI, LUIGI. 2008. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Laterza: Roma;
- FERRAJOLI LUIGI. 1995. *La sovranità nel mondo moderno*. Milano: Laterza.
- FERRANTE, EZIO. 2003. "Conflitti armati e diritto umanitario". *Affari sociali internazionali*, 3: 169-179.
- FICHTELBERG, AARON. 2006. "Conspiracy and International Criminal Justice". In *Criminal Law Forum* 17:149-176
- FIORILLO MARIO. 2009. *Guerra e diritto*. Laterza: Bari-Roma;
- FITZPATRICK, JOAN. 1994, *Protection against Abuse of the Concept of "Emergency"*. In *26 Studies in Transnational Legal Policy*;
- FITZPATRICK, JOAN. 1994. *Human Rights in crisis. The international system for protecting rights during states of emergency*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press
- FLECK, DIETER. 2009, *The Handbook of International Humanitarian Law*. New York: Oxford University Press

- FLECK, DIETER. 1998. "The Role of Individuals in International Humanitarian Law and Challenges for States in Its Development". *International Law Studies*, 71:119-139.
- FREUND, JULIEN. 1978. "Vue d'ensemble sur l'oeuvre de Carl Schmitt". In *Revue européenne des sciences sociales*, 44: 7-38;
- FULLER, LON. 1964. *The morality of law*. Yale University Press: Yale;
- GAGGIOLI, GLORIA-KOLB ROBERT. 2007. "A right to life in Armed Conflict? The Contribution of the European Court of Human Rights". In *Israel Yearbook on Human Rights*;
- GALETTA, DIANA. 1999. "Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio". In *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*;
- GENESIO, UGO. 2009. *Le leggi dell'umanità*, Milano: Edizioni Nagard;
- GEWIRTH, ALAN. 1982. *Human Rights: essays on justification and application*. The University of Chicago Press: Chicago;
- GIARDINA ANDREA. 2004. *Diritto internazionale ed uso della forza*. Giappichelli: Torino;
- GOLDSMITH, JACK. L.-POSNER, ERIC. A. 1998. "A Theory of International Customary Law. In *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 63*;
- GÓMEZ-JARA, CARLOS. 2008. "Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law". In *Buffalo Criminal Law Review*.
- GREPPI, EDOARDO. 1996. "Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza". *La comunità internazionale*.
- GREPPI EDOARDO. 2001. *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*. UTET:Torino;
- GREPPI, EDOARDO-VENTURINI, GABRIELLA. 2003. *Codice di diritto internazionale umanitario*. Torino: Giappichelli;
- GREPPI, EDOARDO. 2006. *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*. In PINESCHI, LAURA (a cura di). *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, pp. 801-821.

GREPPI, EDOARDO. 2007. "I prigionieri di guerra". In *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale. Relazioni al ciclo di conferenze* (a cura di IRINI PAPANICOLOPULU-TULLIO SCOVAZZI), pagg. 13-40.

GREPPI, EDOARDO. 2004. "Corte Penale Internazionale". In *Digesto delle discipline pubblicistiche*;

GREPPI, EDOARDO. 1999. "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law". In *International Review of the Red Cross* 835:531-553.

GROSS, OREN - NÌ AOLÁIN, FIONNUALA. 2006. *Law In Times Of Crisis. Eemergency Powers In Theory And Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

GROSS, OREN. 2003, "Chaos and Rules: should responses to Violent Crises Always be Constitutional?". In *Yale Law Journal*, Vol. 112

GROSS, OREN. 1998. "Once more unto the breach": the systematic failure of applying the European Convention on Human Rights to entrenched emergencies". In *The Yale Journal of International Law*, vol. 23, pp. 437-501;

GROSSMAN, CLAUDIO. 1986. "A Framework for the examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights". In *American University International Law Review*, Vol. 1, Issue 1;

GUELLALI, AMMA. 2007. "Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme: leur interaction dans les nouveaux conflits armés". In *Revue générale de droit international public*, 111: 539-574.

GUZMAN, ANDREW T.-MEYER, TIMOTHY L. 2010. "International Soft Law". In *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, No. 1;

HAFNER-BURTON, EMILIE - HELFER, LAURENCE - FARISS, CHRISTOPHER. 2011. "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties". In *International Organization*, Vol. 65;

HALL, WILLIAM. 1924. *A Treatise on International Law*. Oxford: Clarendon Press, 8th ed.;

HAMALENGWA, MUNYONZWE. - CEES, FLINTERMAN - DANKWA EMMANUEL VICTOR OWARE. 1988. *The International Law of Human Rights in Africa: Basic Documents and Annotated Bibliography*. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden, Vol. 88.;

HAMALENGWA, MUNYONZWE. – CEES, FLINTERMAN - DANKWA EMMANUEL VICTOR OWARE. 1988. *International Law of Lagos - Law of Human Rights in Africa*. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden;

HAMPSON, FRANÇOISE. 2008. "The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871;

HARTMAN, JOAN. 1981. "Derogations from Human Rights Treaties in Public Emergencies". In *Harvard International Law Journal*, vol. 22, no. 1;

HAYASHI, NOBUO. 2013. "Military Necessity ad Normative Indifference". *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2, pp. 675-782;

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. 1998. *Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di V. Cicero). Milano: Rusconi;

HELLER, KEVIN JON. 2011. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, New York: Oxford University Press;

HENCKAERTS, JEAN-MARIE – DOSWALD-BECK, LOUISE. 2005. *Customary International humanitarian law*, Cambridge: Cambridge University Press;

HENCKAERTS, JEAN-MARIE. 2005. "Study on customary international law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict". In *The International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857;

HENKIN, LOUIS. 1977. *Human Rights and Domestic Jurisdiction*. In *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*. New York: University Books;

HENRIKSEN, THOMAS. 2001. "The rise and decline of Rogue States". In *Journal of International Affairs*, 54: 2;

HERCZEGH, GÉZA. 1984. "State of Emergency and Humanitarian Law – On Article 75 of Additional Protocol I". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 24, pp. 263-273;

HICKMAN, TOM. 2005, "Between Human Rights and the Rule of Law: Indefinite Detention and the Derogation Model of Constitutionalism". In *The Modern Law Review Limited*, Vol. 68, No. 4;

HIGGINS, ROSALYN. 1976-77. "Derogations under Human Rights Treaties". In *British Yearbook of International Law*, Vol. 48, pp. 281-320;

HIRSCHL, RAN. 2000. "'Negative' Rights vs. 'Positive' Entitlements: A Comparative Study of Judicial Interpretations of Rights in an Emerging Neo-Liberal Economic Order". In *Human Rights Quarterly* 22:1060-1098;

HOBBS, THOMAS. 1987. *Leviatano*, La Nuova Italia, Firenze, cap. XXVIII;

HOFFMANN-REMY, ULRICH. 1976, *Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8 - 11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Duncker & Humblot;

HUTCHINSON, MICHAEL. 1999. "The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights". In *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, no. 3, p. 638-650;

JAKOBS, GÜNTHER. 2004. "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht". In *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* 5:88-95; JAKOBS, GÜNTHER. 1985. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung". In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97:751-785;

JONES, JOHN R. W. D.-POWLES, STEVEN. 2003. *International criminal practice: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The International Criminal Court, The Special Court for Sierra Leone, The East Timor Special Panel for Serious Crimes, War Crimes Prosecutions in Kosovo*, New York: Oxford University Press;

KALDOR, MARY. *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*, Cambridge:Polity Press, 2006;

KANT IMMANUEL., 2003. *Per la pace perpetua* (a cura di Laura Tundo Ferente). BUR: Milano;

KALSHOVEN, FRITS. 1991. "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I and Beyond". In *International Comparative Law Quarterly*, pagg. 827 ss.;

KATAYANAGI, MARI. 2002. *Human rights function of peacekeeping operations*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden;

KÉALIN, WALTER. - KÜNZLI, JÖRG. 2009. *The Law of International Human Rights Protection*. New York: Oxford University Press;

- KEEGAN, JOHN. 1993. *A History of Warfare*. Pimlico: London;
- KELSEN, HANS. 2000. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Einaudi: Torino;
- KIRSNER, MATTHEW. 1996. "Consumer's Union of U.S., Inc. v. Kissinger: a Domestic Response to Soft Law in the International Normative System". In *Journal of International Legal Studies*, no. 2;
- KLABBERS, JAN. 2003. "Rebel with a cause? Terrorists and Humanitarian Law". In *European Journal of International Law*, 14:2, 299-312;
- KOOIJMANS, PETER. 1991. "In the Shadowlands between Civil War and Civil Strife: Some Reflections on the Standard-Setting Process". In: DELISSEN, ASTRID - TANJA, GERARD. 1991. *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Boston, Nijhoff;
- KOLLER, DAVID S. 2005. "The moral imperative: toward a Human Rights-Based Law of War." In *Harvard International Law Journal* 46;
- KRASMANN, SUSANNE. 2007. "The Enemy on the Border: Critique of a Programme in Favour of a Preventive State". In *Punishment & Society* 9: 301-318
- LAHMANN, HENNING. 2009. "The Israeli Approach to Detain Terrorist Suspects and International Humanitarian Law: The Decision Anonymous v. State of Israel". In *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 69:347-364.
- LAZAR, NOMI CLAIRE. 2009. *States of Emergencies in Liberal Democracies*. New York: Cambridge University Press
- LAWSON, RICK. *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on human rights*, in Coomans-Kamminga
- LEANZA, UMBERTO. 2002. *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati al diritto per gli individui*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 18.
- LEHMAN, JULIAN. 2011. "Limits to Counter-Terrorism: Comparing Derogation from the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights". In *Essex Human Rights Review*, vol. 8, no. 1;
- LEVIE, HOWARD. 2006. "Prisoners of War in International Armed Conflict". In *International Law Studies dell'US Naval War College* 59;

- LIAKOPOULOS, DIMITRIS. 2007. *L'ingerenza umanitaria nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam:Padova;
- LILICH, RICHARD. 1996. "The growing importance of Customary International Human Rights Law". In *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25;
- LILICH, RICHARD. 1985. "The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency". In *American Journal of International Law*, vol. 79;
- LOPES, CÁTIA-QUÉNIVET, NOËLLE. 2008. "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law and Human Rights Law". In ARNOLD, ROBERTA- QUÉNIVET, NOËLLE (edited by). *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a new merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers:Leiden, pagg. 199-235;
- LOUISE DOSWALD-BECK & SYLVAIN VITÉ. 1993. "Origin and Nature of Human Rights Law and Humanitarian Law". In *International Review of the Red Cross* 293:95-101;
- LUBELL, NOAM. 2005. "Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict". In *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860;
- LUZZATO, RICCARDO - CARBONE, SERGIO MARIA - SANTA MARIA, ALBERTO. 2003. *Istituzioni di diritto internazionale*. Torino: Giappichelli;
- MACDONALD, RONALD. 1992. "The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights". In *Collected Courses of the Academy of European Law*;
- MANCINI, MARINA. 2009. *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*. Giappichelli: Torino;
- MÅNSSON, KATARINA. 2005. "The Forgotten Agenda: Human Rights Protection and Promotion in Cold War Peacekeeping". In *Journal of Conflict & security Law*;
- MARCHISIO SERGIO. 2012. *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*. Il Mulino: Bologna;
- MARESCA ADOLFO. 1965. *La protezione internazionale dei combattenti e dei civili*. Milano: Giuffré;

- MAUGERI, ANNA MARIA. 2007. *La responsabilità da commando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano: Giuffrè;
- MAZZARITA, GIUSEPPE. 2003. *L'emergenza costituzionale*. Milano: Giuffrè;
- MERON, THEODOR. "The Humanization of Humanitarian Law". In *American Journal of International Law* 94:240;
- MERON, THEODOR. 1983. "On the inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument". In *American Society of International Law*, Vol. 77, No. 3;
- MERRILLS, J. 1993. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. Manchester University Press: Manchester;
- MILANOVIC, MARKO. 2008. "From compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties". In *Human Rights Law Review*, pp. 411-448;
- MILLER, RICHARD. B. 1991. *Interpretations of Conflict: Ethics, Pacifism, and the Just-War Tradition*, Chicago: Chicago University Press;
- MODABBER, ZIA. 1988. "Collective Self-defense: Nicaragua v. United States". In *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 10: 449;
- MORELLI, GAETANO. 1967. *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam: Padova, pag. 112; QUADRI, ROLANDO. 1968. *Diritto internazionale pubblico*. Napoli: Edizioni Liguori, 1968;
- MOSTACCI, EDMONDO. 2008. *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*. Wolters Kluwer Italia;
- MURPHY, SEAN. 2013. "Deconstructing Fragmentation: Koskenniemi's 2006 ILC Project". In *Temple International & Comparative Law Journal*;
- NEFF, STEPHEN. 2005. *War and the Law of the Nations*. Cambridge: Cambridge University Press;
- NMEHIELLE, VINCENT. 2001, *The African Human Rights System: Its Laws, Practice and Institutions*, Kluwer Law International: The Hague;
- NORRIS, ROBERT-REITON, PAULA. 1981. "The suspension of Guarantees: a comparative analysis of the American Convention and the Constitutions of the State Parties". In *The American University Law Review*, Vol. 30;

- ODELLO, MARCO. 2008. *Fundamental Standards of Humanity. A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law*. In ARNOLD, ROBERTA-QUENIVET, NÖELLE, *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*. Leiden-Boston;
- OLSON, LAURA. 2009. "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* 40: 437.
- ORAÁ, JAIME. 1992, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2010. "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?". In *International Law and Justice Colloquium New York University (NYU)*, 26 February 2007.
- ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2008. "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?". In *European Journal of International Law* 19:161-182;
- ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2003. "Restrictive interpretation of human rights treaties in recent jurisprudence of European court of human rights". In *European Journal of International Law*, p. 529; Wilde, *Triggering State obligations extraterritorially: the spatial testy in certain human rights treaties*, in *Israel Law Review*, 2007
- ORAKHELASHVILI, ALEXANDER. 2001. "The Position of the Individual in International Law". In *California Western International Law Journal* 31:241.
- ORTICA, PIERO - SAIJA, MARCELLO (a cura di). 2001. *La guerra del Kosovo e la questione balcanica*, Catanzaro: Soveria Mannelli;
- OSWALD, BRUCE. 2011. "Detention by United Nations peacekeepers: searching for definition and categorization". In *Journal of international peacekeeping*;
- OSWALD, BRUCE. 2008 *The treatment of detainees by peacekeepers: applying principles and standard at the point of detention*, cit., in ARNOLD, R. (ed.), *Law enforcement within the framework of Peace Support Operations*, pp. 197-228;

OSWALD, BRUCE. 2007. "The law on military occupation: answering the challenge of detention during contemporary peace operations?" In *Melbourne Journal of International Law*;

OSWALD, BRUCE. 2000. "The INTERFET detainee management unit in East Timor". In *Yearbook of International Humanitarian Law*;

OUGUERGOUZ, FATSAH. 2003. *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Kluwer Law International: The Hague;

PALMISANO, GIUSEPPE. 1996. "L'autodeterminazione interna nel sistema dei patti sui diritti dell'uomo". In *Rivista di diritto internazionale* 76: 365-413;

PANEBIANCO, MASSMO. 2007. *Diritto internazionale pubblico*. Editoriale Scientifica: Napoli;

PARKS, WILLIAM HAYS. 1973. "Command Responsibility for War Crimes". In *Military Law Review*, pagg. 1 ss.;

PARTSCH, KARL-JOSEPH. 1985. "Individuals in International Law". In *Encyclopedia of Public International Law* 8: 316-321;

PAUST, JORDAN. 2005. "Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees". In *Columbia Journal of Transnational Law*;

PEJIC, JELENA. 2011. "The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law". In *The International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 883, pp. 837-851;

PEJIĆ, JELENA. 2004. "Terrorist acts and groups: a role for international law?". In *British Yearbook of International Law*;

PEJIC, JELENA. 2005. "Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence". In *International Review of the Red Cross*;

PERTILE, MARCO. 2004. "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory": A Missed Opportunity for the Development of International Humanitarian Law?". In *Italian Yearbook of International Law* 14:121-161;

- PETTIT, PHILIP. 2001. "Deliberative Democracy and the Discursive Dilemma". In *Philosophical Issues*, Vol. 11, No. 1, 268-299.
- PICONE, PAOLO. 2000. "La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 309 ss.
- PICTET, JEAN. 1985. *Developments and Principles of International Humanitarian Law*. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, 8.
- PILLITU, PAOLA ANNA. 1981. *La necessità militare nel diritto internazionale*. Edizioni Scientifiche Italiane: Perugia. In riferimento al terzo settore, si veda in particolare
- PILLOUD, CLAUDE. 1977. "Protection des victimes des conflits armés: prisonniers de guerre". In *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, 1986;
- POCAR, FAUSTO. 2008. *Guerra, pace e il ruolo delle Nazioni Unite*. In AA.VV., *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli Edizioni: Milano;
- PONTARA, GIULIANO. 1996. *Guerre, disobbedienza civile, non violenza*, Torino: Edizioni Gruppo Abele;
- PRÉMONT, DANIEL. 1996, *Droits intangibles et états d'exception/Non-derogable rights and states of exception*, Bruxelles: Bruylant;
- PFANNER, TONI. 2005. "Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action". In *International Review of the Red Cross* 87: 149-174;
- QUADRI, ROLANDO. 1989. *Diritto internazionale pubblico*, Liguori: Napoli;
- QUENIVET, NOËLLE. 2004. "The Varvarin Case: The Legal Standing of Individuals as Subjects of International Humanitarian Law". In *Journal of Military Ethics*, pagg. 181 ss.
- RAMCHARAN, BERTRAND. 1983. "The role of International Bodies in the implementation and enforcement of humanitarian law and human rights law in non-international armed conflicts". In *The American University Law Review*, Vol. 33
- RAMSEY, PAUL. 1988. *Speak Up for Just War or Pacifism. A critique of the United Methodist Bishops' Pastoral Letter "In defense of Creation*. Pennsylvania University Press: Philadelphia;

- RAPPARD, WILLIAM. 1946. "Human Rights in Mandated Territories". In *Annals of the Am. Academy of Pol. & Soc. Science*, Vol. 243 (Essential Human Rights);
- REHMAN, JAVAID. 2010. *International Human Rights Law*, Longman, Harlow, p. 229-230;
- REITAN, RUTH. 2003. "Human rights in U.S. policy: a casualty of the 'war on terrorism'?" . In *The international Journal of Human Rights*, 7;
- ROBERTS, ADAM-GUELFF, RICHARD. 1989. *Documents on the Laws of War*, 2nd edn. Oxford: Clarendon Press;
- RODLEY, NIGEL-POLLAND, MATT. 2009. *The treatment of Prisoners under International Law*, Oxford: Oxford University Press;
- RONZITTI, NATALINO. 2009. *Introduzione al diritto internazionale*. Giappichelli: Torino;
- RONZITTI, NATALINO. 2005. "Azioni belliche e risarcimento del danno". In *Rivista di diritto internazionale*, pag. 682;
- RONZITTI, NATALINO. 1999. "Raids aerei contro la Repubblica Federale di Jugoslavia e Carta delle Nazioni Unite". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 476 ss.;
- ROTBURG, ROBERT. 2007. *Worst of the Worst: Dealing With Repressive and Rogue Nations*. Brookings Institution Press:Washington.
- SANDOZ, YVES. "Les damages illicites dans les conflits armés et leur reparation dans le cadre du droit international humanitaire". In *International Review of the Red Cross*, pagg. 135 ss.
- SARAH, JOSEPH. 2002. "Human Rights Committee: General Comment 29". In *Human Rights Law Review*;
- SASSOLI, MARCO - OLSON, LAURA. 2008. "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* 90: 599-627;
- SASSOLI, MARCO. 2004. "The status of persons held in Guantanamo under International Humanitarian Law". In *Journal of International Criminal Law Justice* 2:96-106;

- SAULLE, MARIA RITA. 1999. *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli;
- SAUNDERS, ELISABETH. 2006. "Setting boundaries: can international society exclude "Rogue States"?. In *International Studies Review* 8: 23-54;
- SBOLCI, LUIGI. 1995. *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*. In *Scritti degli Allievi in memoria di Giuseppe Barile*. Cedam: Padova, 653;
- SCELLE, GEORGES. 1948. *Manuel de droit international public*, Paris:Domat-Montchrestien, pag. 510; LAUTERPACHT, HERSCH. 1950. *International Law and Human Rights*, London: Stevens, pagg. 28-29;
- SCHABAS, WILLIAM. 2001. *An Introduction to the International Criminal Court*, New York: Cambridge University Press.
- SCHACHTER, OSCAR. 1977. "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements". In *American Journal of International Law*, Vol. 71;
- SCHINDLER, DIETRICH - TOMAS, JIRI. 1988. *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*. Martinus Nijhoff:Dordrecht;
- SCHMITT, CARL. 1934, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*. München-Leipzig: Duncker & Humblot; trad. it. SCHMITT, CARL. 1998. "Teologia politica". In *Le categorie del "politico"*. Bologna: Il Mulino;
- SCHMITT, CARL. 2005. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago: University of Chicago Press;
- SCHMITT, CARL. 1932. *Il concetto di "politico"*. In *Le categorie del "politico"*. Bologna: Il Mulino;
- SCHMITT, MICHAEL. 2010. "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance". In *Virginia Journal of International Law*, Vol. 5, Issue 4;
- SCHMITT, MICHAEL. 2005. "Precision attack and International Humanitarian Law". *International Review of the Red Cross* 859: 445-466.

- SCHREUER, CHRISTOPH. 1982. "Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights". In *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9;
- SCHWARZENBERGER, GEORG. 1957. *International law*. Stevens:London;
- SCISO, ELENA. 2004. "Guerra al terrorismo globale e garanzie non comprimibili dei diritti umani fondamentali: l'opinione della Corte suprema degli Stati Uniti". In *Rivista di diritto internazionale*;
- SCISO, ELENA. 2003. "La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 111-128;
- SCISO, ELENA (a cura di). 2001. *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionalistici ed interni*. Giuffrè: Milano, pag. 407 ss.;
- SHAFFER, GREGORY - POLLACK, MARK. 2011. "Hard Versus Soft Law in International Security". In *Boston College Law Review*, Vol. 52, Issue 4;
- SHAW, MALCOLM. 2008. *International law*, Cambridge: Cambridge University Press;
- SHEERAN, SCOTT. 2013. "Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics". In *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34;
- SIMMA, BRUNO - PULKOWSKI DIRK. 2010. *Lex specialis and self-contained regimes*. In CRAWFORD, JAMES - PELLET ALAIN - OLLESON, SIMON. 2010. *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press;
- SIMMA BRUNO. 1985. "Self-contained regimes". In *Netherlands Yearbook of International Law*;
- SINGH, SANDHIYA. 2009. "The impact of claw-back clauses on human and peoples' rights in Africa". In *African Security Review*, Vol. 18, No. 4;
- SINGHVI, ABHISHEK MANU. 1986. *The State of Emergency and Permissible Measures of Derogation*. International Bar Association;
- SPERDUTI, GIUSEPPE. 1956. *Op. cit.*, 45-46; ID. 1956. «L'individu et le droit international». In *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1956, II ;

- STARACE, VINCENZO. 1999. "L'azione militare della NATO contro la Jugoslavia secondo il diritto internazionale". In *Filosofia dei diritti umani*, pagg. 36 ss.;
- STEIGER, HEINHARD. "Peace Treaties from Paris to Versailles". In *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, a cura di RANDALL LESAFFER, pp. 59-99. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- STOYANOVSKY, JACOB. 1928. *The mandate for Palestine. A contribution to the theory and practice of international mandates*, Longmans- Green and Co.: London-New York-Toronto;
- SVESSEON-MC CARTHY, ANNA-LENA. 1998. *The International Law of Human Rights and States of Exception*. Dordrecht: Kluwer Law International;
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE. 2002. "Beware the Trumpets of War: A Response to Kenneth Anderson". In *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25: 965-976;
- TALLGREN, IMMI. 2002. "The Sensibility and Sense of International Criminal Law". In *European Journal of International Law*, 13:561-595;
- TANZI, ATTILA. 2006. *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*. Cedam: Padova, pag. 66;
- TEITEL, RUTI G. 2002. "Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics". In *Cornell International Law Journal* 35:355-363;
- TICEHURST, RUPERT. 1997. "The Martens Clause and the Law of the Armed Conflicts". *International Review of the Red Cross*, 317: 125-314;
- TOMMASI, UBERTO - CATALDO, MARIELLA. 2004. *Kosovo. Buco nero d'Europa*, Verona: Achab Edizioni;
- TOMUSCHAT, CHRISTIAN. 2008. *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford:Oxford University Press
- TORRELLI, MAURICE. 1989. *Le droit international humanitaire*. P.U.F.:Paris;
- TUSHNET, MARK. 2005. *Emergencies and the idea of Constitutionalism*. In: *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham, 2005

- UMOZURIKE, OJI. 1997. *The African Charter on Human and Peoples' Rights*. The Hague: Kluwer.
- VALDÉS GARZON, ERNESTO. 1999. "Guerra e diritti umani". In *Ragion pratica* 7: 13;
- VAN HOOFF, GODEFRIDUS. 1984. *The legal nature of economic social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views*. In ALSTON, PHILIPS - TOMASEVSKI, KATARINA. 1984. *The right to food*, Dordrecht;
- VENTURINI, GABRIELLA. 2001. "Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza". *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1:49.
- VERVAELE, JOHN. 2005. "The Anti-Terrorist Legislation in the U.S.: *Inter Arma Silent Leges?*". In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 13:201-254
- VIARENGO, ILARIA. 2005. "Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia". In *Rivista di diritto internazionale*, 4:955-996.
- VIERDAG, EGBERT. 1978. "The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Civil and Political rights". In *Netherlands Yearbook of International Law*, 9: 69-105;
- VIERUCCI, LUISA. 2003. "Prisoners of war or protected persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are entitled". In *Journal of International Criminal Justice*, pag. 284;
- VILLANI, UGO. 1999. "La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?" In *Volontari e terzo mondo*, pagg. 26 ss.;
- VITUCCI, MARIA CHIARA. 2009. "Interazione fra diritti umani e diritto umanitario nella risposta al terrorismo". In GARGIULO, PIETRO-VITUCCI, MARIA CHIARA (a cura di). 2009. *La tutela dei diritti umani nella "lotta" e nella "guerra" al terrorismo*, pag. 317-335
- WALZER, MICHAEL. 1977. *Just and Unjust Wars*, Basic Books: New York
- WEIL, PROSPER. 1983. "Towards Relative Normativity in International Law?". In *American Journal of International Law* 77: 413;

- WEINER, JUSTUS. 1995. "Hard facts meet soft law - The Israel-PLO Declaration of Principles and the Prospects for Peace: a Response to Katherine W. Meighan". In *Virginia Journal of International Law* 35: 931-940;
- WERNER, WOUTER. 2004. *From Justus hostis to Rogue State. The concept of enemy in international legal thinking. International journal for the semiotics of law*, n. 17, pagg. 155-168;
- YIN, TUNG. 2006. "Ending the War on Terrorism One Terrorist at a Time: A Noncriminal Detention Model for Holding and Releasing Guantanamo Bay Detainees". In *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29: 149-212
- YOUROW, HOWARD. 1996. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics in the Dynamics of European Convention on Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht
- ZANGHÌ, CLAUDIO. 1999. "Il Kosovo fra Nazioni Unite e diritto internazionale". In *Quaderni costituzionali*, pagg. 378 ss.;
- ZAPPALÀ, SALVATORE. 1999. "Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo". In *Rivista di diritto internazionale*, pagg. 975 ss.;
- ZICCARDI, PIERO. 1964. *Diritto internazionale in generale*. In *Enciclopedia del diritto* XII: 1030 ss.;
- ZOLO, DANILO. 2006. *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*. Laterza: Roma.
- ZYBERI, GENTIAN. 2011. "The International Court of Justice and applied forms of reparation for international human rights and humanitarian law violations". In *Utrecht Law Review*, Vol. 7, No. 1, pp. 204-215.
- AA.VV. 2004. *Da Bush a Bush. La nuova dottrina strategica attraverso i documenti ufficiali (1991-2003)*, Napoli: La Città del Sole.

Giurisprudenza

International Court of Justice:

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005;

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, ICJ Reports 2004;

Corte Internazionale di Giustizia, 8 luglio 1996, *Parere sulla liceità della minaccia dell'uso delle armi nucleari. International Court of Justice Reports, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, July 8, 1996, I.C.J. Reports;

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951;

Corfu Channel, U.K. v. Albania, Judgment, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9).

European Court of Human Rights:

Finogenov e altri c. Russia, 18299/03 e 27311/03, 20 dicembre 2011;

Al-Jedda v. The United Kingdom, App. No. 27021/08, 7 July 2011;

Al-Skeini v. The United Kingdom, App. No. 55721/07, 7 July 2011;

Medvedyev c. Francia, 3394/03, Judgment, 29 marzo 2010;

Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito, sent. 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08;

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;

Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito, 61498/08, Judgment, 3 luglio 2009;

Pad e altri c. Turchia, 60167/00, Decision, 28 giugno 2007;

Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia, dec. 2 maggio 2007, ric. n. 71412/01 e 78166/01;

Grand Chamber Judgment of 14.12.2006, Application no. 1398/03;

Isaak e altri c. Turchia, 44587/98, Decision, 28 settembre 2006;

Isayeva c. Russia, 57950/00, 24 febbraio 2006;

Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Application No. 45036/98, Judgment, 30 giugno 2005;

Isayeva and others v. Russia, 57947-9/00, Judgment of 24 February 2005;

Issa e altri c. Turchia, 31821/96, Judgment, 16 novembre 2004;

Assanidzé v. Georgia, Application No. 71503/01, Judgment, 8 aprile 2004;

Ozkan e altri c. Turchia, 21689/93, 6 aprile 2004;

Ozalp e altri c. Turchia, 32457/96, 8 aprile 2004.

Gentilhomme, Schaff-Benhadj and Zerouki v. France, Judgment, 14 maggio 2002;

Cipro c. Turchia, 25781/94, Judgment, 10 maggio 2001;

Bankovic e altri c. Belgio e altri, 52207/99, Decision, 12 dicembre 2001;

Ergi c. Turchia, 66/1997/850/1057, 28 luglio 1998;

Sakik and Others v. Turkey, 87/1996/67/897-902, 26 November 1997;

Loizidou c. Turchia, Preliminary objections, 15318/89, 23 marzo 1995;

Brannigan and McBride v. United Kingdom, No. 14553/89, 14554/89. Judgment of 25 may 1993;

Lawless v. Ireland [Lawless Commission], 1 Eur. Ct. H.R. (ser. B) at 82, § 90 (1960-1961);

A. and Others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, Ric. 3455/05;

European Commission of Human Rights, *Greece v. United Kingdom*, No. 176/167, 299/57.

Inter-American Court of Human Rights:

Las Palmeras Case, Judgment on preliminary objections (III), 4 febbraio 2000

Juan Carlos Abella v. Argentina, Case 11.137, Report N° 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997);

Inter-American Commission of Human Rights, *Coard*, case 10.951, *Coard et al. v. United States*, Report 109/99 del 29 settembre 1999;

Inter-American Commission of Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report N° 55/97, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997).

Silva et al. v. Uruguay, Human Rights Committee, Communication No. 34/1978, adopted April, 8th 1981, U.N. GAOR, 12th Sess.

Human Rights Committee:

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;

Human Rights Committee, *General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

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

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3, The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1), 1990

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);

International Criminal Tribunal for the former-Yugoslavia:

Kajelijeli, Appeals Chamber, May 23, 2005;

Prosecutor v. Strugar, Judgment Case No. IT-01-42-T ICTY, Trial Chamber, 31 January 2005;

Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A, July 29, 2004;

Prosecutor v. Galic, Judgment Case No. IT-98-29-T ICTY, Trial Chamber, 5 December 2003.

Prosecutor v. Kordic and Cerkez Judgment Case, No. IT-95-14/2-T ICTY, Trial Chamber, 26 February 2001;

Kuranac et al., Trial Chamber, February 22, 2001;

Tribunali nazionali:

Germania:

Bundesgerichtshof, III ZR 190/05, 2 novembre 2006

Italia:

Corte Suprema di Cassazione, SS.UU. civili, Ordinanza del 5.06.2002, n. 8157;

Israele:

The Israeli High Court of Justice, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, Israeli High Court of Justice 769/02;

Israel Supreme Court, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, Israel: Supreme Court, 30 May 2004.

Spagna:

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Case No. 1188/2005, Decision No. 829/2006, 20 July 2006.

Stati Uniti d'America:

Yamashita v. Styer, Supreme Court of United States, 4 february 1946, Commanding General, U.S. Army Forces, Western Pacific;

Hamdan v. Rumsfeld, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 04-1519;

U.S. Supreme Court, *Rasul v. Bush e Habib v. Bush*, case no. 03 - 334, 28 june 2004; *Al Odah v. United States*, case no. 03 - 343, 28 june 2004;

U. S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Bismullah v. Gates*, Case No. 06-1197; *Parhat v. Gates*, Case No. 06-1397, 3 October 2007;

United Kingdom:

House of Lords, *R (on the application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 12 December 2007.