

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI, GIURIDICI E STORICO-
POLITICI

CURRICULUM DI DIRITTO INTERNAZIONALE - XXVII CICLO

LA PROTEZIONE DELLA POPOLAZIONE CIVILE NEI TERRITORI
OCCUPATI TRA DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E DIRITTI
UMANI

IUS/13

CANDIDATO:
FEDERICA FAVUZZA

TUTOR:
Chiar.mo Prof. MARCO PEDRAZZI
Chiar.mo Prof. EDOARDO GREPPI

COORDINATORE DEL DOTTORATO:
Chiar.ma Prof.ssa GIGLIOLA DI RENZO VILLATA

A.A. 2013/2014

INDICE

| | |
|---|-----------|
| I. LA NATURA GIURIDICA DELL'OCCUPAZIONE MILITARE | 5 |
| 1. L'occupazione militare in una prospettiva storica | 6 |
| 2. Definizione..... | 17 |
| 2.1. <i>Ius ad bellum</i> e occupazione militare | 17 |
| 2.2. Ambito di applicazione del diritto dell'occupazione..... | 19 |
| 2.2.1. Ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> | 19 |
| 2.2.1.1. Il concetto di controllo effettivo: a) Tipo e grado del controllo esercitato | 22 |
| 2.2.1.2. Il concetto di controllo effettivo: b) <i>Actual control test</i> o <i>potential control test?</i> | 26 |
| 2.2.1.3. La Potenza occupante e lo Stato occupato: l'eventuale coinvolgimento delle autorità locali e l'assenza del consenso..... | 31 |
| 2.2.2. Ambito di applicazione <i>ratione temporis</i> | 36 |
| 2.2.2.1. Inizio dell'occupazione e applicabilità del diritto dell'occupazione alla fase dell'invasione..... | 37 |
| 2.2.2.2. Fine dell'occupazione e cc.dd. occupazioni prolungate | 46 |
| 2.2.3. Ambito di applicazione <i>ratione personae</i> | 56 |
| 2.3. Tipi di occupazione militare e diritto applicabile | 60 |
| 2.3.1. <i>Occupatio bellica</i> e altri tipi di occupazione militare cui si applica il diritto dell'occupazione. | 60 |
| 2.3.2. <i>Occupatio pacifica</i> | 68 |
| 2.3.3. Occupazioni ad opera di forze multinazionali | 71 |
| 3. Conclusioni | 79 |
| II. EFFETTI DELL'OCCUPAZIONE: TERRITORIO E POPOLAZIONE CIVILE | 83 |
| 1. Condizione giuridica del territorio occupato | 83 |
| 1.1. Principali teorie..... | 84 |
| 1.2. Implicazioni della natura transitoria dell'occupazione militare | 89 |
| 1.2.1. Poteri della Potenza occupante nei territori occupati..... | 90 |
| 1.2.2. Termine dell'occupazione e <i>postliminium</i> | 98 |

| | |
|--|------------|
| 2. Norme poste a tutela della popolazione civile | 103 |
| 2.1. Tutela della persona umana: garanzie fondamentali..... | 107 |
| 2.2. Tutela della persona umana: misure di controllo e sicurezza | 113 |
| 2.3. Tutela della persona umana: movimenti di popolazione | 120 |
| 2.4. Tutela della proprietà privata..... | 125 |
| 2.5. Riflessioni sull'uso della forza nei territori occupati..... | 133 |
| 3. Conclusioni | 136 |
| III. LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI NEI TERRITORI OCCUPATI..... | 139 |
| 1. Diritti umani e diritto internazionale umanitario: caratteri distintivi dei due regimi giuridici..... | 139 |
| 2. Applicabilità della disciplina dei diritti umani ai casi di occupazione militare.... | 155 |
| 2.1. Applicabilità <i>ratione materiae</i> | 158 |
| 2.2. Applicabilità <i>ratione loci</i> | 166 |
| 2.2.1. Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici..... | 167 |
| 2.2.2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali | 171 |
| 2.2.3. Considerazioni conclusive in materia di extraterritorialità..... | 178 |
| 2.3. Specificità dei diritti economici, sociali e culturali e occupazione militare .. | 184 |
| 3. Modalità d'interazione tra diritto internazionale umanitario e diritti umani nei territori occupati..... | 195 |
| 3.1. Complementarità..... | 196 |
| 3.2. Conflitto fra norme | 200 |
| 4. Conclusioni | 216 |
| IV. INTERAZIONE FRA I DUE REGIMI: DETENZIONE AMMINISTRATIVA E DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE..... | 221 |
| 1. La detenzione amministrativa nei territori occupati | 222 |
| 2. Il diritto alla libertà personale | 234 |
| 2.1. L'articolo 9 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici | 234 |
| 2.1.1. Ambito di applicazione | 234 |
| 2.1.2. Limitazioni consentite..... | 238 |
| 2.1.3. Situazioni di emergenza: derogabilità <i>ex</i> articolo 4 del Patto?..... | 248 |
| 2.2. L'articolo 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali | 255 |

| | |
|--|------------|
| 2.2.1. Ambito di applicazione | 255 |
| 2.2.2. Limitazioni consentite..... | 258 |
| 2.2.3. Situazioni di emergenza: derogabilità <i>ex</i> articolo 15? | 276 |
| 2.3. Il contenuto e la portata del divieto di privazione arbitraria della libertà nel diritto consuetudinario | 285 |
| 3. Il diritto alla libertà personale e la detenzione amministrativa nei territori occupati: come riconciliare diritti umani e diritto internazionale umanitario? | 291 |
| 3.1. Profili di incompatibilità..... | 291 |
| 3.2. Indagine sulla possibilità di riconciliare il diritto alla libertà personale e la detenzione amministrativa nei territori occupati | 298 |
| 3.3. Riflessioni in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso <i>Hassan c. Regno Unito</i> del 16 settembre 2014..... | 307 |
| 4. Conclusioni | 317 |
| CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE | 321 |
| NOTA BIBLIOGRAFICA | 331 |
| NOTA GIURISPRUDENZIALE..... | 352 |
| PRASSI | 363 |

CAPITOLO 1 LA NATURA GIURIDICA DELL'OCCUPAZIONE MILITARE

Da tempo, ormai, ci si interroga sull'adeguatezza del diritto dell'occupazione alla complessità delle occupazioni contemporanee. Tale questione è di indubbia importanza, soprattutto dal punto di vista della protezione della popolazione civile.

In un certo senso, infatti, l'occupazione si colloca a metà strada tra la guerra e la pace: se è vero che il conflitto armato tra lo Stato occupante e quello occupato è ancora in corso, è anche innegabile che una situazione di occupazione militare comporti la ripresa della vita civile e la creazione di un particolare rapporto giuridico tra l'occupante, da un lato, e lo Stato occupato e la sua popolazione civile, dall'altro¹. In effetti, sebbene l'occupazione sia generalmente considerata un "*pur fait*"², che non determina l'estinzione dello Stato occupato e non produce alcun trasferimento di sovranità, dal fatto che delle truppe nemiche stazionino su di un territorio discende in capo all'occupante la facoltà di agire come autorità territoriale rispetto alle persone e ai beni situati su quel territorio³; d'altronde, è innegabile che tale territorio acquisti una condizione giuridica peculiare, dalla quale non possono che scaturire importanti conseguenze per la popolazione civile. È quindi evidente come dall'occupazione militare scaturisca un rapporto giuridico particolare (che la dottrina è solita definire come "rapporto di occupazione"⁴), il cui contenuto consiste proprio nella facoltà dell'occupante di svolgere temporaneamente (*pendente bello*) l'attività di governo sul territorio occupato, cui fa riscontro l'obbligo dello Stato occupato di riconoscerne la legittimità⁵.

Il diritto dell'occupazione è dunque volto ad assicurare un bilanciamento fra interessi divergenti e, di conseguenza, esso tende a regolare due diversi tipi di relazione giuridica: da una parte, quella tra lo Stato occupante e lo Stato occupato, vale a dire una relazione inter-statale orizzontale caratterizzata dall'esistenza di uno stato di guerra e

¹ Cfr. D. CAMPANELLI, *The Law of Military Occupation put to the test of Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross* 90, 871 (September 2008), pp. 653-668, p. 660.

² P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Tome II – Guerre et neutralité, 8^e édition, Rousseau & c., Paris, 1921, p. 215.

³ P. DAILLIER, A. PELLET, M. FORTEAU, D. MÜLLER, *Droit International Public*, 8^e édition, L.G.D.J., Paris, 2009, p. 538.

⁴ C. CURTI GIALDINO, *Occupazione bellica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 721-750, p. 721.

⁵ *Ibidem*.

governata, in linea di principio, dalle tipiche regole del diritto internazionale dei conflitti armati; dall'altra parte, il rapporto tra l'occupante e la popolazione civile del territorio occupato, vale a dire una relazione verticale che, per quanto indubbiamente influenzata dal conflitto armato ancora in corso, è per certi versi improntata a regole mutuata dal diritto applicabile in tempo di pace⁶.

Sarà dunque opportuno soffermarsi sulla stessa natura giuridica dell'occupazione militare, ponendo tale istituto in una prospettiva storica – così da individuare eventuali cesure o continuità col passato – e concentrandosi, poi, sull'ambito di applicazione *ratione materiae, personae e temporis* del diritto dell'occupazione. Si cercherà poi di fornire una definizione dell'occupazione militare che tenga conto dei recenti sviluppi della prassi, evidenziando, dunque, le differenze tra l'*occupatio bellica* e l'*occupatio pacifica* e il diritto applicabile a queste due fattispecie, così da accostare all'una o all'altra categoria le fattispecie intermedie di difficile definizione.

1. L'occupazione militare in una prospettiva storica

L'odierno concetto di occupazione militare trae origine dall'istituto, proprio del diritto privato romano, dell'*occupatio* quale metodo di acquisizione della proprietà. Come si vedrà, è proprio al diritto romano che si deve l'identità del termine che designa l'istituto dell'occupazione militare e quello che, nel diritto internazionale di pace, designa l'occupazione di territorio *nullius*⁷ (istituto che, probabilmente, non ha più ragione di esistere al giorno d'oggi).

Nel diritto privato romano, l'occupante – mediante “l'effettiva presa di possesso di una cosa”⁸, mobile o immobile – ne acquisiva la proprietà⁹. Si trattava di un atto a carattere negoziale e, più precisamente, di un negozio unilaterale¹⁰. Perché l'*occupatio* si perfezionasse, però, era necessario il verificarsi di una serie di condizioni: occorreva, infatti, che a) la *res* in questione fosse *in commercium*, b) che l'occupante fosse in grado di diventarne proprietario e c) che essa non fosse proprietà di alcuno (*res nullius*)¹¹. Come rilevato da parte della dottrina, vi erano due possibili categorie di *res nullius*: da

⁶ D. CAMPANELLI, cit., p. 660.

⁷ F. CAPOTORTI, *L'occupazione nel diritto di guerra*, Casa editrice Jovene, Napoli, 1949, pp. 6-7.

⁸ G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1935, p. 270.

⁹ Val la pena di ricordare che, al contrario, in caso di occupazione di *ager publicus*, l'occupante acquistava solo la *possessio* di un terreno che era, invece, di proprietà del popolo romano. E. CANTARELLA, *Diritto romano: istituzioni e storia*, Mondadori Università, Milano, 2010, p. 401.

¹⁰ F. CAPOTORTI, cit., pp. 5-6.

¹¹ G. PACCHIONI, cit., p. 270.

una parte, le cose che non erano mai appartenute ad alcuno, come gli animali selvaggi, l'aria, l'acqua e le cose del nemico (di cui si tratterà a breve); dall'altra, quelle che avevano cessato di essere di qualcuno, fra cui le *res derelictae*, vale a dire le cose abbandonate dal legittimo proprietario¹².

È adesso opportuno ricordare che, tanto nel diritto privato quanto nelle relazioni internazionali, il sistema giuridico romano era caratterizzato da una sorta di esclusivismo, in base al quale i romani non riconoscevano alcun diritto al di fuori del loro Stato¹³. Come sottolineato da Mommsen e Marquardt:

Selon la conception du droit romain, ce qui constitue la règle en face de l'étranger, c'est l'absence réciproque de droit; [...] l'existence de rapports internationaux est une exception, introduite seulement par un accord des deux parties¹⁴.

L'*occupatio bellica* si configurava, dunque, come una sottospecie pubblicistica dell'*occupatio* di *res nullius*¹⁵, in ragione dell'assimilazione operata tra *res nullius* e *res hostium*, in base alla quale i nemici di Roma venivano considerati fuori dal diritto e, di conseguenza, il loro territorio (*res hostium*) veniva assimilato a una *res nullius*¹⁶. È proprio su questo concetto che si fonda la già citata identità tra il termine che designa l'istituto dell'occupazione militare e quello che, nel diritto internazionale di pace, designa l'occupazione di territorio *nullius*, vale a dire di un territorio che non appartenga ad alcun membro della comunità internazionale¹⁷. Basti pensare alle condizioni necessarie affinché l'*occupatio bellica* si perfezionasse: da un lato, l'intento di dominio o *animus occupandi*¹⁸; dall'altro, l'occupabilità del territorio, soddisfatta

¹² G. PACCHIONI, cit., p. 270 ss.

¹³ A. CORSI, *L'occupazione militare in tempo di guerra e le relazioni internazionali che ne derivano*, Fonzani e C. Tipografi del Senato, Roma, 1882, p. 12; T. MOMMSEN, J. MARQUARDT, *Manuel des antiquités romaines*, Traduit de l'allemand sous la direction de M. Gustave Humbert, E. Thorin (A. Fontemoing), Paris, 1889, p. 206 ss.; G. PACCHIONI, cit., pp. 272-273.

¹⁴ T. MOMMSEN, J. MARQUARDT, cit., p. 206-207.

¹⁵ F. CAPOTORTI, cit., p. 7.

¹⁶ Si vedano, fra gli altri: F. CAPOTORTI, cit., p. 7; A. CARCANO, *L'occupazione dell'Iraq nel Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 16; A. CORSI, cit., p. 12; T. MOMMSEN, J. MARQUARDT, cit., p. 206 ss.; G. PACCHIONI, cit., p. 272.

¹⁷ Sui metodi di acquisizione del territorio nel diritto internazionale, fra i quali l'occupazione di territorio *nullius*, si veda: M.G. KOHEN, H. MAMADOU, *Territory, Acquisition*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.

¹⁸ Come parte della dottrina ha rilevato, è proprio in relazione a quest'ultimo requisito, l'*animus occupandi*, che è possibile identificare la prima ragione di distinzione fra l'*occupatio bellica* e l'*occupatio* di *res nullius*. Infatti, mentre quest'ultima è da intendere come strumento di una stabile attribuzione di

proprio dal citato esclusivismo dell'ordinamento giuridico romano che portava all'assimilazione tra *res hostium* e *res nullius*¹⁹.

La dottrina romana dell'*occupatio* prevedeva, dunque, che l'occupante acquisisse immediatamente la piena proprietà del territorio occupato, configurando così l'*occupatio bellica* come conquista e sfruttamento delle risorse di un territorio. Infatti, la sottomissione di uno Stato prima indipendente al dominio di Roma comportava sempre l'annessione del territorio e la sottomissione degli abitanti, sebbene ciò potesse avvenire secondo modalità diverse²⁰.

Tale idea di occupazione quale sinonimo di conquista e sfruttamento delle risorse di un territorio è perdurata fino all'età moderna. Nel *De iure belli* (1539), Francisco De Vitoria ricollegava il concetto di occupazione o conquista a quello di guerra giusta, sostenendo che, in una guerra giusta, fosse lecito tanto “recuperare tutte le cose sottratte o il loro controvalore preciso” quanto “rivalersi sui beni dei nemici di tutte le spese di guerra e di tutti i danni ingiustamente arrecati dai nemici”²¹. Inoltre, interrogandosi sulla possibilità che le cose prese in guerra divenissero proprietà dell'occupante, De Vitoria rispondeva affermativamente²², pur sottolineando la necessità di non eccedere “il pieno ammontare del valore delle cose sottratte ingiustamente, e anche delle spese di

dominio, l'*occupatio bellica* non può che essere caratterizzata dalla precarietà, essendo essa inevitabilmente connessa alle sorti della guerra: se, da un lato, le truppe romane potevano trovarsi ad invadere alcuni territori al solo scopo di utilizzarli quali basi per la condotta delle ostilità (senza, quindi, alcun *animus occupandi*), dall'altro lato, l'occupante poteva anche trovarsi nell'impossibilità di mantenere il controllo del territorio in questione, venendo così a mancare il “requisito di durevolezza [richiesto dalla] dottrina romana dell'acquisto per occupazione”. Una ragione più profonda di differenziazione fra i due istituti sarebbe, evidentemente, “l'altruità del territorio sottratto all'avversario”: sebbene sconosciuta al diritto romano – in ragione del già citato esclusivismo dell'ordinamento giuridico –, tale concetto emerse gradatamente “coll'instaurarsi e il progredire di un ordinamento giuridico internazionale”. F. CAPOTORTI, cit., pp. 8-9.

¹⁹ Tale impostazione, d'altronde, era propria anche dell'antico diritto germanico. I germani, infatti, ritenevano che le cose del nemico appartenessero a loro e il “territorio nemico, una volta occupato, veniva considerato come appartenente a tutto l'esercito invasore, e per esso a colui sotto i cui auspicii la guerra si faceva”. E. LONCAO, *Studi di antico diritto germanico. L'occupatio bellica e l'ius postliminii*, R. tip. Giannotta, Catania, 1909, p. 5.

²⁰ In tal senso, come osservato da Mommsen e Marquardt (T. MOMMSEN, J. MARQUARDT, cit., p. 351):

La soumission d'un État jusqu'alors indépendant à la domination de Rome entraîne l'annexion du pays et des personnes dans trois formes différentes. Ou bien le territoire et les hommes sont confondus purement et simplement dans le territoire et le peuple de Rome, ou bien on en constitue des cités de demi-citoyens, ou bien ils sont adjoints à Rome en vertu d'un traité juré ou d'une simple loi, comme États autonomes dépendants.

²¹ F. DE VITORIA, *De iure belli*, traduzione italiana, Laterza, 2005 (prima ed. 1696), Roma-Bari, p. 37.

²² Secondo De Vitoria, “questa conclusione non ha bisogno di dimostrazione, poiché è questo il fine della guerra”. *Ivi*, p. 87.

guerra”²³. Egli riteneva anche che fosse lecito “sanzionare i nemici [...] privandoli di una parte del loro territorio”²⁴. Infatti, dopo aver citato un passo del Deuteronomio a sostegno di tale tesi²⁵, giungeva ad affermare:

L’Impero romano fu aumentato e ingrandito in questo modo e a questo titolo, cioè con l’occupazione per diritto di guerra delle città e delle province dei nemici dai quali Roma era stata offesa. E tuttavia l’Impero romano è difeso, come giusto e legittimo, da Agostino, Girolamo, Ambrogio e San Tommaso, e da altri santi dottori. Anzi può sembrare che lo stesso nostro Signore e Redentore, Gesù Cristo, lo approvi²⁶.

Dal canto suo, nel *De iure belli* (1598), Alberico Gentili riconosceva il valore acquisitivo dell’occupazione, laddove affermava che, “se nel trattato di pace non è stabilito diversamente, i terreni, i luoghi e gli edifici rimangono a chi li possiede nel momento in cui è fatta la pace [dal momento che] se i nemici occupanti non vengono espulsi dal territorio, questi beni non tornano ai precedenti proprietari”²⁷. Al contempo, egli sosteneva che “quando si prende una cosa al nemico non c’è dubbio che ne consegua anche il possesso, e lo stesso vale quando si occupa un territorio, sia che gli abitanti giurino fedeltà al nuovo signore, sia che non lo facciano”. Ad ogni modo, egli distingueva tra l’occupazione vera e propria e l’occupazione transitoria, sottolineando come la proprietà potesse passare all’occupante solo nel primo caso²⁸.

²³ F. DE VITORIA, cit., p. 87.

²⁴ *Ivi*, p. 91.

²⁵ In particolare, l’autore scrive (*ivi*, p. 93):

Che a questo titolo sia lecito impadronirsi o di una parte di territorio o di una qualche città dei nemici è chiaro da quel luogo del Deuteronomio in cui si dà il permesso, durante una guerra, di impadronirsi di una città che non ha voluto accettare le offerte (*Dt* 20, 10-12).

²⁶ *Ivi*, pp. 93-95.

²⁷ A. GENTILI, *De iure belli libri tres*, traduzione italiana, Giuffrè, Milano, 2008 (prima ed. 1612), p. 554.

²⁸ Infatti, l’autore nota (*ivi*, p. 555):

A volte i nemici si fermano solo momentaneamente su di un territorio, quasi come viandanti. In questo caso quel territorio non può passare ai nemici, né essi si sentirebbero in diritto di chiederlo.

Allo stesso modo, nel *De iure belli ac pacis* (1625), Ugo Grozio sosteneva che l'occupante di un territorio nemico ne guadagnasse il controllo, a prescindere dal modo in cui ciò era avvenuto e accantonando, dunque, il concetto di guerra giusta²⁹.

Nel periodo storico in considerazione, appare dunque innegabile “la fedeltà allo schema romanistico dell'*occupatio bellica*: appropriabilità del territorio nemico (e conseguente assoggettabilità degli abitanti), in virtù di ‘*possessio firma*’ che manifesti ‘*l'animus acquirendi*’”³⁰. Tuttavia, come rilevato da parte della dottrina, il mutamento del sistema giuridico in cui l'occupazione si inquadra comportò necessariamente un certo distacco dalla dottrina romanistica: se nell'ordinamento giuridico romano i nemici venivano considerati fuori dal diritto e, dunque, *res nullius* i loro territori, all'epoca di De Vitoria, Grozio e Gentili, l'occupazione di collocava invece nell'ambito del “nascente ordinamento di una paritaria comunità di Stati”³¹. In tal senso, il belligerante nemico non era più tenuto a riconoscere l'acquisto del dominio dell'occupante su un suo territorio almeno finché duravano le ostilità. L'occupazione così configurata si distanziava, quindi, dall'*occupatio* romana intesa come negozio unilaterale. In tal senso, nelle parole di Capotorti:

Non c'è negozio se l'ordinamento non collega alla volontà debitamente manifestata – qui ‘attuata’ – conformi effetti giuridici, cioè giuridicamente garantiti nei confronti degli altri consociati; non c'è acquisto dove l'attuato intento di dominio non ha altra garanzia di stabilità che l'esser presidiato dalla forza³².

Qualche anno più tardi, gli effetti del mutato scenario internazionale iniziarono a riflettersi sulla dottrina, che cominciava a sostenere il principio secondo il quale l'occupazione non avrebbe dovuto comportare alcun trasferimento di sovranità sul territorio occupato. Nel *De iure naturae et gentium* (1694), Pufendorf sottolineava come lo stato di guerra annullasse alcuni diritti propri del tempo di pace, fra cui anche il diritto di proprietà del nemico sui suoi beni (e territori): in tal senso, riteneva che i diritti di proprietà di due nemici non fossero reciprocamente opponibili in caso di guerra, non perché il nemico cessasse di godere del diritto di proprietà su di un bene (o sul suo

²⁹ U. GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, traduzione italiana, Centro Editoriale Toscano, Firenze, 2002 (prima ed. 1625), p. 103 ss.

³⁰ F. CAPOTORTI, cit., p. 10.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

territorio) nel proprio ordinamento interno, ma perché tale diritto non impediva ad un nemico di appropriarsene, qualora ne fosse stato capace, con l'uso della forza³³. Allo stesso tempo, però, Pufendorf osservava come il possesso di qualsiasi cosa (dunque anche dei territori) acquisita durante una guerra potesse perfezionarsi solo nel momento in cui il legittimo sovrano avesse rinunciato ad ogni pretesa con la conclusione di un trattato di pace³⁴.

Ad ogni modo, nonostante la citata evoluzione della dottrina in materia di occupazione militare, la prassi internazionale – soprattutto in merito ai limiti posti ai poteri della Potenza occupante – era ancora incerta e contraddittoria³⁵: infatti, se alcuni elementi dimostrano l'emergere del moderno concetto di occupazione³⁶, altri testimoniano invece il persistere dell'antica equivalenza tra occupazione e conquista³⁷. Tale incertezza della prassi spiega, forse, i dubbi e i contrasti della dottrina (recente o meno) rispetto al periodo storico in cui collocare l'emergere del moderno istituto dell'occupazione bellica: mentre alcuni sostengono che i suoi elementi distintivi siano riscontrabili già nella prassi e nel pensiero giuridico del XVI secolo³⁸, la dottrina maggioritaria³⁹ ritiene invece che, almeno fino al XVIII secolo, tale istituto continuasse ad avere “effetto traslativo della sovranità in capo al conquistatore”⁴⁰. La tesi della dottrina prevalente appare forse condivisibile, laddove rileva, tra l'altro, l'abitudine

³³ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, traduzione inglese, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1934 (prima ed. 1694), p. 580 ss.

³⁴ In tal senso, l'autore (S. PUFENDORF, cit., p. 585) precisava:

It should, however, be observed that dominions over things taken in war acquire full validity only when he, from whom they were taken, renounces his claim to them by concluding peace.

³⁵ F. CAPOTORTI, cit., p. 11 ss.

³⁶ Alcuni autori riportano la lettera scritta da un maresciallo spagnolo, De Villeira, al Duca di Noailles in seguito all'occupazione francese di una città della Catalogna, in cui il maresciallo affermava che “i popoli vinti dalla forza delle armi [...] non si devono considerare assoggettati al principe che ha il dominio del loro territorio, se non in caso di vera e propria cessione, in seguito alla conclusione di una pace”. Si veda, fra gli altri: F. CAPOTORTI, cit., p. 12, nota 29.

³⁷ Si pensi all'occupazione del Rheinland da parte dei francesi tra il 1794 e il 1801, ben presto sfociata, a causa del dissesto finanziario in cui versava la Francia, in vero e proprio sfruttamento. Sul punto, si veda: A. CARCANO, cit., pp. 18-20.

³⁸ A. MIGLIAZZA, *L'occupazione bellica*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 7 ss.; M. MARINONI, *Della natura giuridica dell'occupazione bellica*, in *Rivista di diritto internazionale* (1910), p. 181 ss., p. 238 ss.

³⁹ Si vedano, fra gli altri: G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, sesta edizione, Giuffrè, Milano, 1952, p. 496 ss.; F. CAPOTORTI, cit., pp. 11-12; C. CURTI GIALDINO, cit., p. 722 ss.; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory... A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, p. 7 ss.

⁴⁰ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 722.

degli occupanti di estendere, *pendente bello*, l'efficacia della propria legislazione ai territori occupati⁴¹. Infatti, come sottolineato da Von Glahn:

The development of the existing rules governing military occupation was preceded by centuries during which no real distinction was drawn between military occupation on the one hand and conquest and subjugation on the other. Conquest of enemy territory was generally regarded as establishing annexation to the conqueror's realm⁴².

È dunque possibile affermare che un significativo mutamento nella concezione dell'occupazione militare cominciò a profilarsi soltanto nel XVIII secolo, per poi consolidarsi nel corso del secolo successivo⁴³. Infatti, se da un lato si andava progressivamente delineando una nuova configurazione della società internazionale quale comunità di Stati uguali e sovrani, dall'altro lato si affermava gradualmente il concetto di guerra come metodo di soluzione delle controversie più che come mero strumento di conquista⁴⁴. Nel 1758, Vattel affermava :

Les immeubles, les terres, les villes, les provinces passent sous la puissance de l'ennemi qui s'en empare, mais l'acquisition ne se consomme, la propriété ne devient stable et parfaite que par le traité de paix, ou par l'entière soumission et l'extinction de l'État, auquel ces villes et provinces appartenaient⁴⁵.

Quella di Vattel è una delle prime definizioni del moderno concetto di occupazione militare, in base al quale l'occupazione è una condizione temporanea le cui conseguenze giuridiche differiscono considerevolmente da quelle della conquista⁴⁶. Tuttavia, come

⁴¹ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 722.

⁴² G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 7.

⁴³ Nelle parole di Von Glahn (*ibidem*):

A line of demarcation between real acquisition and mere occupation by the armed forces of a belligerent made its appearance during the second half of the eighteenth century.

⁴⁴ A. CARCANO, cit., p. 20 ss.

⁴⁵ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, The Carnegie Institution, Washington, 1916 (titolo originale: *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*; prima ed. 1758), par. 197.

⁴⁶ Sul punto, si vedano: A. CARCANO, cit., p. 20 ss.; F. CAPOTORTI, cit., p. 13; D.A. GRABER, *The Development of the Law of Belligerent Occupation 1863-1914. A Historical Survey*, Columbia University Press, New York, 1949, p. 14. Parte della dottrina, però, ritiene che il moderno concetto di occupazione

già accennato, tale concetto non trovò riscontro nella prassi fino al XIX secolo. Fu il Congresso di Vienna, nel 1815, a consolidare tale tendenza, ribadendo il principio della sovranità degli Stati e il rifiuto della guerra di conquista. Infatti, come sottolineato da parte della dottrina, con l'emergere del concetto di sovranità, "le categorie del diritto pubblico, riflesse in espressioni quali 'sovranità' e 'sovrano', sostituirono le fattispecie tipiche del diritto privato"⁴⁷, fra i quali, ad esempio, 'proprietà'. Venne così a cadere l'equazione, propria del diritto romano, tra *res hostium* e *res nullius*, mentre in dottrina si andava ormai affermando chiaramente la distinzione tra il temporaneo possesso di un territorio nemico *pendente bello* e la sua definitiva acquisizione in forza di un trattato di pace o in seguito a *debellatio*⁴⁸. Lo stesso Congresso di Vienna affermò chiaramente il principio della legittimità del sovrano in carica prima dell'invasione del suo territorio, anticipando così l'odierno concetto di occupazione quale mero controllo del territorio da parte della Potenza occupante⁴⁹. Nel 1866, Heffter contribuì sicuramente all'affermarsi di tale nuova concezione dell'occupazione: partendo dalla constatazione del mutato

quale controllo provvisorio del territorio si sia in realtà sviluppato già al tempo della formazione dei grandi Stati nazionali. Secondo A. Migliazza, "già nel 16° secolo un istituto dell'occupazione, sia pure limitato a poche norme, imperfettamente elaborate, esisteva senza dubbio alcuno". A. MIGLIAZZA, cit., p. 11.

⁴⁷ A. CARCANO, cit., p. 22.

⁴⁸ Da notare come non esista alcuna definizione condivisa del termine '*debellatio*', così come di termini quali 'conquista', 'annessione', e così via. Secondo Karl-Ulrich Meyn (K.U. MEYN, *Debellatio*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 969-970), è possibile individuare ben tre diverse definizioni di *debellatio*. In primo luogo, si potrebbe intendere la *debellatio* come il risultato della conquista e dell'annessione di uno Stato ad opera dallo Stato conquistatore. Secondo un'altra definizione, la *debellatio* corrisponderebbe alla totale sconfitta di uno Stato nemico, alla sua occupazione e all'eliminazione di qualsiasi residuo della sua componente statale; in tal senso, essa comporterebbe l'estinzione dello Stato sconfitto, senza però determinare alcuna conseguenza giuridica prestabilita per il futuro dello Stato in questione (annessione o formazione di uno o più nuovi Stati). Infine, il termine '*debellatio*' potrebbe descrivere una mera situazione di fatto, la quale non escluderebbe – nemmeno in presenza di occupazione del territorio ed eliminazione di tutti gli organi dello Stato sconfitto – la perdurante esistenza di quest'ultimo.

Ad oggi, è difficile sostenere che casi di *debellatio* possano ancora avvenire. Da una parte, infatti, occorre considerare che, nel caso dell'esercizio della legittima difesa, la *debellatio* – seppure di uno Stato aggressore – non potrà che essere considerata una misura eccessiva e non proporzionale. Dall'altra parte, non si può non notare come, alla luce del divieto della minaccia e dell'uso della forza contenuto nell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite e generalmente considerato, ormai, norma di natura consuetudinaria (e addirittura di *ius cogens*), in nessun caso l'annessione derivante da una guerra di aggressione – seppur in seguito a *debellatio* – potrà essere considerata un titolo valido per esercitare la sovranità su di un territorio; d'altronde, ciò trova conferma anche nella preminenza assunta, in tempi più o meno recenti, dal principio di autodeterminazione dei popoli, il quale – nella sua dimensione esterna – riconosce il diritto dei popoli soggetti a dominazione coloniale e di quelli sottoposti a occupazione straniera a decidere liberamente del proprio statuto politico e perseguire liberamente il proprio sviluppo economico, sociale e culturale. Sull'autodeterminazione, si rimanda a: A. CASSESE, *Self-determination of people. A legal reappraisal*, A Grotius Publication, Cambridge University Press, 1995; D. THÜRER, *Self-Determination*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 2000, pp. 364-373.

⁴⁹ A. CARCANO, cit., p. 23.

scopo della guerra (dall'annientamento del nemico alla restaurazione della pace), egli giungeva infatti alla conclusione che il trasferimento della sovranità su di un territorio fosse possibile soltanto in seguito alla totale sconfitta dell'avversario, reso così incapace di opporre resistenza:

Tant que l'une des puissances en guerre n'est pas définitivement vaincue et qu'elle peut reprendre les armes, l'état des choses existant à son égard doit être regardé seulement comme transitoire ou usurpé”, aggiungendo poi che “[l'état de choses] est même rétabli de plein droit avec l'éloignement de l'ennemi et par la rentrée en possession de la part du vaincu durant ou après la guerre⁵⁰.

Il risultato del descritto sviluppo dottrinale, così come della giurisprudenza⁵¹ e della prassi degli Stati⁵², fu dunque “la negazione del valore acquisitivo dell'occupazione bellica, [...] interamente uscita, con ciò, dall'originario schema dell'*occupatio*”⁵³. La sovranità divenne, infatti, il perno del mutato ordinamento internazionale e, come già rilevato, l'istituto dell'*occupatio* ne uscì profondamente trasformato.

Nello stesso periodo, prese avvio un vero e proprio processo di codificazione della disciplina dell'occupazione bellica. Il primo tentativo di identificazione di un *corpus* di norme applicabili si ebbe a livello nazionale, con l'adozione del Codice Lieber (1863) durante la guerra di secessione negli Stati Uniti⁵⁴. Si trattava di un manuale di istruzioni elaborato, su richiesta del Presidente Lincoln, da un gruppo di esperti guidati dal professor Francis Lieber ed emanato come *General order* n. 100. È opportuno rilevare come parte della dottrina ne abbia contestato l'applicabilità ai conflitti internazionali, basandosi sulla considerazione che esso fosse stato redatto per un conflitto meramente

⁵⁰ A.G. HEFFTER, *Le Droit international public de l'Europe*, Schroeder-Cotillon, Berlin-Paris, 1866, p. 338.

⁵¹ A. Carcano riporta, a titolo esemplificativo, alcune sentenze di particolare interesse, fra cui quella della Corte di Cassazione francese relativa all'occupazione inglese della Martinica (Cour de cassation, *Magill c. Héritiers Monnel-Gonnier*, 1 febbraio 1837, citata in C. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Éditions A. Pedone, Paris, 1983, p. 137), in cui la Corte sostenne che tale occupazione temporanea non potesse intaccare la sovranità della Francia o il suo possesso della Martinica, possesso sospeso solo momentaneamente per effetto della conquista. A. CARCANO, cit., pp. 26-30.

⁵² Si pensi ai già citati principi espressi in occasione del Congresso di Vienna.

⁵³ F. CAPOTORTI, cit., p. 13.

⁵⁴ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, 1863, testo disponibile su: D. SCHINDLER, J. TOMAN (ed.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 3rd Edition, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 3 ss.

interno⁵⁵. Tuttavia, come osservato da autorevole dottrina, tale tesi andrebbe contestata alla luce del fatto che l'Unione aveva riconosciuto lo *status* di legittimo belligerante alle truppe confederate e che le stesse istruzioni avevano poi trovato applicazione nel corso del conflitto contro la Spagna (1898), per essere poi trasposte nel Manuale militare del 1914⁵⁶. È d'altronde innegabile che il Codice Lieber abbia influenzato notevolmente i successivi sviluppi del processo di codificazione del diritto dell'occupazione: da un lato, esso ispirò alcuni manuali militari europei sul finire del XIX secolo – da quello tedesco del 1870 a quelli italiani del 1896 e del 1900, dai manuali francesi del 1901 e 1912 a quello adottato dalla Russia in occasione della guerra contro il Giappone – e, dall'altro lato, molte delle sue norme sono rinvenibili anche nei successivi tentativi di codificazione avviati a livello internazionale.

Il primo tentativo in materia risale alla Conferenza internazionale di Bruxelles del 1874⁵⁷, sebbene la relativa Dichiarazione finale⁵⁸ non sia mai stata ratificata. Ad essa seguirono alcuni manuali di natura privata, come il Manuale di Oxford elaborato dall'*Institut de droit international* nel 1880⁵⁹ e il *Geffcken's code* del 1894⁶⁰, fino alla prima vera e propria codificazione in occasione delle Conferenze dell'Aja del 1899 e del 1907⁶¹. Gli strumenti fin qui citati prevedevano una serie di limiti ai poteri della Potenza occupante e, allo stesso tempo, si preoccupavano di proteggere tanto il legittimo sovrano quanto la popolazione civile del territorio occupato. Essi ponevano, infatti, una serie di “divieti aventi carattere assoluto e, pertanto, operanti a prescindere dalla necessità militare”⁶². Basti pensare che già il Codice Lieber e la Dichiarazione di Bruxelles vietavano la coscrizione forzata, il saccheggio, la violenza ingiustificata e così via, mentre il Regolamento dell'Aja prevedeva una tutela ancora maggiore, contemplando anche il divieto di rappresaglie, quello di costringere la popolazione locale a giurare fedeltà all'occupante o a fornire informazioni circa l'esercito o i mezzi di difesa del proprio Stato, e così via. Inoltre, tanto la Dichiarazione di Bruxelles quanto

⁵⁵ E. NYS, *Le Droit international; Les Principes, les Théories, les Faits*, M. Weissenbruch éditeur, Bruxelles, 1912, III, p. 222 ss.

⁵⁶ D.A. GRABER, cit., p. 18 ss.

⁵⁷ D.A. GRABER, cit., p. 20.

⁵⁸ Testo disponibile su: D. SCHINDLER, J. TOMAN, cit., p. 3 ss.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ F.H. GEFFCKEN, *Règlement de lois et coutumes de la guerre*, in *Revue de droit internationale*, 1894, pp. 286-604.

⁶¹ Per un'analisi dettagliata del processo di codificazione del diritto dell'occupazione, di rimanda a: D.A. GRABER, cit., p. 14 ss.

⁶² A. CARCANO, cit., p. 49.

il Regolamento dell'Aja ponevano anche degli obblighi positivi in capo alla Potenza occupante, come quello di ristabilire e assicurare l'ordine pubblico e la sicurezza⁶³.

Per quanto riguarda la natura dell'istituto in esame, è dunque opportuno ribadire come, a tale stadio di evoluzione del processo di codificazione, due principi fondamentali si fossero ormai consolidati: da un lato, il principio secondo il quale l'occupazione non avrebbe dovuto comportare l'estinzione dello Stato occupato né alcun trasferimento di sovranità in capo all'occupante; dall'altro, come già sottolineato, la necessità di porre dei limiti ai poteri della Potenza occupante al fine di salvaguardare tanto lo Stato occupato quanto la sua popolazione civile⁶⁴.

Tuttavia, la prima guerra mondiale mostrò ben presto l'inadeguatezza del Regolamento dell'Aja, soprattutto in materia di trattamento della popolazione civile⁶⁵: i numerosi riferimenti alla necessità militare⁶⁶, infatti, così come la preponderante attenzione agli interessi degli Stati – occupato e occupante – piuttosto che agli abitanti del territorio occupato, ridussero notevolmente la portata delle norme citate. Così, nel primo dopoguerra, si assistette ad una serie di tentativi volti a modificare la disciplina dell'occupazione adottando nuove, e più stringenti, regole. Da un lato, l'*International Law Association* adottò, nel 1928, le *Bellot Rules of War in Occupied Territories*, le quali, però, non vennero mai trasposte in un trattato. Dall'altro, il Comitato internazionale della Croce Rossa predispose, nel 1934, un progetto sulla protezione dei civili nei territori occupati allo scopo di sottoporlo ad una Conferenza diplomatica che avrebbe dovuto tenersi nel 1940 ma fu poi rinviata a causa dello scoppio della seconda guerra mondiale. Dunque, nonostante i notevoli sforzi, il Regolamento dell'Aja non subì alcuna modifica nel periodo in esame.

Fu solo in seguito al secondo conflitto mondiale che gli Stati, spinti dall'orrore per le atrocità commesse nei territori occupati, si accordarono al fine di aggiornare e completare il Regolamento dell'Aja. Così, sulla base del già citato progetto del Comitato internazionale della Croce Rossa, vennero redatte le quattro Convenzioni di

⁶³ A. CARCANO, cit., p. 50.

⁶⁴ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 724.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 14 del Codice Lieber (testo disponibile su: D. SCHINDLER, J. TOMAN, cit., p. 3 ss.):

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.

Ginevra del 1949, di cui la quarta è interamente dedicata alla protezione dei civili⁶⁷. Tale Convenzione prima, e il I Protocollo addizionale del 1977 poi, hanno innegabilmente esteso la portata della protezione garantita alla popolazione civile, riducendo, d'altronde, l'incidenza della necessità militare rispetto a quanto previsto dal Regolamento dell'Aja⁶⁸.

Ad oggi, è dunque evidente il distacco dall'originario schema dell'*occupatio* così come concepita nel diritto romano: da una parte, è ormai universalmente accettato il principio secondo il quale l'occupazione non determina l'estinzione dello Stato occupato e non produce alcun trasferimento di sovranità; dall'altra, come si vedrà in seguito, le norme convenzionali già citate, così come le norme di diritto consuetudinario in materia, pongono in capo alla Potenza occupante una serie di limitazioni volte alla protezione della popolazione civile e al mantenimento di condizioni di vita accettabili nel territorio occupato.

2. Definizione

2.1. *Ius ad bellum* e occupazione militare

A partire dal secondo dopoguerra, gli Stati hanno generalmente evitato di definirsi 'Potenze occupanti'⁶⁹, adducendo svariate giustificazioni, dalla volontà di recuperare territori precedentemente controllati alla presunzione di agire con il consenso del sovrano territoriale⁷⁰. La ragione risiedeva probabilmente nel vivo ricordo delle atrocità

⁶⁷ La IV Convenzione di Ginevra è entrata in vigore il 21 ottobre del 1950. L'Italia vi ha dato esecuzione con l. 27 ottobre 1951, n. 1739.

⁶⁸ Le norme vigenti in materia di occupazione bellica sono rinvenibili nel *Regolamento riguardante le leggi e gli usi della guerra terrestre* annesso alla *IV Convenzione dell'Aja* del 1907 (artt. 42-56), nella *IV Convenzione di Ginevra* del 1949 sulla protezione della popolazione civile in tempo di guerra (in particolare, artt. 27-33 e 47-78) e nel *I Protocollo addizionale* del 1977 (art. 72 ss.).

⁶⁹ Come osservato da M. Koskeniemi (M. KOSKENIEMI, *Occupation and Sovereignty – Still a Useful Distinction?*, in O. ENGDahl, P. WRANGE (ed.), *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*, Liber Amicorum Ove Bring, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, pp. 163-174, p. 164):

There are many reasons why a power undertaking military operations outside its own territory might want to refrain from adopting the status of an occupying power under the Fourth Geneva Convention but the principal among these is surely that this would limit its own liberty of action while providing no guarantee that it would do the same to the adversary that might continue to undertake operations from a relative safety of hiding amongst the civilian population. Becoming an occupying power might, in this respect, seem to constitute a trap.

⁷⁰ Y. DINSTein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009, pp. 10-11.

commesse durante le occupazioni della seconda guerra mondiale e nel progressivo affermarsi – con la Carta delle Nazioni Unite e il processo di decolonizzazione – del principio di autodeterminazione dei popoli, in virtù del quale l’occupazione veniva considerata ‘illegale’⁷¹. Ciò trova conferma nella lunga serie di risoluzioni delle Nazioni Unite che sembrano condannare l’occupazione, quasi equiparandola al colonialismo⁷². Si pensi, ad esempio, alla ris. 2625 (1970) dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati, in base alla quale il territorio di uno Stato non può essere oggetto di alcuna occupazione militare risultante dall’uso della forza, occupazione che risulterebbe, quindi, illegale⁷³.

Tuttavia, a partire dall’occupazione anglo-americana dell’Iraq (2003), la situazione ha subito un notevole mutamento: se, da un lato, il Consiglio di Sicurezza non ha esitato a definire i due Paesi come Potenze occupanti⁷⁴, dall’altro lato, la dottrina dominante sembra ormai unanime nel ritenere che l’occupazione – lungi dall’essere un’anomalia o addirittura un’aberrazione – sia ciò che Dinstein definisce “*a natural phenomenon in war*”⁷⁵.

Di nessuna utilità, poi, pare la distinzione tra occupazione lecita e occupazione illecita: sebbene taluni ritengano che un regime di occupazione derivante da una guerra di aggressione vada considerato illecito⁷⁶ e che da ciò discenda in capo alla Potenza occupante l’obbligo di porvi fine al più presto⁷⁷, la maggior parte della dottrina sostiene

⁷¹ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 3-5.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Tale risoluzione, tuttavia, non escludeva certo l’applicabilità del Diritto internazionale umanitario alle presunte occupazioni illegali. UN General Assembly, Res. 2625 (XXV): Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/25/2625, 24 October 1970, disponibile su www.un-documents.net/a25r2625.htm.

⁷⁴ UN Security Council, Res. 1483 (2003), S/RES/1483, 22 May 2003, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/53/PDF/N0336853.pdf?OpenElement.

⁷⁵ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 1.

⁷⁶ O. BEN-NAFTALI, A.M. GROSS, K. MICHAELI, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, in *Berkeley Journal of International Law* 23, 3 (2005), pp. 551-615; A. CARCANO, cit., pp. 76-83.

⁷⁷ Come osservato da Carcano (A. CARCANO, cit., p. 83):

Si ritiene che la distinzione tra lo *ius ad bellum* e lo *ius in bello* non vada interpretata in modo tanto stretto da concludere che l’illiceità di un’occupazione non abbia alcun impatto sulla continuazione di un’occupazione. Dal punto di vista del diritto internazionale, sostenere una simile conclusione, significherebbe far retrocedere il diritto internazionale a un’era precedente alla Carta. L’effettivo riconoscimento del dovere che incombe allo Stato di porre fine a un’occupazione illecita [...] deve ritenersi non meno determinante della stessa applicazione del diritto dell’occupazione.

che l'occupazione, in quanto istituto di *ius in bello*, sia assolutamente immune da qualsiasi considerazione circa la liceità del conflitto in cui si iscrive, vale a dire che essa esplicherà i suoi effetti indipendentemente da considerazioni di *ius ad bellum*⁷⁸. Dunque, le facoltà e gli obblighi delineati dal diritto dell'occupazione saranno sempre gli stessi, sia che la Potenza occupante abbia dato avvio ad una guerra di aggressione sia che essa abbia dovuto far ricorso alla forza nell'esercizio della legittima difesa. In tal senso, d'altronde, sembrano propendere anche la prassi degli Stati (desumibile, ad esempio, dalle prese di posizione in seno agli organi ONU)⁷⁹ e la giurisprudenza internazionale⁸⁰ così come quella delle corti interne⁸¹.

2.2. Ambito di applicazione del diritto dell'occupazione

2.2.1. Ambito di applicazione *ratione materiae*

Nel determinare l'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione, si dovrà necessariamente far riferimento al Regolamento dell'Aja. In tal senso, “*Article 42 of the Hague Regulations can be regarded as the only legal basis on which the determination of the existence of a state of occupation can be made*”⁸².

La ragione risiede nel fatto che né la IV Convenzione di Ginevra né il I Protocollo addizionale forniscono una definizione dell'istituto. In effetti, come si evince dai lavori

⁷⁸ Si veda, tra gli altri: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 2-3.

⁷⁹ Si pensi alla già citata ris. 1483 (2003) del Consiglio di Sicurezza, in cui quest'ultimo ha definito gli Stati Uniti e il Regno Unito come Potenze occupanti in Iraq, esortandole ad applicare il diritto dell'occupazione e tralasciando qualsiasi considerazione in merito alla liceità o meno del conflitto.

⁸⁰ Basti citare, fra gli altri, il Tribunale militare statunitense di Norimberga, il quale ha affermato, nel caso *List* (1948), che “*international law makes no distinction between a lawful and an unlawful occupant in dealing with the respective duties of occupation*”. U.S. Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, Judgment of 19 February 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. XI, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, p. 759 ss., p. 1247, disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html.

La stessa Corte internazionale di giustizia, nel caso *Congo c. Uganda* (2005), ha riconosciuto l'Uganda come Potenza occupante, stabilendo che essa aveva effettivamente violato il diritto umanitario e i diritti dell'uomo, ma esimendosi da qualsiasi considerazione circa l'illiceità dell'occupazione (pur avendo riconosciuto l'illiceità dell'uso della forza). ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

⁸¹ Ad esempio, una Corte speciale olandese ribadì, nel caso *Christiansen* del 1948, come il diritto internazionale, nel regolare i metodi di combattimento e l'occupazione di un territorio, non facesse alcuna differenza tra guerre cominciate legalmente e guerre cominciate illegalmente. The Netherlands, *Re Christiansen*, Special Court (War Criminals) of Arnhem, 12 August 1948, in *International Law Review* (1951), p. 502 ss.

⁸² T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 133-163, p. 139.

preparatori della IV Convenzione di Ginevra⁸³ e dal fatto che l'art. 2 si limita ad estendere l'ambito d'applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione al caso di un'occupazione che non incontri alcuna resistenza armata, appare ragionevole ritenere che i redattori abbiano inteso accettare la nozione di occupazione così come delineata all'Aja nel 1907: come sottolineato da Zwanenburg, infatti, se avessero voluto discostarsene, ve ne sarebbe traccia nel relativo dibattito⁸⁴.

Ad ulteriore conferma della centralità dell'art. 42 ai fini della definizione dell'occupazione militare, la dottrina cita generalmente l'art. 154 della Convenzione di Ginevra, ai sensi del quale “nei rapporti tra le Potenze legate dalla Convenzione dell'Aja relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre, [...] e che partecipano alla presente Convenzione, questa completerà le sezioni II e III del Regolamento allegato alle suddette Convenzioni dell'Aja”⁸⁵, senza quindi sostituirle. Anche la giurisprudenza, d'altra parte, sembra confermare tale impostazione. La Corte internazionale di giustizia, tanto nel parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati (2004) quanto nel caso *Congo c. Uganda* (2005), si è basata esclusivamente sulla definizione di occupazione delineata dal Regolamento dell'Aja al fine di determinare l'esistenza di un regime di occupazione nei territori in questione e la conseguente applicabilità del diritto dell'occupazione⁸⁶. Il medesimo approccio è stato poi seguito dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *Naletilić*⁸⁷ e, a livello interno, dalla Corte Suprema indiana⁸⁸.

Ai sensi dell'art. 42 del Regolamento dell'Aja, un territorio si considera occupato “quando si trova posto di fatto sotto l'autorità dell'esercito nemico”⁸⁹ e l'occupazione si estende solamente “ai territori nei quali tale autorità è stabilita e può effettivamente

⁸³ Federal Political Department of Switzerland, *Final Record of the Diplomatic Conference in Geneva of 1949*, Vol. II, Section A, Bern.

⁸⁴ M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 30-36, p. 33 ss.

⁸⁵ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, *Codice di Diritto internazionale umanitario*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁸⁶ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, par. 78; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., parr. 172-177.

⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003, parr. 215-216.

⁸⁸ Supreme Court (India), *Rev. Mons. Sebastiao Francisco xavier dos Remedios Monteiro v. the State of Goa*, 26 March 1969, All India Reporter, 1970, SC 329, Supreme Court Reports, 1970, pp. 87-102, disponibile presso: www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/a693a13f3cdd399ec12563b8002b1c41!OpenDocument.

⁸⁹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

esercitarsi”⁹⁰. L’art. 43 prevede, poi, che “nel caso in cui l’autorità del potere legittimo sia passata di fatto nelle mani dell’occupante, questo prenderà tutte le misure che dipendono da lui allo scopo di ristabilire e di assicurare, per quanto possibile, l’ordine e la vita pubblica [...]”⁹¹.

Il primo aspetto da rilevare è che l’esistenza di una situazione di occupazione dipende da elementi fattuali: come sottolineato dal Tribunale militare statunitense di Norimberga nel caso *List*, “*whether an invasion has developed into an occupation is a question of fact*”⁹². Ciò risulta, d’altronde, anche dal già citato Manuale di Oxford⁹³, dalla giurisprudenza internazionale⁹⁴ e da alcuni manuali militari⁹⁵. È dunque ragionevole ritenere che la definizione di occupazione ex art. 42 non dipenda dalle valutazioni soggettive delle parti in conflitto ma da un’analisi oggettiva condotta sulla base di elementi fattuali⁹⁶.

La definizione fornita dal Regolamento dell’Aja potrebbe, almeno a prima vista, sembrare esaustiva: sulla base di tale disposizione, infatti, appare ragionevole affermare che il diritto dell’occupazione trovi applicazione in tutti i casi in cui delle truppe straniere esercitino effettivamente la propria autorità su di un territorio nemico. Dalla stessa disposizione si ricavano, inoltre, utili informazioni circa la natura del conflitto: il controllo, infatti, deve essere esercitato sul territorio di un altro Stato, inscrivendosi, così, nell’ambito di un conflitto armato internazionale. In un conflitto armato non internazionale né il territorio controllato dagli insorti né quello su cui il

⁹⁰ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² U.S. Military Tribunal, *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, cit., p. 1243. Cfr. T. FERRARO, cit., p. 135.

⁹³ Ai sensi dell’art. 41 del Manuale di Oxford:

Territory is regarded as occupied when, as a consequence of invasion by hostile forces, the State to which it belongs has ceased, in fact, to exercise its ordinary authority therein, and the invading State is alone in a position to maintain order there. The limits within which this state of affairs exists determine the extent and duration of the occupation.

⁹⁴ Oltre al già citato caso *List* (U.S. Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, cit., p. 1243), si vedano: ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 172 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003, par. 210 ss.

⁹⁵ US Government, Department of Defense, *21st Century U.S. Army Law of Land Warfare Manual (FM 27-10), Rules, Principles, Hostilities, Prisoners of War, Wounded and Sick, Civilians, Occupation, War Crimes, Geneva Conventions*, Progressive Manager, Washington, 2003, par. 351 ss.; Canada, *Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at Operational and Tactical Levels*, JAG Office, 2001, Section 1203(1); New Zealand Defence Force, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, DM 112, 1992, Section 2(1302)(1).

⁹⁶ T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 135.

governo centrale mantiene il controllo possono essere considerati come ‘territori occupati’⁹⁷.

È tuttavia innegabile che la suddetta definizione presenti degli aspetti vaghi e problematici, omettendo di definire, tra l’altro, la natura stessa dell’autorità che l’esercito nemico deve esercitare perché esso possa essere considerato un esercito occupante. Per di più, una serie di fattori contribuiscono a complicare il quadro: dalla possibilità che le autorità locali continuino ad esercitare delle (limitate) funzioni di governo, al rifiuto dell’invasore di assumersi le responsabilità derivanti dal proprio *status* di Potenza occupante, fino all’eventualità che il controllo venga esercitato, grazie alle moderne tecnologie, senza la presenza di truppe sul territorio.

Sarà dunque utile, sulla base della citata definizione *ex art.* 42 del Regolamento dell’Aja, tentare di individuare gli elementi costitutivi dell’istituto in esame, così da determinare, più o meno agilmente, se la situazione in esame possa essere qualificata come occupazione bellica e se, di conseguenza, il diritto dell’occupazione trovi applicazione.

2.2.1.1. Il concetto di controllo effettivo: a) Tipo e grado del controllo esercitato

Al fine di determinare l’ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell’occupazione, la dottrina fa generalmente riferimento al concetto di ‘controllo effettivo’, sebbene tale espressione non compaia in alcuna norma convenzionale: essa è stata elaborata a livello dottrinale proprio allo scopo di individuare le condizioni necessarie affinché si possa riscontrare l’esistenza di un regime di occupazione⁹⁸. Da un lato, infatti, è evidente che una situazione di occupazione implica l’esercizio di un certo grado di controllo *de facto* da parte di truppe straniere in luogo del legittimo sovrano. Dall’altro, affinché le truppe d’occupazione possano avvalersi delle facoltà ed adempiere agli obblighi previsti dal diritto dell’occupazione, è necessario che il controllo da esse esercitato sia ‘effettivo’: tale termine deriva dall’analogia emersa dai lavori della Conferenza internazionale di Bruxelles (1874) fra occupazione e blocco

⁹⁷ Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 34. Come parte della dottrina ha osservato, diverso potrebbe forse essere il caso di forze secessioniste capaci di prendere il controllo di un territorio di cui non reclamano la secessione, sebbene nessuno di questi casi sia disciplinato dalle norme convenzionali in materia (il II Protocollo addizionale del 1977). Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp.8-10.

⁹⁸ Cfr. T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 139.

navale, in base alla quale l'effettività veniva considerata condizione essenziale per il riconoscimento sia dell'una che dell'altro⁹⁹.

Un'accurata indagine sull'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione dovrà dunque basarsi sul concetto di 'controllo effettivo': tale concetto, infatti, sostanzia e specifica la nozione di 'autorità' richiamata dall'art. 42 del Regolamento dell'Aja, individuandone i tratti distintivi così da precisare i contorni dell'istituto dell'occupazione.

Per quanto riguarda il tipo di controllo esercitato, occorre innanzitutto rilevare come, secondo la dottrina maggioritaria, il termine 'autorità' faccia riferimento alla nozione di 'funzioni di governo'¹⁰⁰, cui la Potenza occupante dovrebbe assolvere tramite una struttura di comando militare¹⁰¹. Sembra inoltre di poter escludere che il controllo esercitato, mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie, da una postazione situata al di fuori dei confini del territorio occupato, sia sufficiente ai sensi del diritto dell'occupazione. Perché uno Stato possa dirsi occupante, è infatti necessario che sia in grado di esercitare la propria autorità su una porzione di territorio nemico; a tal fine, non è sufficiente il mero controllo aereo o navale ma, al contrario, è essenziale la presenza di truppe sul territorio (i cc.dd. *boots on the ground*)¹⁰². D'altronde, se, da un lato, lo stesso art. 42 del Regolamento dell'Aja precisa che l'autorità deve essere "stabilita" prima di "potersi esercitare", dall'altro lato, molte delle disposizioni del diritto dell'occupazione (tanto nel Regolamento dell'Aja quanto nella IV Convenzione di Ginevra) presuppongono la presenza di truppe sul territorio¹⁰³. Anche la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto l'importanza di tale elemento nel caso *Congo c. Uganda*, in cui ha stabilito che, al fine di qualificare le truppe dell'Uganda come truppe d'occupazione, sarebbe stato necessario accertare non solo che esse fossero stabilite in una determinata area ma anche che avessero sostituito la propria autorità a

⁹⁹ D.A. GRABER, cit., p. 37 ss.

¹⁰⁰ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert meeting, March 2012, p. 19, disponibile su www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf

¹⁰¹ *Ivi*, p. 17.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ L'art. 43, ad esempio, richiede che l'occupante ristabilisca ed assicuri l'ordine e la vita pubblica. Com'è stato opportunamente rilevato, non è chiaro in che modo ciò possa avvenire senza dei *boots on the ground*. T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 143 ss.

quella del Congo¹⁰⁴; in tal senso, la Corte ha individuato due condizioni cumulative, fra cui, sicuramente, la presenza di truppe straniere sul territorio in questione¹⁰⁵.

Per quanto riguarda, invece, il grado di controllo esercitato, un aspetto su cui vale la pena di soffermarsi è quello della concentrazione delle truppe occupanti sul territorio in questione. Generalmente, perché il diritto dell'occupazione trovi applicazione, non si ritiene necessario che le forze armate dello Stato invasore occupino tutte le concentrazioni urbane dell'area in questione: finché il territorio nel suo insieme è in potere dell'occupante e sotto il suo controllo e finché l'occupante è in grado di far rispettare la sua autorità in qualsiasi punto del territorio in un lasso di tempo ragionevole, si ha occupazione militare dal punto di vista giuridico¹⁰⁶. In tal senso, nel caso *List*, il Tribunale militare statunitense di Norimberga ha osservato che “*it is immaterial by what method the authority is exercised, whether by fixed garrisons or flying columns, small or large forces*”¹⁰⁷. D'altronde, nello stesso caso, il Tribunale ha ritenuto sufficiente il fatto che le forze occupanti fossero in grado di assumere il controllo fisico di una parte del territorio in qualunque momento lo volessero e ha riscontrato come lo *status* di territorio occupato non venisse meno per il solo fatto che dei movimenti di resistenza potessero occasionalmente prendere il controllo di parte del territorio¹⁰⁸. Lo stesso approccio è stato poi adottato dal Manuale militare degli Stati Uniti¹⁰⁹ e dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *Naletilić*¹¹⁰. Inoltre, nella stessa direzione sembra propendere la dottrina in relazione all'occupazione dell'Iraq: sebbene gli occupanti avessero incontrato una strenua resistenza da parte di

¹⁰⁴ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 173.

¹⁰⁵ T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 146 ss.

¹⁰⁶ G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 29.

¹⁰⁷ U.S. Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, cit., p. 883.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Nel Manuale del 1956 (FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, cit., p. 139) si legge:

It is sufficient that the occupying force can, within a reasonable time, send detachments of troops to make its authority felt within the occupied district. [...] The mere existence of local resistance groups does not render the occupation ineffective.

¹¹⁰ In particolare, i giudici di primo grado (ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003, par. 217) hanno osservato:

The occupying power has a sufficient force present, of the capacity to send troops within a reasonable time, send detachments of troops to make the authority of the occupying power felt.

insorti, guerriglieri e terroristi, non sembra infatti di poter escludere che il territorio fosse effettivamente occupato¹¹¹.

Non ci si può però esimere dal notare come eventuali ostilità dovute all'opposizione di movimenti di resistenza presenti sul territorio occupato possano divenire talmente estese e violente da giustificare l'esclusione del regime di occupazione¹¹². In tal senso è da interpretare il caso *Einsatzgruppen*, in cui il Tribunale militare statunitense di Norimberga ha sottolineato come il Regolamento dell'Aja conferisse determinati poteri all'occupante esclusivamente in relazione a quei territori sui quali la sua autorità si fosse effettivamente stabilita, rilevando come, nel caso di specie, i partigiani avessero sottratto determinate porzioni di territorio all'occupante, costringendolo così a riprendere le ostilità al fine di acquisirne nuovamente il controllo¹¹³. Alle stesse conclusioni, d'altronde, giunge il Manuale militare del Regno Unito, in cui si afferma che l'occupazione è una questione di fatto che deve essere valutata basandosi su una serie di fattori, fra i quali il grado del controllo esercitato da un eventuale movimento di resistenza, l'intensità delle operazioni, il lasso di tempo interessato e l'eventuale riconoscimento internazionale del movimento¹¹⁴.

¹¹¹ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp. 6-7.

¹¹² Come osservato da Von Glahn (G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 29):

It seems to the writer that an occupation would be terminated at the actual dispossession of the occupant. [...] In the case of a native uprising, the very fact that successful eviction of the occupant took place would appear to be proof that the occupation had not been effective.

¹¹³ In particolare, il Tribunale ha osservato (U.S. Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Otto Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen Trial)*, Judgment of 10 April 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. IV/1, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, p. 492, disponibile presso: werle.rewi.hu-berlin.de/Einsatzgruppen.pdf):

The record shows that in many of the areas where the Einsatzgruppen operated, the so-called partisans had wrested considerable territory from the German occupant, and that military combat action of some dimensions was required to reoccupy those areas. In belligerent occupation the occupying power does not hold enemy territory by virtue of any legal right. On the contrary, it merely exercises a precarious and temporary actual control. This can be seen from Article 42 of the Hague Regulations which grants certain well limited rights to a military occupant only in enemy territory which is "actually placed" under his control. In reconquering enemy territory which the occupant has lost to the enemy, he is not carrying out a police performance but a regular act of war.

¹¹⁴ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, New York, 2004, par. 11.3, p. 275.

2.2.1.2. Il concetto di controllo effettivo: b) *Actual control test o potential control test?*

È adesso opportuno sottolineare come la presenza di truppe straniere su di un territorio non basti a giustificare l'applicazione del diritto dell'occupazione. Dall'art. 43 del Regolamento dell'Aja emerge, infatti, una definizione di occupazione fondata su altri due elementi: da un lato, l'incapacità di fatto del legittimo sovrano di esercitare la propria autorità su tutto o parte del suo territorio; dall'altro, l'esercizio di fatto dell'autorità dell'occupante sul territorio in questione¹¹⁵. Il già citato Manuale di Oxford del 1880 faceva riferimento agli stessi elementi: ai sensi dell'art. 41, infatti, si considerava occupato un territorio in cui, in seguito all'invasione di un esercito nemico, il legittimo sovrano si trovasse nell'impossibilità di fatto di esercitare la propria autorità e lo Stato invasore fosse invece nelle condizioni di mantenere l'ordine. Lo stesso approccio è stato poi adottato dal Manuale militare del Regno Unito:

To determine whether a state of occupation exists, it is necessary to look at the area concerned and determine whether two conditions are satisfied: first, that the former government has been rendered incapable of publicly exercising its authority in that area; and, secondly, that the occupying power is in a position to substitute its own authority for that of the former government¹¹⁶.

In tal senso, dunque, elemento essenziale della nozione di 'controllo effettivo' ai fini dell'individuazione di una situazione di occupazione bellica sembrerebbe proprio l'incapacità del legittimo sovrano di esercitare la propria autorità sul territorio¹¹⁷ e, di conseguenza, la sua sostituzione con l'autorità dell'occupante¹¹⁸. D'altronde, nel già

¹¹⁵ M. BOTHE, *"Effective Control": a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, in ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., pp. 36-40, p. 38.

¹¹⁶ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, cit., Section 11.3, p. 275.

¹¹⁷ Ciò può avvenire o meno in seguito all'invasione: è infatti ipotizzabile il caso in cui lo Stato in questione sia fallito e, dunque, le autorità statali non siano in grado di mantenere il controllo sul territorio già prima di qualsiasi invasione. M. BOTHE, *"Effective control": a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 38.

¹¹⁸ Come osservato da Yoram Dinstein (Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 39):

There are two elementary requirements for belligerent occupation: (i) the enemy's forces must have 'surrendered, been defeated or withdrawn' (or contained in isolated enclaves); and (ii) the enemy's mastery of the area is substituted by that of the Occupying Power.

citato caso *Naletilić*, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha sottolineato:

The occupying power must be in a position to substitute its own authority for that of the occupied authorities, which must have been rendered incapable of functioning publicly¹¹⁹.

Qualche anno dopo, la Corte internazionale di giustizia ha adottato lo stesso approccio, facendo riferimento ai suddetti elementi al fine di qualificare l'Uganda come Potenza occupante ma arrivando ad escludere che, in alcune aree, l'autorità di tale Stato avesse realmente sostituito quella congolese; in tal senso, la Corte ha fatto riferimento all'*effettivo* esercizio dell'autorità da parte delle truppe straniere affinché queste potessero essere considerate truppe occupanti¹²⁰. D'altronde, tra le condizioni ritenute utili all'individuazione di un'occupazione bellica, lo stesso Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha indicato, oltre all'incapacità del legittimo sovrano di esercitare la propria autorità e alla conseguente sostituzione della sua autorità con quella dell'occupante, anche la creazione di un'autorità amministrativa sul territorio occupato e l'emanazione e attuazione di ordini rivolti alla popolazione civile¹²¹.

¹¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003, par. 217.

¹²⁰ Al par. 172 della sentenza nel caso *Congo c. Uganda* (ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit.), la Corte infatti afferma:

In order to reach a conclusion as to whether a State, the military forces of which are present on the territory of another State as a result of an intervention, is an "occupying Power" in the meaning of the term as understood in the jus in bello, the Court must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question. In the present case the Court will need to satisfy itself that the Ugandan armed forces in the DRC were not only stationed in particular locations but also that they had substituted their own authority for that of the Congolese Government.

¹²¹ Al par. 217 della sentenza di primo grado nel caso *Naletilić* (ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003) si legge infatti:

To determine whether the authority of the occupying power has been actually established, the following guidelines provide some assistance:

- the occupying power must be in a position to substitute its own authority for that of the occupied authorities, which must have been rendered incapable of functioning publicly;
- the enemy's forces have surrendered, been defeated or withdrawn. In this respect, battle areas may not be considered as occupied territory. However,

Alla luce di tali pronunce, è dunque opportuno chiedersi se, affinché lo Stato invasore divenga Potenza occupante, esso debba necessariamente avvalersi delle facoltà ed adempiere agli obblighi previsti dal diritto dell'occupazione, esercitando quindi *effettivamente* la propria autorità sul territorio. Tale questione è di primaria importanza, poiché la scelta tra diverse concezioni di 'controllo effettivo' incide inevitabilmente sull'applicazione o meno del diritto dell'occupazione alla realtà sul campo. L'accesso dibattuto che si è innestato su tale questione vede contrapporsi essenzialmente due correnti dottrinali. Come sottolineato da Thürer e MacLaren:

Two interpretations – an expansive and a restrictive – have been put forward as to the control amounting to occupation: namely either when a party to a conflict is exercising some level of authority over enemy territory or when a party is exercising a level of authority sufficient to enable it to discharge all the responsibilities of occupation law¹²².

Da un lato, i sostenitori della teoria classica¹²³ – cui si fa generalmente riferimento con il termine “*actual control test*”¹²⁴ – ritengono che, affinché uno Stato possa essere considerato Potenza occupante, sia necessario l'*effettivo* esercizio della sua autorità sul territorio in questione, tramite la costituzione di una struttura amministrativa o l'emanazione di ordini, e così via, vale a dire adottando tutte le misure necessarie ad assumersi le responsabilità che derivano dallo *status* stesso di Potenza occupante. Taluni, infatti, basandosi su una lettura congiunta degli artt. 42 e 43 del Regolamento dell'Aja, ritengono che lo Stato invasore possa essere considerato come una Potenza occupante soltanto qualora esso prenda “tutte le misure che dipendono da lui allo scopo

sporadic local resistance, even successful, does not affect the reality of occupation;

- the occupying power has a sufficient force present, or the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt;
- a temporary administration has been established over the territory;
- the occupying power has issued and enforced directions to the civilian population.

¹²² D. THÜRER, M. MacLAREN, “*Ius Post Bellum*” in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?, in K. DICKE et al., *Weltinnenrecht*, Liber Amicorum Jost Delbrück, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 155, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 753-782, p. 757.

¹²³ Si vedano, *ex multis*: A. CORSI, cit., p. 63 ss.; L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, Vol. II, ‘Disputes, War and Neutrality’, Seventh Edition, edited by H. LAUTERPACHT, Longmans Green, London, 1952, p. 430 ss.; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 27 ss.

¹²⁴ A. ANNONI, *L'occupazione “ostile” nel diritto internazionale contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 45 ss.

di ristabilire e di assicurare, per quanto possibile, l'ordine e la vita pubblica"¹²⁵. Si tratta, d'altronde, dello stesso approccio seguito dalla Corte internazionale di giustizia nel già citato caso *Congo c. Uganda*, in cui la Corte ha escluso che l'autorità dell'Uganda avesse *effettivamente* sostituito quella congolese in determinate aree¹²⁶.

Dall'altro lato, la corrente dottrinale fautrice di quello che è stato definito "*potential control test*"¹²⁷ si discosta da tale interpretazione, sottolineando come un simile approccio non rifletta la tradizionale interpretazione dell'art. 42 del Regolamento dell'Aja così come riflessa nella giurisprudenza internazionale del secondo dopoguerra¹²⁸ (e in quella degli ultimi anni¹²⁹) e in alcuni manuali militari¹³⁰. Secondo i sostenitori di tale teoria¹³¹, ai fini dell'individuazione di un regime di occupazione, è necessario guardare alla *capacità* delle truppe straniere di esercitare la propria autorità sul territorio in questione¹³², piuttosto che al suo *effettivo* esercizio. In tal senso, appare "sufficiente che l'invasore abbia reso il governo preesistente incapace di operare, acquisendo un controllo tale da consentirgli in ogni momento di sostituire la propria autorità a quella del precedente amministratore"¹³³. D'altronde, sebbene l'enfasi posta, fra gli altri, dalla Corte internazionale di giustizia sull'*effettività* dell'esercizio dell'autorità permetta di determinare agevolmente se un territorio è occupato o meno, una siffatta interpretazione porterebbe ad un *vacuum* di potere tra il momento della scomparsa del legittimo sovrano e quello in cui l'occupante cominci ad esercitare *effettivamente* la propria autorità; tra l'altro, lo Stato invasore, pur esercitando il controllo *de facto* sul territorio, potrebbe deliberatamente rinunciare a sostituire la propria autorità a quella del legittimo sovrano proprio al fine di evitare di essere considerato una Potenza occupante¹³⁴. Inoltre, una lettura congiunta degli artt. 42 e 43 del Regolamento dell'Aja appare infondata, dal momento che l'applicazione dell'art. 43 dovrebbe conseguire da quella dell'art. 42 e non viceversa: è proprio dalla

¹²⁵ Art. 43 del Regolamento dell'Aja (traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.).

¹²⁶ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 177.

¹²⁷ A. ANNONI, cit., p. 45 ss.

¹²⁸ Si veda, ad esempio: U.S. Military Tribunal, *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, cit., p. 759 ss.

¹²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003, par. 210 ss.

¹³⁰ Si veda, fra gli altri: UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, cit., Section 11.3, p. 275.

¹³¹ Si vedano, fra gli altri: M. BOTHE, *Effective control during invasion: a practical view on the application threshold of the law of occupation*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 37-41; D. THÜRER, M. MacLAREN, cit., p. 756 ss.

¹³² ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 19 ss.

¹³³ A. ANNONI, cit., p. 46.

¹³⁴ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 19 ss.

qualificazione di uno Stato quale Potenza occupante – e, dunque, dalla preliminare identificazione di un regime di occupazione – che discendono in capo alla Potenza occupante le facoltà e gli obblighi *ex artt.* 43 e seguenti¹³⁵. In tal senso, appare condivisibile l'opinione di Bothe, il quale osserva:

Once the invader has established its presence and the armed forces of the country have withdrawn or disappeared, the invader obtains [the responsibility for maintaining order in the area] and must act accordingly¹³⁶.

Si ritiene, forse, di poter concordare con la teoria del *potential control test* (seguita, d'altra parte, anche dalla *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*), secondo la quale l'inizio dell'occupazione presuppone sempre un certo grado di stabilità delle truppe nemiche sul territorio in questione ma, una volta cessati i combattimenti, anche solo per pochi giorni, il diritto dell'occupazione trova applicazione¹³⁷. Così, nel determinare l'esistenza o meno di un regime di occupazione sulla base del concetto di 'controllo effettivo', si dovrà far riferimento alla *capacità* delle truppe straniere di esercitare la propria autorità sul territorio in questione piuttosto che all'*effettivo* esercizio di tale autorità. Il controllo effettivo, infatti, lungi dal dipendere dalla disponibilità dell'occupante ad assumersi le responsabilità derivanti dal diritto dell'occupazione, deve essere inteso come controllo *de facto*, da contrapporre alla legittima sovranità dello Stato occupato, che si trovi nell'impossibilità di esercitare la propria autorità. Tale interpretazione sembra confermata anche dall'art. 41 del Manuale di Oxford e dal Manuale militare del Regno Unito, i quali non richiedono che la Potenza occupante

¹³⁵ Si può forse far riferimento, piuttosto, all'assunzione graduale di responsabilità, da attuare in considerazione delle risorse disponibili e delle necessità delle truppe d'invasione. ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 19 ss. Dello stesso avviso: A. MIGLIAZZA, cit., p. 25 ss.

¹³⁶ M. BOTHE, "*Effective control*": *a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 39.

¹³⁷ Nel *Partial Award* del 28 aprile 2004 (Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, Partial Award, The Hague, 28 April 2004, par. 57), la Commissione ha osservato:

An area where combat is ongoing and the attacking forces have not yet established control cannot normally be considered occupied within the meaning of the Geneva Conventions of 1949. On the other hand, where combat is not occurring in an area controlled even just a few days by the armed forces of a hostile Power, the Commission believes that the legal rules applicable to occupied territory should apply.

eserciti *effettivamente* la propria autorità su di un territorio¹³⁸ ma che questa sia “*in a position to substitute its own authority for that of the former government*”¹³⁹.

Il dibattito dottrinale appena richiamato sarà di primaria importanza anche nella determinazione dell’ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell’occupazione. La teoria del *potential control test*, infatti, pur adottando una concezione meno restrittiva di controllo effettivo, concorda con la teoria dell’*actual control test* nel negare che il diritto dell’occupazione trovi applicazione durante la fase dell’invasione, come invece sostenuto dalla c.d. teoria Pictet¹⁴⁰. Non si può infatti ignorare la fondamentale distinzione tra invasione e occupazione: sebbene la prima – intesa come la mera incursione delle forze armate di uno Stato nel territorio di un altro Stato¹⁴¹ – costituisca spesso la fase preliminare di un’occupazione, essa si differenzia da quest’ultima proprio perché le ostilità sono ancora in corso e l’invasore ha un controllo meramente effimero del territorio¹⁴². Naturalmente, non è detto che l’occupazione sia sempre preceduta da un’invasione: è anche possibile, ad esempio, che uno Stato ritiri il consenso alla presenza di truppe straniere sul proprio territorio ma queste rimangano e continuino ad esercitare un controllo effettivo sul territorio in questione¹⁴³. In tal senso, nel già citato caso *Congo c. Uganda*, la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto l’Uganda come Potenza occupante proprio in ragione del ritiro del consenso congolese allo stazionamento delle truppe ugandesi sul proprio territorio¹⁴⁴.

2.2.1.3. La Potenza occupante e lo Stato occupato: l’eventuale coinvolgimento delle autorità locali e l’assenza del consenso

¹³⁸ M. BOTHE, “*Effective Control*”: *a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 38 ss.

¹³⁹ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, cit., Section 11.3, p. 275.

¹⁴⁰ *Infra*, par. 2.2.2.1 del presente capitolo.

¹⁴¹ Nelle parole di Oppenheim, “*invasion is the marching or riding of troops – or the flying of military aircraft – into enemy country*”. L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, cit., p. 434.

¹⁴² Come sottolineato dal Tribunale militare statunitense di Norimberga (U.S. Military Tribunal, *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, cit., p. 1243):

Whether an invasion has developed into an occupation is a question of fact. The term invasion implies a military operation while an occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established government. This presupposes the destruction of organized resistance and the establishment of an administration to preserve law and order. To the extent that the occupant's control is maintained and that of the civil government eliminated, the area will be said to be occupied.

¹⁴³ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 42.

¹⁴⁴ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 292.

Come già accennato, l'esistenza di un'occupazione bellica dipende essenzialmente da tre condizioni cumulative: a) la presenza di truppe *nemiche* sul territorio; b) l'esercizio di fatto dell'autorità dell'occupante sul territorio in questione; c) l'incapacità del legittimo sovrano di esercitare la propria autorità su tutto o parte del suo territorio¹⁴⁵.

Riguardo all'ultima delle suddette condizioni, occorre notare che, come mostrato dalla prassi, è possibile che le autorità locali dello Stato occupato collaborino con la Potenza occupante nella gestione del territorio. Infatti, sebbene taluni ritengano che il controllo sul territorio occupato debba essere esercitato in via esclusiva dalla Potenza occupante¹⁴⁶, è pur sempre ipotizzabile che quest'ultima decida di dividerne l'esercizio con le autorità locali, purché la cooperazione avvenga sempre sulla base di una condivisione "verticale" dell'autorità, derivante, quindi, dalla volontà dell'occupante piuttosto che dalla sua incapacità di mantenere il controllo sul territorio. In tal senso, è stato osservato che "*the continued operation of the legitimate government should be dependent on the occupier's willingness to let the former function and exert responsibilities*"¹⁴⁷.

Vale adesso la pena di soffermarsi sulla prima delle suddette condizioni, vale a dire sulla presenza di truppe *nemiche* sul territorio in questione. È infatti generalmente riconosciuto che il diritto dell'occupazione trovi applicazione soltanto nel caso in cui il legittimo sovrano non abbia acconsentito alla presenza di truppe straniere sul proprio territorio. Ciò si evince dallo stesso art. 42 del Regolamento dell'Aja, il quale fa riferimento a un territorio che sia soggetto all'autorità dell'esercito *nemico*¹⁴⁸. È dunque evidente come un altro elemento indispensabile ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione sia proprio quello dell'assenza del consenso dello Stato occupato¹⁴⁹. D'altronde, l'elemento distintivo dell'*occupatio bellica* è proprio il suo carattere coercitivo, che la differenzia dall'*occupatio pacifica* e che dovrà essere escluso in tutti i casi in cui lo Stato occupato

¹⁴⁵ Cfr. T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 141 ss.

¹⁴⁶ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 20.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Il testo francese fa riferimento a "*l'autorité de l'armée ennemie*", mentre la traduzione inglese utilizza il termine '*hostile*'.

¹⁴⁹ Alcuni manuali militari, poi, escludono espressamente l'applicazione delle norme in materia di occupazione in presenza del consenso dello Stato occupato. Si vedano: UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, cit., Section 11.1.2, p. 275; USA, FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, cit., p. 139.

abbia prestato il proprio consenso alla presenza delle truppe straniere (non qualificabili, così, come ‘nemiche’).

Sarà dunque opportuno soffermarsi brevemente sul consenso quale causa di esclusione dell’illecito internazionale, per poi osservare come ciò si rifletta sulla questione dell’applicabilità del diritto dell’occupazione. Ai sensi dell’art. 20 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati:

Il valido consenso di uno Stato alla commissione di un determinato atto da parte di un altro Stato esclude l’illiceità di quell’atto in relazione al primo Stato nella misura in cui l’atto non ecceda i limiti del consenso¹⁵⁰.

Come ribadito nel Commento a tale articolo, perché il consenso possa essere invocato quale causa di esclusione dell’illecito, occorre, in primo luogo, che esso sia valido e, in secondo luogo, che la relativa condotta non ecceda i limiti del consenso prestato¹⁵¹.

Il consenso può essere considerato valido ogniqualvolta esso promani da un individuo (o un’autorità) autorizzato a prestare il proprio consenso in rappresentanza dello Stato in questione: occorrerà dunque chiedersi, da un lato, se l’individuo o l’autorità in questione godano dei poteri necessari nel caso di specie e, dall’altro, se la loro condotta sia attribuibile allo Stato in questione. Naturalmente, la soluzione richiederà tanto un’analisi delle norme di diritto interno rilevanti in materia¹⁵² quanto una valutazione della legittimità del governo che presta il consenso. Sarà inoltre necessario verificare che il consenso non sia viziato da errore, violenza o dolo¹⁵³, che

¹⁵⁰ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di Diritto internazionale pubblico*, Quinta edizione, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁵¹ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, p. 72 ss., disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

¹⁵² Come rilevato nel Commento all’art. 20 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (*ibidem*), è possibile che gli elementi utili a verificare che l’autorità in questione abbia i poteri necessari a prestare il consenso in rappresentanza dello Stato siano rinvenibili nella stessa norma. Il Commento cita il caso del consenso prestato alla perquisizione di un’ambasciata e di quello volto a permettere lo stabilimento di una base militare straniera sul territorio dello Stato in questione: in questi due casi, il potere di prestare il consenso in rappresentanza dello Stato promanerà, probabilmente, da autorità differenti, indicate nelle norme di diritto interno rilevanti in materia.

¹⁵³ Per la trattazione dei vizi del consenso, il Commento al Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati rinvia ai principi individuati nell’ambito del diritto dei trattati. *Ibidem*.

In particolare, R. Kolb e S. Vité ricordano che, ai sensi dell’art. 52 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, è nullo ogni trattato la cui conclusione sia stata ottenuta con la minaccia o l’impiego della forza in violazione dei principi di diritto internazionale incorporati nella Carta delle Nazioni Unite. R. KOLB, S. VITÉ, *Le droit de l’occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 108.

esso sia prestato liberamente – escludendo quindi che si tratti di cc.dd. consensi ‘pilotati’¹⁵⁴ o ottenuti con la forza¹⁵⁵ – e che sia esplicito.

Per quanto riguarda, poi, la possibilità che la condotta posta in essere da uno Stato ecceda i limiti del consenso prestato da un altro Stato, il Commento al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati cita espressamente l’esempio di truppe straniere che stazionino sul territorio di detto Stato oltre il lasso di tempo cui quest’ultimo ha acconsentito¹⁵⁶. Ad ogni modo, come sottolineato nello stesso Commento, la non osservanza di una condizione posta alla base del consenso – come, ad esempio, il pagamento di un affitto per l’utilizzo di determinate strutture da parte di truppe straniere autorizzate a stabilirsi sul territorio – non significa necessariamente che lo Stato in questione stia eccedendo i limiti del consenso¹⁵⁷.

Occorre infine notare come, ai sensi dell’art. 26 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, nessuna delle disposizioni in materia di cause di esclusione dell’illecito valga ad escludere “l’illiceità di ogni atto di uno Stato che non sia conforme ad un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale”¹⁵⁸. In altri termini, il consenso non potrà essere invocato per escludere l’illiceità di una condotta contraria ad una norma di *ius cogens*. Al riguardo, vale anzitutto la pena di rilevare come, secondo lo stesso Commento al Progetto di articoli, alcune norme fondamentali del diritto internazionale umanitario possano ben essere considerate come norme imperative o di *ius cogens*¹⁵⁹. Vale poi la pena di soffermarsi brevemente sulla possibilità che il consenso prestato all’occupazione del proprio territorio violi il principio di autodeterminazione dei popoli. Sebbene, in tale caso, un’attenta valutazione della legittimità dell’autorità che presta il consenso possa spesso portare a ritenere che il diritto all’autodeterminazione degli abitanti del territorio occupato sia stato rispettato, più complessa è la valutazione dei casi in cui non vi sia alcuna autorità legittima in grado di prestare il proprio consenso (come, ad esempio, nel

¹⁵⁴ In uno studio del Comitato internazionale della Croce Rossa, si utilizza l’espressione ‘*engineered consent*’. ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 21.

¹⁵⁵ Il citato studio del Comitato internazionale della Croce Rossa fa riferimento al c.d. ‘*coerced consent*’. *Ibidem*.

¹⁵⁶ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States*, cit.

¹⁵⁷ In tal senso, “*while the non payment of the rent would no doubt be a wrongful act, it would not transform the visiting force into an army of occupation*”. *Ibidem*.

¹⁵⁸ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

¹⁵⁹ Citando quanto riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulla Liceità delle armi nucleari (ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 266, par. 79), il Commento riconosce che alcune norme di diritto internazionale umanitario “*constitute intransgressible principles of international customary law*”. International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States*, cit.

caso di interventi in Stati falliti): in tale eventualità, si può forse auspicare che gli occupanti seguano l'esempio dell'amministrazione territoriale di Timor Est istituita dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite mediante la ris. 1272 del 1999 (UNTAET)¹⁶⁰, in cui l'organizzazione si è preoccupata di ottenere il consenso della popolazione locale tramite referendum (oltre ad aver ottenuto quello dell'Indonesia e del Portogallo).

Sarà ora utile osservare brevemente come quanto detto si rifletta sulla questione dell'applicabilità *ratione materiae* del diritto dell'occupazione.

In primo luogo, occorre ribadire come l'assenza del consenso sia un prerequisito dell'occupazione bellica; in altri termini, il consenso dello Stato occupato è incompatibile con l'applicazione del diritto dell'occupazione¹⁶¹. Tuttavia, bisogna tener presente che l'esistenza di un'occupazione bellica non è una conseguenza automatica dell'assenza di consenso: la qualificazione della situazione come occupazione dovrà avvenire sulla base dei già citati elementi fattuali, poiché la base giuridica per l'applicazione del diritto dell'occupazione è l'esercizio del controllo effettivo su di un territorio, non l'assenza del consenso¹⁶². Il consenso è solo una condizione necessaria alla constatazione dell'esistenza di un conflitto armato e, qualora ne ricorrano le condizioni, di un'occupazione bellica¹⁶³. La stessa Corte internazionale di giustizia sembra aver adottato tale approccio nel caso *Congo c. Uganda*: dopo aver riconosciuto il ritiro del consenso del Congo allo stazionamento di truppe ugandesi sul proprio territorio, la Corte ha comunque proceduto ad un'accurata analisi della definizione di occupazione al fine di qualificare il caso di specie come occupazione bellica¹⁶⁴.

Un altro aspetto che vale la pena di sottolineare riguarda la differenza tra una situazione in cui uno Stato presti il consenso all'occupazione del proprio territorio da parte di truppe straniere e quella in cui, invece, non opponga alcuna resistenza all'occupazione. È in ragione di tale differenza fondamentale che, soprattutto nei casi qui in esame, è essenziale che il consenso sia esplicito e non meramente desunto dal

¹⁶⁰ UN Security Council, Res. 1272 (1999), S/RES/1272, 25 October 1999, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/312/77/PDF/N9931277.pdf?OpenElement.

¹⁶¹ T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 152 ss.

¹⁶² V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Editions Pedone, Paris, 2010, p. 20 ss.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 22.

comportamento dello Stato occupato¹⁶⁵. Infatti, come enunciato dall'art. 2, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra:

La Convenzione si applicherà [...] in tutti i casi di occupazione totale o parziale del territorio di un'Alta Parte contraente, anche se questa occupazione non incontra alcuna resistenza armata¹⁶⁶.

Dunque, ai fini della constatazione dell'esistenza di un regime di occupazione bellica – e, di conseguenza, della determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione – è indispensabile verificare che lo Stato occupato non abbia prestato alcun valido consenso alla presenza dell'occupante sul proprio territorio.

Ad ogni modo, la questione del consenso dello Stato occupato dovrà essere brevemente analizzata anche in relazione all'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione: infatti, se quanto detto vale a proposito del consenso prestato anteriormente all'arrivo delle truppe straniere sul territorio in questione o del ritiro del consenso nel corso dell'occupazione, una serie di ulteriori considerazioni sarà invece necessaria a proposito del consenso quale condizione per la fine dell'occupazione, vale a dire della possibilità che le autorità locali di un territorio occupato prestino il consenso alla continuata presenza delle truppe occupanti sul proprio territorio, ponendo quindi fine all'applicazione del diritto dell'occupazione.

2.2.2. Ambito di applicazione *ratione temporis*

Al fine di determinare l'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione, è essenziale far riferimento a quanto già rilevato a proposito dell'ambito di applicazione *ratione materiae*. Come già sottolineato, infatti, l'occupazione bellica è una situazione di fatto risultante dalla presenza di truppe nemiche su di un territorio sul quale il legittimo sovrano non sia più in grado di esercitare la propria autorità e dalla conseguente sostituzione dell'autorità legittima con quella *de facto* dell'occupante¹⁶⁷. Dal Regolamento dell'Aja, si evince, dunque, che

¹⁶⁵ In tal senso, il Commento al Progetto di articoli prevede che “*consent [...] must be actually expressed by the State rather than merely presumed on the basis that the State would have consented if it had been asked*”. International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, cit.

¹⁶⁶ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁶⁷ Come osservato da R. Kolb e S. Vité (R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 137):

l'occupazione ha inizio qualora uno Stato riesca ad esercitare il controllo effettivo¹⁶⁸ sul territorio di un belligerante nemico e che il diritto dell'occupazione trova applicazione finché tale controllo è esercitato¹⁶⁹.

Non ci si può però esimere dal notare come la questione dell'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione sia ancora oggetto di controversia, soprattutto laddove ci si interroghi sulla possibilità che almeno parte delle norme del diritto dell'occupazione trovino applicazione già nella fase dell'invasione – la quale, generalmente, precede l'instaurazione di un regime di occupazione – e sulle difficoltà derivanti dalle cc.dd. occupazioni prolungate. Sarà dunque utile soffermarsi separatamente tanto sull'inizio quanto sulla fine dell'occupazione bellica, così da trattare nel modo più accurato possibile tali aspetti problematici.

2.2.2.1. Inizio dell'occupazione e applicabilità del diritto dell'occupazione alla fase dell'invasione

L'individuazione del momento in cui ha inizio un'occupazione bellica è significativamente complicata dal fatto che la IV Convenzione di Ginevra non fornisce una definizione di occupazione ma, all'art. 2, si limita a precisare che “la Convenzione si applicherà in tutti i casi di guerra dichiarata o di qualsiasi altro conflitto armato che sorga tra due o più Alte Parti contraenti [...] e in tutti i casi di occupazione totale o parziale del territorio di un'Alta Parte contraente”¹⁷⁰.

Come già accennato, la mancata definizione dell'occupazione nella Convenzione di Ginevra lascia supporre che i redattori abbiano dato per scontata la definizione *ex art. 42*

La définition juridique de l'occupation repose sur des critères de fait (principe d'effectivité). Il y a occupation au sens du droit international lorsque, d'une part, une armée contrôle de manière effective un territoire étranger dans le cadre d'un conflit armé international et que, d'autre part, ce contrôle n'a pas été accepté par le souverain du territoire concerné. La notion d'occupation dépend ainsi de l'interprétation que l'on donne à ces deux critères. Selon que l'on retienne une conception large ou étroite de la notion de contrôle effectif, ou encore selon le degré d'indépendance que l'on exige pour considérer qu'une partie a donné “librement” son consentement à la présence de troupes étrangères sur son territoire, l'application du régime de l'occupation à une situation donnée se fera plus ou moins longtemps.

¹⁶⁸ *Supra*, par. 2.2.1. del presente capitolo.

¹⁶⁹ Cfr. M. BOTHE, *Occupation, belligerent*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 763-766, p. 764.

¹⁷⁰ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

del Regolamento dell'Aja¹⁷¹. Così, la dottrina maggioritaria ritiene che le norme della Convenzione in materia di occupazione trovino applicazione a partire dal momento in cui si realizzano le condizioni previste dal Regolamento dell'Aja¹⁷². D'altronde, ciò sembra confermato dall'art. 6, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra, ai sensi del quale "la Convenzione si applicherà sin dall'inizio di qualsiasi conflitto od occupazione"¹⁷³, senza definire quest'ultima in altro modo.

Tale posizione, in fondo, può essere ricondotta alla stessa corrente dottrinale fautrice dell'*actual control test*, di cui si è già avuto modo di trattare a proposito dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione¹⁷⁴. Secondo i sostenitori di tale teoria, la sola presenza di truppe nemiche sul territorio di un belligerante non sarebbe sufficiente a comportare l'applicazione del diritto dell'occupazione, essendo invece necessario l'*effettivo* esercizio dell'autorità da parte dell'occupante, tramite la costituzione di un'autorità amministrativa o l'emanazione di ordini e così via, vale a dire adottando tutte le misure necessarie ad assumersi le responsabilità che derivano dallo *status* stesso di Potenza occupante. In tal senso, la fase dell'invasione sarebbe necessariamente esclusa dall'applicazione delle norme in materia di occupazione: l'occupazione comincerebbe, infatti, soltanto a partire dal momento della costituzione di un'autorità stabile che si sostituisca a quella legittima dello Stato occupato nel governo del territorio.

I sostenitori della teoria del *potential control test* ritengono invece che, ai fini dell'individuazione di un regime di occupazione, sia necessario guardare alla *capacità* delle truppe straniere di esercitare la propria autorità sul territorio in questione¹⁷⁵, piuttosto che al suo *effettivo* esercizio; sarebbe quindi sufficiente riscontrare che "l'invasore abbia reso il governo preesistente incapace di operare, acquisendo un

¹⁷¹ *Supra*, par. 2.2.1. del presente capitolo.

¹⁷² Si vedano, fra gli altri: A. ANNONI, cit., p. 45 ss.; E. BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 1993, p. 7 ss.; M. BOTHE, *Occupation, Belligerent*, cit., p. 764 ss.; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 42 ss.; T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 136 ss.; H.P. GASSER, *Protection of the Civilian Population*, in D. FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, II Edition, Oxford University Press, 2008, pp. 237-323, p. 270 ss.; M.S. McDUGAL, F.P. FELICIANO, *The International Law of War. Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven Press, Martinus Nijhoff Publishers, New Haven, 1993, p. 732 ss.; A. MIGLIAZZA, cit., p. 25 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Quarta edizione, Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 253 ss.; G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Volume II: The Law of Armed Conflict, Stevens & Sons Limited, London, 1968, p. 163 ss.; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 27 ss.; M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 32 ss.

¹⁷³ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁷⁴ *Supra*, par. 2.2.1.2. del presente capitolo.

¹⁷⁵ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 19 ss.

controllo tale da consentirgli in ogni momento di sostituire la propria autorità a quella del precedente amministratore”¹⁷⁶. In tal senso, la determinazione dell’ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell’occupazione non dipenderebbe tanto dall’effettivo esercizio dell’autorità sul territorio quanto dalla manifesta supremazia militare dell’occupante e dalle responsabilità che ne derivano¹⁷⁷. Ad ogni modo, come sottolineato dalla *Eritrea Ethiopia Claims Commission*, l’inizio dell’occupazione presuppone un certo grado di stabilità delle truppe nemiche sul terreno in questione: finché i combattimenti sono in corso e le truppe nemiche non hanno ancora stabilito la propria autorità, non può aversi occupazione; cessati però i combattimenti, anche solo per pochi giorni, si applicherà il diritto dell’occupazione¹⁷⁸.

Occorre tuttavia rilevare come parte della dottrina si dissocia nettamente da entrambe le interpretazioni¹⁷⁹. I sostenitori della c.d. teoria Pictet, esposta nel Commentario alla IV Convenzione di Ginevra del Comitato internazionale della Croce Rossa¹⁸⁰, ritengono, sulla base del già citato art. 4 della IV Convenzione di Ginevra¹⁸¹, che la Convenzione abbia un ambito di applicazione più ampio rispetto a quello del Regolamento dell’Aja: optando per un concetto di controllo effettivo esercitato sulle persone piuttosto che sul territorio del nemico¹⁸², essi ritengono che le disposizioni della

¹⁷⁶ A. ANNONI, cit., p. 46.

¹⁷⁷ Secondo Thürer e MacLaren (D. THÜRER, M. MacLAREN, cit., p. 758.):

The deeming of responsibility of the invading force has, in other words, its basis in the invading force’s manifest military supremacy and in its underlying moral obligation to provide for the victims of its campaign.

¹⁷⁸ Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Central Front, Eritrea’s Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, Partial Award, The Hague, 28 April 2004, par. 57.

¹⁷⁹ Si vedano, fra gli altri: J.S. PICTET (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958, Article 6.1, disponibile su www.icrc.org/ihl/INTRO/380; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 137 ss.; V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l’application du droit de l’occupation*, cit., p. 20 ss.; M. SASSOLI, *A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion: the case for the applicability of the Fourth Geneva Convention during the invasion phase*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 42-50.

¹⁸⁰ J.S. PICTET, cit., Article 6.1.

¹⁸¹ Ai sensi dell’art. 4, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra (Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.):

Sono protette dalla Convenzione le persone che, in un momento e in modo qualsiasi, si trovino, in caso di conflitto o di occupazione, in potere di una Parte in conflitto o di una Potenza occupante, di cui esse non siano cittadini.

¹⁸² Secondo R. Kolb e S. Vité, “cette doctrine [...] opère un glissement sémantique dans l’un des deux critères fondamentaux définissant ce concept en réinterprétant la notion de ‘contrôle effectif’”. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 143.

IV Convenzione di Ginevra debbano essere applicate dal momento in cui le truppe straniere entrano in contatto con la popolazione civile del nemico. In tal senso, se nella teoria maggioritaria la nozione di ‘controllo effettivo’ è definita a partire dalla sua dimensione spaziale, in quella in esame è la sua portata personale ad essere messa in rilievo¹⁸³:

Dans l’approche fonctionnelle du CICR prévaut la relation de pouvoir entre une Puissance et une personne protégée, plutôt que la situation territorial dans laquelle cette relation se développe¹⁸⁴.

Tale approccio porterebbe, naturalmente, all’applicazione delle norme in materia di occupazione presenti nella Convenzione di Ginevra a situazioni che non rientrano nella definizione di occupazione ricavata dal Regolamento dell’Aja. Ciò risulta particolarmente interessante soprattutto laddove ci si soffermi sulla distinzione tra occupazione e invasione. Infatti, in considerazione del fatto che la maggior parte delle occupazioni è preceduta da un’invasione, la dottrina si interroga da tempo sull’eventualità che il diritto dell’occupazione trovi applicazione in una fase precedente all’esercizio del controllo effettivo da parte dell’occupante, vale a dire nella fase dell’invasione¹⁸⁵.

La questione merita un esame approfondito, soprattutto in ragione della situazione delicata in cui viene a trovarsi la popolazione civile di un territorio invaso nel momento in cui il legittimo sovrano non sia più in grado di esercitare la propria autorità ma quella dell’occupante non gli sia ancora subentrata. Lo stesso Comitato internazionale della Croce Rossa ha rilevato come tale questione non sia puramente astratta: nel caso iracheno (2003), ad esempio, il collasso delle infrastrutture pubbliche (come ospedali e impianti idrici), in parte dovuto alle razzie e alla violenza su larga scala associate all’avanzare delle truppe della coalizione, ha dimostrato la valenza pratica di simili discussioni teoriche¹⁸⁶. Come sottolineato da Bothe, un esempio utile a comprendere le

¹⁸³ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 143.

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 144.

¹⁸⁵ Come osservato da Kolb e Vité (*ivi*, p. 140):

La transition d’une étape à l’autre n’est pas nette en pratique. La transformation d’une invasion en occupation est un processus progressif et la distinction entre les deux situations est souvent affaire de nuances.

¹⁸⁶ M. ZWANENBURG, M. BOTHE, M. SASSÒLI, *Is the law of occupation applicable to the invasion phase? – Debate*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 29-50, p. 29.

implicazioni pratiche di tale dibattito dottrinale è quello di un carro armato che avanzi in territorio nemico per raggiungere un luogo in cui le truppe d'invasione e lo Stato invaso stiano combattendo e si trovi così a passare nei pressi di una casa in fiamme: qualora si decidesse di accettare la teoria in base alla quale il diritto dell'occupazione trova applicazione già nella fase dell'invasione, si dovrebbe anche concludere – in ragione dell'obbligo positivo posto in capo alla Potenza occupante di preoccuparsi della sopravvivenza della popolazione civile – a favore di un dovere del conducente del suddetto carro armato di fermarsi così da aiutare a spegnere l'incendio; in caso contrario, qualora cioè si concordasse con quella parte della dottrina che contesta l'applicabilità del diritto dell'occupazione durante la fase dell'invasione, si dovrebbe concludere a favore di un mero obbligo negativo di astenersi dall'attaccare i vigili del fuoco o la popolazione civile, in considerazione del fatto che le truppe d'invasione non sono tenute a preoccuparsi del benessere degli abitanti del territorio invaso¹⁸⁷.

A favore dell'applicabilità del diritto dell'occupazione alla fase dell'invasione viene generalmente citata proprio la teoria Pictet¹⁸⁸. Come già accennato, i sostenitori di tale teoria ritengono che il termine 'occupazione' richiamato dall'art. 6 della IV Convenzione di Ginevra abbia un significato più ampio di quello conferito allo stesso termine nel Regolamento dell'Aja. Basandosi sull'art. 4, essi giungono ad affermare che le disposizioni in materia di occupazione contenute nella Convenzione di Ginevra debbano essere applicate nel momento stesso in cui una persona protetta si trovi in potere di una Parte in conflitto, così che l'applicazione della IV Convenzione di Ginevra risulti indipendente dall'esistenza di un'occupazione *ex art. 42* del Regolamento dell'Aja¹⁸⁹. Non vi sarebbe, dunque, alcuna fase intermedia tra quella dell'invasione e l'inizio di uno stabile regime di occupazione: secondo Pictet, anche una pattuglia che penetri in territorio nemico senza alcuna intenzione di fermarvisi sarebbe tenuta a rispettare la Convenzione nei suoi rapporti con la popolazione civile¹⁹⁰.

¹⁸⁷ M. BOTHE, "Effective Control": a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation, cit., p. 39.

¹⁸⁸ J.S. PICTET, cit., Article 6.1.

¹⁸⁹ In particolare, nel Commentario del Comitato internazionale della Croce Rossa (*ibidem*) si legge:

The word 'occupation', as used in the Article, has a wider meaning than it has in Article 42 of the Regulations annexed to the Fourth Hague Convention of 1907. So far as individuals are concerned, the application of the Fourth Geneva Convention does not depend upon the existence of a state of occupation within the meaning of the Article 42 referred to above.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

Le argomentazioni a sostegno di tale teoria si fondano spesso su una interpretazione teleologica della Convenzione¹⁹¹, in base alla quale lo scopo (*telos*) umanitario delle Convenzioni di Ginevra renderebbe inimmaginabile che i redattori della Convenzione abbiano inteso creare un simile divario tra i territori invasi e quelli occupati, permettendo che delle persone da loro stessi definite ‘protette’ finiscano per rimanere prive di qualsiasi protezione¹⁹². Come sottolineato da Sassòli:

Control over a person in a territory that is not the invader’s own must be sufficient to trigger the application to that person of Convention IV’s provisions applicable to occupied territories¹⁹³.

Naturalmente, ciò non comporterebbe l’applicazione *en bloc* del diritto dell’occupazione, quanto piuttosto quella di alcune specifiche disposizioni (principalmente obblighi di astensione e norme poste a tutela degli individui) suscettibili di essere applicate anche in assenza di controllo effettivo stabile sul territorio¹⁹⁴. In tal senso, nel caso *Naletilić*, il Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia ha affermato:

The application of the law of occupation as it effects ‘individuals’ as civilians protected under Geneva Convention IV does not require that the occupying power have actual authority. For the purposes of those individuals’ rights, a state of occupation exists upon their falling into ‘the hands of the occupying power’¹⁹⁵.

¹⁹¹ M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 32.

¹⁹² M. SASSÒLI, *A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion*, cit., p. 43 ss.; J.S. PICTET, cit., Article 6.1.

¹⁹³ M. SASSÒLI, *A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion*, cit., p. 45.

¹⁹⁴ Come rilevato nel Commento all’art. 6, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra (J.S. PICTET, cit., Article 6.1):

Some of the Convention provisions become applicable immediately, such as those in Article 136, which concerns the setting up of an official Information Bureau. Others – Articles 52, 55, 56 and even some of the provisions of Articles 59 to 62, for example – presuppose the presence of the occupation authorities for a fairly long period. However, all the provisions relating to the rights enjoyed by protected persons or to the treatment which must be given them become applicable forthwith whatever the duration of the occupation.

¹⁹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003, par. 221.

Come già accennato, però, la dottrina maggioritaria tende a rifiutare tale interpretazione dell'ambito di applicazione *ratione temporis* delle norme in materia di occupazione bellica, ritenendo, invece, che il diritto dell'occupazione – incluse le disposizioni della IV Convenzione di Ginevra – trovi applicazione a partire dal momento in cui si realizzano le condizioni previste dal Regolamento dell'Aja per l'individuazione di un regime di occupazione¹⁹⁶. Ad avviso di chi scrive, non si può che concordare con tale impostazione nelle critiche che muove alla teoria Pictet.

Occorre infatti osservare come il fatto che la Parte III, Sezione III della IV Convenzione di Ginevra sia specificamente dedicata ai 'territori occupati' sembri indicare che i redattori abbiano inteso limitarne l'applicazione alle situazioni di occupazione¹⁹⁷. D'altronde, tale sezione contiene tanto disposizioni dedicate alla protezione degli individui quanto disposizioni volte alla tutela dei beni: accettare la teoria Pictet comporterebbe un ambito di applicazione differente per l'una e per l'altra serie di disposizioni, dal momento che gli individui godrebbero della protezione della Convenzione a partire dal momento in cui essi dovessero trovarsi in potere di una Parte in conflitto mentre i beni sarebbero protetti solo in caso di occupazione (determinabile ai sensi del Regolamento dell'Aja)¹⁹⁸.

Inoltre, come sottolineato da Zwanenburg, l'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra (sul quale si basano le argomentazioni della teoria Pictet) riguarda l'ambito di applicazione *ratione personae* della Convenzione, non quello *ratione temporis*: facendo riferimento alle "persone che, in un momento o in modo qualsiasi, si trovino, in caso di conflitto o di occupazione, in potere di una Parte in conflitto o di una Potenza occupante, di cui esse non siano cittadini"¹⁹⁹, tale disposizione presuppone la previa esistenza di un'occupazione ai fini dell'individuazione della categoria delle "persone

¹⁹⁶ Si vedano, fra gli altri: A. ANNONI, cit., p. 45 ss.; E. BENVENISTI, cit., p. 7 ss.; M. BOTHE, "Effective Control": a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation, cit., p. 37 ss.; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 42 ss.; T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 136 ss.; M.S. McDOUGAL, F.P. FELICIANO, cit., p. 732 ss.; A. MIGLIAZZA, cit., p. 25 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 253 ss.; G. SCHWARZENBERGER, cit., p. 163 ss.; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 27 ss.; M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 32 ss.

¹⁹⁷ Taluni sottolineano, anzi, come l'assenza, riscontrabile nella teoria Pictet, di qualsiasi legame tra l'applicazione delle norme in materia di occupazione e la nozione di controllo effettivo propria di tale teoria possa finire per compromettere la stessa qualificazione del diritto dell'occupazione come *lex specialis*. Si veda: ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 25, nota 14.

¹⁹⁸ M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 33.

¹⁹⁹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

protette”, non viceversa²⁰⁰. In tal senso, l’occupazione non deriva dal fatto che una persona si trovi in potere di una Parte in conflitto ma, viceversa, la constatazione dell’inizio di una situazione di occupazione – e, dunque, dell’applicabilità *ratione temporis* del diritto dell’occupazione – è il logico presupposto per la determinazione dello *status* di “persona protetta” ai sensi del diritto dell’occupazione e, dunque, della sua applicabilità *ratione personae*.

D’altronde, la teoria Pictet comporterebbe l’impossibilità per la Potenza occupante di rispettare buona parte delle norme del diritto dell’occupazione, segnatamente quelle che, prevedendo obblighi positivi in capo all’occupante, presuppongono il controllo effettivo sul territorio²⁰¹. Come sottolineato da Bothe:

Only some degree of control can trigger the specific regime of rights and duties, including protective duties imposed on the Occupying Power, that is the essence of the law of occupation²⁰².

Taluni sostengono che questo problema sia facilmente risolvibile prevedendo l’applicazione di un numero ristretto di disposizioni durante l’invasione²⁰³. Tuttavia, nulla nella Convenzione di Ginevra sembra confermare tale interpretazione e, d’altronde, appare inaccettabile una simile situazione di incertezza circa le norme di volta in volta applicabili²⁰⁴; d’altra parte, è stato osservato che ipotizzare l’applicazione di alcune norme del diritto dell’occupazione durante la fase dell’invasione,

²⁰⁰ M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 32.

²⁰¹ Nelle parole di Zwanenburg (M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 34):

Accepting the Pictet theory [...] would lead to a situation in which an Occupying Power is in a position of material impossibility to fulfil obligations imposed on it. This would imply that the drafters of the Fourth Geneva Convention did not espouse the Pictet theory, as it cannot be supposed that they would accept obligations for their respective states that they knew those states would not be able to fulfil.

²⁰² M. BOTHE, “*Effective Control*”: *a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 39.

²⁰³ M. SASSÒLI, *A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion*, cit., p. 46

ss.

²⁰⁴ Infatti, come osservato da Zwanenburg (M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 35):

It is entirely unclear precisely which rights and obligations would apply in a situation where the Pictet theory applies, and which would not. This would create a situation in which states parties (as well as protected persons) would be left guessing which obligations they had in a particular situation. This is very undesirable from the perspective of legal certainty.

escludendone però altre, potrebbe apparire arbitrario e forse, in ultima analisi, andare a discapito dell'applicazione del diritto internazionale umanitario nella sua interezza²⁰⁵.

Occorre anche notare come la prassi non sembri confermare la teoria Pictet. Il recente Manuale militare del Regno Unito, ad esempio, non fa alcun riferimento all'applicazione del diritto dell'occupazione durante la fase dell'invasione, proprio come nessun riferimento alla questione è rinvenibile in manuali militari meno recenti²⁰⁶. D'altra parte, neanche la giurisprudenza sembra condividere la tesi di Pictet. La Corte internazionale di giustizia, tanto nel parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati (2004) quanto nel caso *Congo c. Uganda* (2005), si è basata esclusivamente sulla definizione di occupazione delineata dal Regolamento dell'Aja al fine di determinare l'esistenza di un regime di occupazione nei territori in questione e la conseguente applicabilità del diritto dell'occupazione²⁰⁷. Lo stesso approccio è stato seguito, a livello interno, dalla Corte Suprema indiana, la quale ha fatto riferimento all'art. 42 del Regolamento dell'Aja al fine di determinare l'inizio dell'occupazione²⁰⁸.

In ultima analisi, sebbene condivisibile²⁰⁹, la preoccupazione circa l'assenza di garanzie poste a tutela della popolazione civile durante un'invasione non sembra giustificare l'applicazione del diritto dell'occupazione a partire da tale fase. D'altronde, se è vero che, qualora si decidesse di rifiutare la teoria Pictet, le persone in potere di uno Stato invasore godrebbero di minori garanzie rispetto alle persone in potere di un occupante, è anche vero che simili differenze non sono nuove al diritto internazionale umanitario: come Zwanenburg non ha mancato di sottolineare, lo stesso art. 4 della IV

²⁰⁵ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 25.

²⁰⁶ Australia, *Law of Armed Conflict: Commanders' Guide*, Australian Defence Force Publication, Operations Series, ADFP 37, Supplement 1 – Interim Edition, 7 March 1994; Canada, *Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at Operational and Tactical Levels*, JAG Office, 2001; Germany, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, DSK VV207320067, The Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany, VR II 3, August 1992, English translation of ZDF 15/2, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, August 1992; USA, FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, cit.; New Zealand Defence Force, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, DM 112, 1992; Sweden, *International Humanitarian Law in Armed Conflict, with Reference to the Swedish Total Defence System*, Swedish Ministry of Defence, 1991; France, *Manuel de droit des conflits armés*, Ministère de la Défense, SGA, 2003, alla voce *Territoire occupé*; Italia, *Manuale di diritto umanitario*, Stato maggiore della Difesa, SMD-G-014, 1991, p. 12 ss.

²⁰⁷ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 78; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 172-177.

²⁰⁸ Supreme Court (India), *Rev. Mons. Sebastiao Francisco xavier dos Remedios Monteiro v. the State of Goa*, cit.

²⁰⁹ Come sottolineato da Zwanenburg, si può certo auspicare l'applicazione della teoria Pictet come *lex ferenda*, ma nulla di più. M. ZWANENBURG, *Challenging the Pictet Theory*, cit., p. 35.

Convenzione di Ginevra esclude, ad esempio, che i cittadini di uno Stato neutrale che si trovino sul territorio di un belligerante, così come quelli di un cobelligerante, siano considerati come persone protette finché lo Stato di cui sono cittadini mantiene una rappresentanza diplomatica nello Stato in potere del quale si trovano²¹⁰. Piuttosto, l'obiettivo di protezione della popolazione civile può forse essere raggiunto, durante un'invasione, grazie all'applicazione delle norme a tutela dei diritti umani²¹¹ o della prima sezione della Parte III della IV Convenzione di Ginevra²¹² – completata dall'art. 75 del I Protocollo addizionale – o, infine, dei principi fondamentali di diritto internazionale umanitario (grazie alla clausola Martens)²¹³.

D'altronde, il problema delle insufficienti garanzie poste a tutela della popolazione civile nelle fasi precedenti l'*effettiva* sostituzione dell'autorità legittima dello Stato occupato con quella nuova dell'occupante può essere agilmente risolto rifiutando l'impostazione più restrittiva della corrente dottrinale maggioritaria (quella dell'*actual control test*), per prediligere invece quella del *potential control test*, in base alla quale, ai fini dell'individuazione di un regime di occupazione, è sufficiente guardare alla *capacità* delle truppe straniere di esercitare la propria autorità sul territorio in questione, piuttosto che al suo *effettivo* esercizio. Così facendo, la popolazione civile godrà della protezione garantita dal diritto dell'occupazione a partire dal momento in cui la Potenza occupante sia *in grado* di esercitare la propria autorità, anche qualora essa non voglia immediatamente avvalersi delle facoltà ed assumersi le responsabilità derivanti da tale regime²¹⁴.

2.2.2.2. Fine dell'occupazione e cc.dd. occupazioni prolungate

Come si è già avuto modo di sottolineare, al fine di determinare l'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione, è essenziale far riferimento a quanto già rilevato a proposito dell'ambito di applicazione *ratione materiae*. Infatti, il

²¹⁰ L'autore sottolinea come, “*like it or nor, such distinctions are part and parcel of IHL as it presently stands*”. *Ivi*, p. 33.

²¹¹ Tale eventualità deve però essere analizzata alla luce della questione dell'applicazione extraterritoriale delle norme internazionali poste a tutela dei diritti umani. *Infra*, cap. 3, par. 2 del presente lavoro di ricerca.

²¹² Tale sezione è infatti intitolata ‘Disposizioni comuni per i territori delle parti in conflitto e per i territori occupati’. L'uso del plurale potrebbe lasciar intendere che le parti del conflitto abbiano l'obbligo di rispettare tali disposizioni non solo sul proprio territorio ma anche su quello del belligerante nemico in caso di invasione.

²¹³ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 26.

²¹⁴ Cfr. M. BOTHE, “*Effective Control*”: *a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 39.

controllo effettivo dell'occupante sul territorio in questione si evince da una serie di condizioni cumulative: a) la presenza di truppe straniere sul territorio in questione senza che il sovrano territoriale vi abbia acconsentito; b) l'incapacità del legittimo sovrano di esercitare la propria autorità; c) la capacità dell'occupante di sostituire la propria autorità a quella del legittimo sovrano²¹⁵.

Data l'assenza, nel Regolamento dell'Aja, di qualsiasi disposizione in materia di fine dell'occupazione, le suddette condizioni – cui si è già fatto ricorso al fine di determinare l'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione e, dunque, l'inizio stesso di un regime di occupazione²¹⁶ – si rivelano egualmente utili ad identificarne la fine: qualora una sola di esse venga meno, si dovrà concludere che l'occupante non eserciti più il controllo effettivo sul territorio in questione e, di conseguenza, che l'occupazione abbia avuto fine²¹⁷. Occorre notare, però, come la stessa determinazione di quegli elementi che permettono di concludere che l'occupante non detiene più il controllo effettivo sia, ad oggi, oggetto di controversia. *Nulla quaestio* riguardo alla possibilità che l'occupante perda il controllo effettivo del territorio in seguito alla ripresa delle ostilità o ad un ritiro unilaterale. Più complessa, invece, è la valutazione dell'eventualità che la fine del controllo effettivo venga “dichiarata” dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, mediante l'adozione di una risoluzione *ex* Capitolo VII della Carta²¹⁸. Taluni suggeriscono, addirittura, di distinguere tra la fine di

²¹⁵ T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 141 ss.

²¹⁶ *Supra*, par. 2.2.2.1. del presente capitolo.

²¹⁷ T. FERRARO, *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, cit., p. 141 ss.

²¹⁸ In tal senso, si veda: M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, in *The European Journal of International Law* 16, 4 (2005), pp. 661-694, p. 682 ss.

L'eventualità che una risoluzione del Consiglio di Sicurezza comporti la fine dell'occupazione è stata però oggetto di alcune critiche. Il Consiglio di Sicurezza, infatti, non è un organo *legibus solutus*: nell'adempiere ai propri compiti, esso deve rispettare il diritto internazionale e, nel caso in esame, il diritto internazionale umanitario. Sebbene, in virtù del combinato disposto dell'art. 103 e dell'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite e in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Lockerbie* (ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 114, par. 42), le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza debbano in linea di principio prevalere sugli obblighi derivanti da qualsiasi altro accordo internazionale (purché non si tratti di norme di *ius cogens*), è stato osservato come tale influenza non possa arrivare al punto da interessare la qualificazione stessa della situazione sul campo come occupazione. Infatti, come sottolineato da Koutroulis (V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, cit., p. 253):

Le rôle primordial joué par la qualification dans l'application du droit de l'occupation empêche que l'on considère des éléments extérieurs à cette qualification – la volonté du Conseil – comme des conditions directes de cette application.

fatto dell'occupazione e la fine formale, adducendo quale esempio di fine formale proprio il caso della ris. 1546 del 2004, mediante la quale il Consiglio di Sicurezza ha decretato la fine dell'occupazione dell'Iraq sebbene la situazione sul terreno non fosse affatto mutata²¹⁹.

Ad ogni modo, è anche possibile che l'occupazione abbia termine nel momento in cui le autorità dello Stato occupato prestino il proprio consenso alla presenza delle truppe d'occupazione, le quali continuano ad esercitare il controllo effettivo sul territorio. Come già accennato, infatti, l'elemento distintivo dell'*occupatio bellica* è proprio il suo carattere coercitivo²²⁰, che, come vedremo, la differenzia dall'*occupatio pacifica*²²¹. Di conseguenza, il diritto dell'occupazione troverà applicazione solo nel caso in cui il legittimo sovrano non abbia acconsentito alla presenza di truppe straniere sul proprio territorio. Appare dunque evidente come il consenso eventualmente prestato dalle autorità locali di un territorio occupato alla presenza delle truppe occupanti debba necessariamente comportare la fine di un regime di occupazione bellica e la conseguente inapplicabilità delle norme rilevanti in materia²²².

Tuttavia, non è sempre facile individuare l'esatto momento in cui un governo locale possa essere considerato sufficientemente indipendente da renderne valido l'eventuale consenso²²³. Come già accennato, infatti, il consenso può essere considerato valido soltanto qualora promani da un individuo o un'autorità autorizzati a prestare il proprio consenso in rappresentanza dello Stato in questione²²⁴. Sarà dunque necessario procedere, da un lato, ad un'analisi delle norme di diritto interno rilevanti in materia e, dall'altro, ad una valutazione della legittimità del governo che presta il consenso, tenendo naturalmente in considerazione il diritto all'autodeterminazione della popolazione dei territori occupati. Inoltre, si dovrà verificare che il consenso non sia viziato da errore, violenza o dolo, che esso sia prestato liberamente – escludendo,

²¹⁹ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 27.

²²⁰ *Supra*, par. 2.2.1.3. del presente capitolo.

²²¹ *Infra*, par. 2.3. del presente capitolo.

²²² Nel caso *Congo c. Uganda*, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia si è soffermata sulla possibilità che gli accordi conclusi tra i due Stati tra il 1999 e il 2000 (gli accordi di Lusaka, Kampala and Harare) costituissero il consenso del primo alla presenza di truppe ugandesi sul proprio territorio, concludendo, però, che “*none of the aforementioned Agreements [...] constituted consent by the DRC to presence of Ugandan troops on Congolese territory for period after July 1999*”. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., p. 169.

²²³ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 152 ss.

²²⁴ *Supra*, par. 2.2.1.3. del presente capitolo.

quindi, che si tratti di cc.dd. consensi ‘pilotati’ o ottenuti con la forza²²⁵ – e che sia esplicito. Tuttavia, nel caso specifico della fine di un’occupazione militare, la valutazione della validità del consenso potrebbe rivelarsi particolarmente ardua: il conflitto armato, infatti, comporta spesso la totale (o parziale) distruzione delle strutture statuali del territorio occupato e la loro conseguente riorganizzazione ad opera della Potenza occupante. È inevitabile, dunque, che permangano dei dubbi circa la validità del consenso prestato da un governo o da un’autorità che sia, di fatto, sottoposta all’autorità di una Potenza occupante, in ragione del rapporto di potere asimmetrico che si viene necessariamente a creare in un territorio occupato²²⁶.

Come già accennato, la determinazione dell’ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell’occupazione è poi complicata dalle difficoltà derivanti dalla prassi delle cc.dd. occupazioni prolungate.

L’esempio di occupazione prolungata più noto è sicuramente quello dell’occupazione israeliana della Palestina. Infatti, sebbene vi siano altri casi di occupazioni protratte nel tempo – come quella di Cipro del Nord o del Sahara occidentale – quello palestinese è l’unico caso in cui l’occupante abbia, in un certo senso, riconosciuto la situazione: da una parte, se è vero che il governo israeliano ha sempre sostenuto di non ritenere che il diritto dell’occupazione trovasse applicazione *de jure* nei territori palestinesi, è anche vero che esso ne ha nondimeno assicurato l’applicazione *de facto*²²⁷; dall’altra parte, la Corte Suprema israeliana, pur negando in più casi l’applicabilità del diritto dell’occupazione ai territori palestinesi, in alcune pronunce ha invece sostenuto che la sua applicazione a tali territori dovesse tener conto delle speciali circostanze di un’occupazione protratta nel tempo²²⁸.

²²⁵ *Supra*, par. 2.2.1.3. del presente capitolo.

²²⁶ Relativamente al caso afgano, ad esempio, il Comitato internazionale della Croce Rossa ha considerato valido il consenso prestato dal neoletto governo di Karzai (giugno 2002), ignorando invece il precedente accordo (28 dicembre 2001) tra l’autorità provvisoria e le forze occupanti, arrivando quindi ad identificare nel giugno del 2002 il momento in cui il conflitto era diventato di natura interna e, di conseguenza, il diritto dell’occupazione non trovava più applicazione. V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l’application du droit de l’occupation*, cit., p. 209 ss.

²²⁷ Come osservato da Paulus (A. PAULUS, *The use of force in occupied territory: the applicable legal framework*, in ICRC, *Occupation and other forms of administration of foreign territory*, cit., pp. 131-144, p. 133):

While the Israeli government has, as far as I know, not formally changed its contrary position, it usually applies the Convention nevertheless, and the Israeli Supreme Court leaves the question open, but bases its decisions on the Fourth Geneva Convention.

²²⁸ A. ROBERTS, *Prolonged Military Occupation: the Israeli-occupied territories since 1967*, cit., p. 88 ss.

Com'è noto, uno dei tratti distintivi del diritto dell'occupazione consiste proprio nel principio secondo il quale lo Stato occupato non perde la sovranità sul territorio passato sotto il controllo della Potenza occupante e, di conseguenza, l'occupazione è un fenomeno di natura transitoria²²⁹. Le occupazioni prolungate, vale a dire quelle occupazioni che si protraggono ben oltre la fine delle ostilità²³⁰, mettono in discussione tale assunto e sollevano una serie di interessanti quesiti circa l'adeguatezza – e, secondo alcuni, la stessa applicabilità – del diritto dell'occupazione; taluni giungono addirittura a ritenerle illecite, sulla base della considerazione che qualsiasi occupazione tronca il nesso esistente tra sovranità e controllo effettivo e, di conseguenza, non può che essere di breve durata²³¹.

Sarà dunque opportuno soffermarsi, adesso, sulla possibilità che la durata dell'occupazione incida sull'applicazione delle norme rilevanti in materia.

Come già accennato, secondo la comune interpretazione del Regolamento dell'Aja, l'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione dovrebbe seguire le sorti dell'ambito di applicazione *ratione materiae*²³²; in altre parole, il diritto dell'occupazione dovrebbe trovare applicazione finché sussiste un'occupazione militare ai sensi dell'art. 42 del Regolamento dell'Aja. Nel secondo dopoguerra, però, l'esperienza delle occupazioni della Germania e del Giappone aveva portato le delegazioni presenti alla Conferenza diplomatica di Ginevra ad interrogarsi sulla necessità di prevedere un regime giuridico diverso nei casi di occupazioni protratte nel tempo: come sottolineato dalla delegazione statunitense, l'esperienza aveva infatti mostrato come un'occupazione prolungata fosse generalmente caratterizzata dal progressivo trasferimento delle funzioni di governo dall'occupante alle autorità locali del territorio occupato, così che le responsabilità dell'occupante nei confronti della

²²⁹ Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 49.

²³⁰ Con tale termine, si designano generalmente le occupazioni che durano più di cinque anni dalla fine delle ostilità: a rilevare, quindi, sono sia un elemento puramente temporale (cinque anni) sia un elemento sostanziale (l'assenza di ostilità). A. ROBERTS, *Prolonged Military Occupation: the Israeli-occupied territories since 1967*, cit., p. 47.

²³¹ Come parte della dottrina osserva, “time matters: [...] the duration of an occupation affects the legality of the very regime of occupation; [...] an occupation which has become indefinite – as distinct from temporary – has become illegal”. O. BEN-NAFTALI, *À la recherche du temps perdu: rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the light of the legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion*, in *Israel Law Review* 38 (2005), pp. 211-229, p. 213.

²³² V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, cit., p. 190-191, 295 ss.

popolazione locale fossero via via meno stringenti nel periodo successivo alla fine delle operazioni militari²³³.

Così, l'art. 6, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra ha introdotto la c.d. *one-year rule*, in base alla quale l'applicazione delle sue disposizioni in materia di occupazione militare dovrà cessare ad un anno dalla conclusione delle operazioni militari²³⁴. Tale disposizione, però, non riconosce alla Potenza occupante un margine di manovra illimitato: la seconda parte del par. 3 aggiunge infatti che, per l'intera durata dell'occupazione e finché l'occupante eserciti funzioni di governo nel territorio occupato, esso dovrà rispettare una serie di disposizioni della Convenzione specificamente indicate dalla norma. In particolare, oltre ad alcune norme di portata generale²³⁵ e ad altre in materia di applicazione della Convenzione stessa²³⁶, tale disposizione prevede che l'occupante resti vincolato dalla maggior parte delle norme volte alla tutela delle persone protette²³⁷. Da un lato, quindi, l'art. 6 prevede il mantenimento delle disposizioni "*les plus importantes du point de vue substantiel et humanitaire*"²³⁸ (anche definite "*le noyau dur*"²³⁹ della IV Convenzione di Ginevra), dall'altro stabilisce che le disposizioni relative alla condotta delle ostilità – prive, probabilmente, di alcuna utilità in un contesto in cui le ostilità si siano già concluse da

²³³ In tal senso, nelle parole del delegato statunitense (Federal Political Department of Switzerland, *Final Record of the Diplomatic Conference in Geneva of 1949*, Vol. II, Section A, Bern, p. 623):

Experience had shown that an Occupying Power did, in fact, exercise the majority of the governmental functions in occupied territory. A prolonged military occupation was, however, also characterized by a progressive return of governmental responsibility to local authorities. The Occupying Power should be bound by the obligations of the Convention only during such time as the institutions of the occupied territory were unable to provide for the needs of the inhabitants. [In] the case of Allied occupation of Germany and Japan [...] the responsibility of the Occupying Power for the welfare of the local populations was far less at present than during the period immediately following hostilities.

²³⁴ Si pone, naturalmente, il problema di definire cosa si intenda per "fine delle operazioni militari". Generalmente, si tende ad accettare un'interpretazione piuttosto restrittiva, basandosi, tra l'altro, su quanto si evince dai lavori preparatori, ai sensi dei quali "*the general conclusion of military operations means when the last shot has been fired*". Federal Political Department of Switzerland, *Final Record of the Diplomatic Conference in Geneva of 1949*, Vol. II, Section A, Bern, p. 815.

²³⁵ Artt. 1-8.

²³⁶ Artt. 9-12; art. 143.

²³⁷ Art. 27; art. 29; artt. 30-34; art. 47; art. 49; artt. 51-53; art. 59; artt. 61-77.

²³⁸ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 157.

²³⁹ R. KOLB, *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IVeme Convention de Genève du 12 Aout 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, in *African Yearbook of International Law – Annuaire Africain de Droit International* 10, Martinus Nijhoff, Leiden / Boston, 2002, pp. 315-316, p. 289 ss.

tempo – non trovino più applicazione trascorso il termine di un anno dalla fine delle operazioni militari.

L'art. 6, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra prevede dunque l'applicazione di un regime diverso in caso di occupazioni protratte nel tempo: introducendo un fattore temporale (un anno dalla fine delle operazioni militari) nella determinazione dell'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione, rescinde il legame esistente tra quest'ultimo e l'ambito di applicazione *ratione materiae*, poiché l'applicazione del diritto dell'occupazione non dipenderà più esclusivamente da elementi fattuali. Così, come sottolineato da Kolb e Vité, “*le domaine d'application ratione temporis de ce régime est [...] dissocié de la réalité matérielle qu'il est censé couvrir*”²⁴⁰.

Ad ogni modo, secondo la dottrina maggioritaria, la *one-year rule* sarebbe ormai una “*désuetude*”²⁴¹. Occorre infatti notare come il I Protocollo addizionale del 1977 abbia segnato il ritorno al concetto tradizionale di termine dell'occupazione: l'art. 3, lett. b) prevede soltanto che le Convenzioni di Ginevra e il I Protocollo addizionale non trovino più applicazione una volta terminata l'occupazione, senza fare alcun riferimento alla suddetta *one-year rule*, né specificare quando un'occupazione può considerarsi conclusa. Nel 1977, le esperienze della Germania e del Giappone appartenevano ormai al passato e, d'altra parte, svariate occupazioni militari prolungate avevano avuto luogo dall'epoca dell'adozione della IV Convenzione di Ginevra, protraendosi, in alcuni casi, ben oltre il limite di un anno dalla fine delle operazioni militari. Risultava dunque difficile comprendere le ragioni dell'applicazione di due regimi giuridici differenti ad una situazione che, col passare del tempo, non mutava affatto²⁴². Come sottolineato nel Commentario del Comitato internazionale della Croce Rossa, l'art. 3, lett. b) del I Protocollo addizionale è in effetti basato sulla bozza di articolo discussa e rigettata dalla Conferenza diplomatica di Ginevra del 1949; in tal senso:

However good the reasons advanced against this solution at that time may have been, [...] obvious progress has been made and any future controversy

²⁴⁰ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 156.

²⁴¹ R. KOLB, *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 Aout 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, cit., p. 291.

²⁴² R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 163.

regarding the exact moment of the general close of military operations will be pointless²⁴³.

È dunque ragionevole ritenere che, per i 172 Stati parti del Protocollo, l'art. 3, lett. b) abbia segnato il ritorno al principio di effettività²⁴⁴. Allo stesso tempo, però, non vi è ragione di credere che gli Stati non parti del Protocollo non condividano il contenuto di tale disposizione²⁴⁵: come si evince dai lavori preparatori, infatti, l'art. 3 è stato adottato per *consensus*, con l'assenso, quindi, anche degli Stati non parti del Protocollo ma presenti alla Conferenza (fra i quali Israele e gli Stati Uniti). Non si può poi ignorare come tanto la prassi successiva quanto la giurisprudenza sembrino confermare che l'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione debba essere determinato alla luce del principio di effettività. Infatti, ad eccezione del riferimento alla *one-year rule* incluso nel parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati²⁴⁶, i manuali militari²⁴⁷, le corti interne²⁴⁸ e le stesse dichiarazioni ufficiali degli Stati²⁴⁹ non hanno mai fatto riferimento all'art. 6, par. 3, della IV Convenzione di

²⁴³ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, I Additional Protocol, Article 3, disponibile presso: www.icrc.org/ihl/INTRO/470.

²⁴⁴ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 163 ss.

²⁴⁵ V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, cit., p. 175 ss.; V. KOUTROULIS, *The application of international humanitarian law and international human rights law in situation of prolonged occupation: only a matter of time?*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 165-205, p. 172 ss.

²⁴⁶ Per una critica mossa al parere della Corte in relazione all'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione si rimanda a: O. BEN-NAFTALI, *À la recherche du temps perdu*, cit., p. 214 ss.

²⁴⁷ Si pensi che, sebbene gli Stati Uniti non siano Stati parti del Protocollo, il Manuale militare del 2005 cita proprio l'art. 3, lett. b) tra le norme relative alla fine dell'occupazione. US Government, Department of Defense, *21st Century U.S. Army Law of Land Warfare Manual (FM 27-10)*, cit., par. 351 ss.

²⁴⁸ La Corte Suprema israeliana non ha mai applicato l'art. 6, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra, né è solita esimersi dal far riferimento anche alle norme la cui applicazione sarebbe dovuta terminare dopo un anno dalla fine delle ostilità. Si veda, ad esempio: Supreme Court (Israel), *Ajuri v. IDF Commander*, HCJ 7015/02, 3 September 2002, disponibile presso: [www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/46707c419d6bdfa24125673e00508145/71c710f9b1669ae9c12573870053238c/\\$FILE/Ajuri%20v.%20IDF%20Commander.pdf](http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/46707c419d6bdfa24125673e00508145/71c710f9b1669ae9c12573870053238c/$FILE/Ajuri%20v.%20IDF%20Commander.pdf).

²⁴⁹ Nell'ambito del procedimento tenutosi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia in occasione del citato parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati, nessuno Stato interveniente ha fatto riferimento all'art. 6, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra, nemmeno Israele. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit.

D'altronde, l'orientamento degli Stati in materia si evince anche dalle prese di posizione in seno agli organi ONU: l'Assemblea generale, in una serie di risoluzioni adottate dopo il parere della Corte internazionale di giustizia, ha più volte esortato Israele a rispettare tutte le disposizioni della IV Convenzione di Ginevra ("*comply fully*"). Si veda, fra le altre: Official records, Sixtieth Session of the General Assembly, 62nd plenary meeting, A/60/PV.62, 8 December 2005, p. 16, disponibile su www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/60/PV.62.

Ginevra al fine di giustificare l'applicazione di un regime giuridico diverso in base alla durata dell'occupazione: come sottolineato da Kolb e Vité, “*cette non-pratique reflète bien l'état actuel du droit*”²⁵⁰.

D'altra parte, l'irrelevanza della durata dell'occupazione ai fini dell'applicazione delle norme rilevanti in materia è anche confermata dalla constatazione che l'art. 6, par. 3 non introduce soltanto un fattore temporale per l'applicazione della *one-year rule*: come si evince dai lavori preparatori e dalla stessa formulazione della disposizione (“l'applicazione della presente Convenzione cesserà un anno dopo la fine generale delle operazioni militari”²⁵¹), il par. 3 dell'art. 6 è inteso a regolare i casi di occupazioni protratte nel tempo ma in cui vi sia un progressivo trasferimento delle funzioni di governo in capo alle autorità locali, individuando, quindi, un collegamento imprescindibile tra l'allentamento degli obblighi della Potenza occupante e il graduale trasferimento delle funzioni di governo²⁵². Come rilevato dalla delegazione italiana alla Conferenza di Ginevra:

An occupation which lasted beyond the date of cessation of hostilities only entailed obligations which were to be lifted progressively, as and when the local authority took over administrative powers²⁵³.

D'altronde, se si guarda alle disposizioni che non dovrebbero trovare applicazione in base alla *one-year rule*, si nota che fra queste figurano, ad esempio, l'art. 50 (relativo alla cura e all'educazione dei fanciulli) e l'art. 55 (relativo al vettovagliamento della popolazione con viveri e medicinali): essendo improbabile che i redattori della Convenzione intendessero privare i minori di cure ed educazione o la popolazione civile di mezzi di sostentamento e medicinali, l'unica spiegazione ragionevole è che l'ipotesi di base all'epoca della redazione dell'art. 6 fosse quella di occupazioni di breve durata in cui simili responsabilità venissero progressivamente trasferite in capo alle autorità locali, portando infine al ripristino dello *status quo ante*²⁵⁴.

²⁵⁰ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 166.

²⁵¹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

²⁵² Cfr. V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, cit., p. 164 ss.; V. KOUTROULIS, *The application of international humanitarian law and international human rights law in situation of prolonged occupation: only a matter of time?*, cit., p. 173 ss.

²⁵³ Federal Political Department of Switzerland, *Final Record of the Diplomatic Conference in Geneva of 1949*, Vol. II, Section A, Bern, p. 625.

²⁵⁴ In tal senso, come osservato da O. Ben-Naftali (O. BEN-NAFTALI, *À la recherche du temps perdu*, cit., p. 215):

Naturalmente, ciò non vuol dire che le norme del diritto dell'occupazione non debbano essere adattate alle specificità delle occupazioni prolungate. Al riguardo, la questione principale su cui val la pena di soffermarsi riguarda le conseguenze derivanti dalla durata dell'occupazione per i poteri e gli obblighi della Potenza occupante: se taluni ritengono che, in caso di occupazioni prolungate, sia necessario accordare maggiore libertà d'azione all'occupante²⁵⁵, altri sostengono, invece, la necessità di ridurre considerevolmente i poteri²⁵⁶. Probabilmente, la soluzione più ragionevole consiste nell'adottare un approccio flessibile, prevedendo un'applicazione più o meno restrittiva del diritto dell'occupazione in base alla tipologia degli interessi tutelati da ciascuna norma. In tal senso, parte della dottrina ha opportunamente suggerito di accordare un margine di manovra più ampio in materia di esercizio del potere legislativo da parte dell'occupante *ex art. 43 del Regolamento dell'Aja*, in ragione delle necessità naturalmente connesse al normale svolgimento della vita in un territorio soggetto ad occupazione per svariati anni (se non decenni)²⁵⁷, tenendo però sempre presente che l'espansione dei poteri dell'occupante deve andare a beneficio della popolazione civile del territorio occupato e che, soprattutto nei casi di occupazioni prolungate, si dovrà sempre tener presente la fondamentale differenza tra un governo legittimo (che gode, dunque, della sovranità sul territorio) ed un governo d'occupazione²⁵⁸.

The working assumption behind Article 6 was that the situation of occupation is bound to be relatively short and that the responsibility of this kind would be transferred to local authorities in a process leading to the end of the exceptional situation of occupation.

²⁵⁵ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 116-120.

²⁵⁶ O. BEN-NAFTALI, *À la recherche du temps perdu*, cit., p. 214 ss.

²⁵⁷ Secondo A. Roberts, ci sarebbero buone ragioni per permettere all'occupante l'esercizio di poteri più ampi in relazione a determinati aspetti del regime di occupazione, come, ad esempio, nei casi in cui si rendano necessari cambiamenti drastici e permanenti dell'economia o del sistema di governo del territorio in questione. A. ROBERTS, *Prolonged Military Occupation: the Israeli-occupied territories since 1967*, cit., p. 86 ss.

Anche la Corte Suprema israeliana (*Christian Society for the Holy Places v. Ministry of Defence et al.*, HCJ 337/71, 1972, in *Israel Yearbook on Human Rights* 2 (1972), pp. 354-356) ha riconosciuto tale necessità:

A prolonged military occupation brings in its wake social, economic and commercial changes which oblige him to adapt the law to the changing needs of the population. [Thus] the words 'absolutely prevented' in Article 43 should [...] be interpreted with reference to the duty imposed upon him vis-à-vis the civilian population, including the duty to regulate economic and social affairs.

²⁵⁸ V. KOUTROULIS, *The application of international humanitarian law and international human rights law in situation of prolonged occupation: only a matter of time?*, cit., p. 176 ss.

2.2.3. Ambito di applicazione *ratione personae*

L'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto dell'occupazione deve essere determinato in rapporto alla nozione di 'persona protetta' introdotta dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949. Le norme in materia di occupazione, infatti, non hanno come destinatari tutti gli individui posti sotto l'autorità di una Potenza occupante, ma solo quelli che, fra essi, vengono considerati 'persone protette'.

Il Regolamento dell'Aja non si preoccupa di definire le categorie di persone cui le proprie norme si indirizzano. Nato essenzialmente allo scopo di disciplinare la relazione di belligeranza tra Stato occupato e Potenza occupante²⁵⁹, il Regolamento contiene soltanto un nucleo minimo di garanzie poste a tutela dei civili. Ciò spiega, probabilmente, l'utilizzo di una terminologia piuttosto eterogenea: da 'individuo' ad 'abitante', da 'persona privata' ad una serie di termini designanti entità collettive ('famiglie', 'popolazione' e così via), fino ai casi in cui il destinatario della norma non è affatto indicato o in cui la norma è indirizzata a persone giuridiche (pubbliche o private)²⁶⁰.

Questa relativa confusione è stata in parte dissipata dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949²⁶¹: l'art. 4, par. 1, infatti, prevede che siano "protette dalla Convenzione le persone che, in un momento e in modo qualsiasi, si trovino, in caso di conflitto o di occupazione, in potere di una Parte in conflitto o di una Potenza occupante, di cui esse non siano cittadini", aggiungendo poi che "i cittadini di uno Stato neutrale, che si trovano sul territorio di uno Stato belligerante, e i cittadini di uno Stato cobelligerante non saranno considerati come persone protette finché lo Stato, di cui sono cittadini, avrà una rappresentanza diplomatica presso lo Stato in potere del quale si trovano"²⁶².

Occorre però ricordare che l'ambito di applicazione *ratione personae* della IV Convenzione di Ginevra così come definito dall'articolo citato non coincide esattamente con l'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto dell'occupazione nel suo

²⁵⁹ Nelle parole di Kolb e Vité (R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 116):

L'optique choisie n'est pas celle de la position de l'individu soumis au pouvoir d'une autorité étatique, mais plutôt celle de la relation militaire d'un État à un autre État. En ce sens, l'esprit du Règlement exprime l'économie du droit international public à l'époque de son adoption.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ *Ivi*, p. 117 ss.

²⁶² Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

insieme²⁶³. La Convenzione di Ginevra, infatti, non si occupa solamente delle persone che si trovano in territori occupati ma, in generale, di tutti i civili che si trovino in potere del nemico, compresi quelli residenti o di passaggio nel territorio di uno dei belligeranti; vi sono poi alcune disposizioni dall'ambito di applicazione più vasto, in quanto rivolte alle popolazioni dei belligeranti nel loro insieme. Non bisogna quindi dimenticare che – sebbene l'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra fornisca un'utile indicazione circa i destinatari del diritto dell'occupazione – l'ambito di applicazione *ratione personae* del Regolamento dell'Aja è più ristretto, essendo limitato ai casi di occupazione.

Dunque, basandosi sull'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra ma tenendo presente quanto detto, il diritto dell'occupazione potrà essere applicato a) ai civili b) che si trovino in potere di una Potenza occupante c) di cui non sono cittadini²⁶⁴, d) purché essi non siano cittadini di uno Stato non parte della Convenzione²⁶⁵ o di un co-belligerante (o di uno Stato neutrale) che mantiene normali relazioni diplomatiche con la Potenza occupante²⁶⁶. Una volta individuati tali criteri, è però necessario definirli accuratamente: se la definizione di 'civili' non crea problemi eccessivi, dal momento che con tale termine si designano generalmente quegli individui che possono essere inclusi nella categoria residuale dei non combattenti²⁶⁷, di più difficile determinazione sembrano essere gli altri due criteri della definizione di 'persona protetta'. Sarà dunque opportuno tentare di individuare i casi in cui sia possibile affermare che una persona è in potere di una Potenza occupante, così come la corretta interpretazione del criterio di nazionalità nei casi di conflitti interni ad uno Stato ma internazionalizzati.

Per quanto riguarda l'individuazione dei casi in cui una persona si trovi "in potere di una Potenza occupante" ai sensi dell'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra, la dottrina tende generalmente a far riferimento a tutti gli individui sui quali le truppe d'occupazione esercitano un controllo indiretto o *longa manu*²⁶⁸. In tal senso, non è necessario che un individuo sia direttamente in contatto con le forze occupanti (come,

²⁶³ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 12.

²⁶⁴ Sul punto, si veda: R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 123 ss.

²⁶⁵ Sebbene l'art. 4, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra faccia riferimento ai "cittadini di uno Stato che non sia vincolato dalla Convenzione", occorre tenere presente che la Convenzione è stata ratificata da tutti gli Stati e che, nonostante qualche voce dissenziente, si ritiene generalmente che le sue norme corrispondano al diritto internazionale consuetudinario; alla luce di tali considerazioni, appare ormai di scarsa utilità la distinzione tra Stati parti e Stati non parti della Convenzione.

²⁶⁶ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 8 (1978), pp. 104-143, p. 108.

²⁶⁷ Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 246.

²⁶⁸ Si vedano, fra gli altri: R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 121 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 12 ss.

ad esempio, in caso di arresto o internamento): è sufficiente che esso si trovi sul territorio controllato *de facto* dall'occupante²⁶⁹. Come sottolineato da Kolb e Vité:

Toute interprétation contraire confinerait à l'absurde et viderait la Convention d'une partie de son contenu. En effet, ne seraient alors protégés que les civils détenus ou internés²⁷⁰.

Tale interpretazione, d'altronde, sembra trovare conferma nella stessa Convenzione di Ginevra: da un lato, le disposizioni dedicate a detenuti e internati sono racchiuse in un'unica Sezione (Sezione IV, artt. 79-135); dall'altro, molte delle restanti disposizioni sarebbero prive di senso se applicate solamente a detenuti e internati²⁷¹. Seguendo lo stesso approccio, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha affermato:

The expression 'in the hands of' is not restricted to situations in which the individual civilian is physically in the hands of a Party or Occupying Power. [...] Those persons who found themselves in territory effectively occupied by a party to the conflict can be considered to have been in the hands of that party²⁷².

È evidente, dunque, che la realizzazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione è sufficiente perché si realizzi, allo stesso tempo, anche quello *ratione personae*²⁷³. Ne consegue che, come già rilevato a proposito dell'ambito di applicazione *ratione temporis*²⁷⁴, saranno protette dalle disposizioni del diritto dell'occupazione soltanto le persone che si trovino in potere di una *Potenza occupante*:

²⁶⁹ Come si legge nel Commento alla disposizione in esame (J.S. PICTET, cit., Article 4):

The expression "in the hands of" is used in an extremely general sense. It is not merely a question of being in enemy hands directly, as a prisoner is. The mere fact of being in the territory of a Party to the conflict or in occupied territory implies that one is in the power or "hands" of the Occupying Power. It is possible that this power will never actually be exercised over the protected person: very likely an inhabitant of an occupied territory will never have anything to do with the Occupying Power or its organizations. In other words, the expression "in the hands of" need not necessarily be understood in the physical sense; it simply means that the person is in territory which is under the control of the Power in question.

²⁷⁰ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 122.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 May 1997, par. 579.

²⁷³ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 115 ss.

²⁷⁴ *Supra*, par. 2.2.2. del presente capitolo.

la mera invasione del territorio non è sufficiente a comportare l'applicabilità del diritto dell'occupazione e, di conseguenza, le persone che si trovino in potere di eventuali truppe d'invasione saranno tutelate dalle norme in materia di condotta delle ostilità²⁷⁵.

Per quanto riguarda, infine, la corretta interpretazione del criterio di nazionalità, la questione risulta di primaria importanza nei casi di conflitti interni ad uno Stato ma internazionalizzati, rispetto ai quali la dottrina ha più volte individuato delle lacune in parte colmate dalla giurisprudenza recente²⁷⁶. In particolare, nel caso del conflitto in Bosnia-Erzegovina (1992-1995), cittadini di un medesimo Stato (la Bosnia, appunto) si erano scontrati in quanto appartenenti a diverse etnie (bosniaci-serbi contro bosniaci-croati contro musulmani), con il coinvolgimento di forze serbe e croate²⁷⁷. In simili casi, un'interpretazione restrittiva dell'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra avrebbe impedito di considerare un gran numero di civili come 'persone protette' nonostante essi si trovassero di fatto in potere del nemico. Per ovviare a tale problema, tanto nel caso *Tadić*²⁷⁸ quanto in quello *Delalić*²⁷⁹, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha deciso di interpretare l'art. 4 alla luce del suo oggetto e del suo scopo, preferendo il criterio dell'affiliazione a quello della nazionalità e facendo riferimento alle diverse etnie o fazioni coinvolte nel conflitto²⁸⁰. Così, "*even if in the circumstances*

²⁷⁵ Di opinione contraria è, tuttavia, quella parte della dottrina che concorda con la già citata teoria Pictet, secondo la quale il solo fatto che un civile sia "in potere di un esercito nemico" basterebbe a comportare l'applicabilità del diritto dell'occupazione, indipendentemente dall'esistenza o meno di un'occupazione ai sensi del Regolamento dell'Aja. Per la confutazione di tale teoria, *supra*, par. 2.2.2.1. del presente capitolo.

²⁷⁶ In tal senso, come rilevato da Kolb e Vité (R. KOLB, S. VITÉ, cit., pp. 124-125):

Le nombre de guerres interétatiques classiques telles que prévues par les Conventions de Genève a notablement régressé depuis 1949, alors que celui des guerres civiles internationalisées par des interventions étrangères a considérablement augmenté. Il était donc naturel et nécessaire à la fois que le droit tienne compte de cette évolution, du moment que ces guerres 'internationalisées' sont traitées comme des conflits armés internationaux auxquels les Conventions de Genève d'appliquent de plein droit.

²⁷⁷ *Ivi*, p. 124.

²⁷⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, par. 163 ss.

²⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001, par. 56 ss.

²⁸⁰ In particolare, nel caso *Tadić* (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, par. 168), il Tribunale ha osservato:

Article 4 of Geneva Convention IV, if interpreted in the light of its object and purpose, is directed to the protection of civilians to the maximum extent possible. It therefore does not make its applicability dependent on formal bonds and purely legal relations. Its primary purpose is to ensure the safeguards afforded by the Convention to those civilians who do not enjoy the diplomatic protection, and correlatively are not subject to the allegiance

*of the case the perpetrators and the victims were to be regarded as possessing the same nationality, Article 4 would still be applicable*²⁸¹.

2.3. Tipi di occupazione militare e diritto applicabile

La tipologia di occupazione cui si è finora fatto riferimento e a cui le norme del diritto dell'occupazione sono senza alcun dubbio applicabili è definita in dottrina con il termine '*occupatio bellica*' (o '*belligerent occupation*'); com'è noto, la dottrina tradizionale ha sempre operato una netta distinzione tra questa tipologia di occupazione e l'*occupatio pacifica*, rispetto alla quale, invece, le norme del diritto dell'occupazione non trovano applicazione. Ad oggi, però, la varietà delle occupazioni militari riscontrate nella prassi è talmente ampia da indurre la dottrina ad individuare innumerevoli categorie intermedie rispetto alle quali l'applicabilità o meno del diritto dell'occupazione è, se non altro, dubbia.

Ai fini di uno studio accurato della questione della protezione della popolazione civile nei territori occupati, sarà dunque opportuno individuare le principali differenze tra *occupatio bellica* e *occupatio pacifica* e il diritto applicabile a queste due fattispecie, così da accostare all'una o all'altra categoria alcune delle fattispecie intermedie riscontrabili nella prassi, soffermandosi in particolare sul caso delle occupazioni ad opera di forze multinazionali. La *ratio* è quella di identificare dei criteri che possano guidare l'analisi del diritto applicabile all'occupazione intesa in senso ampio, vale a dire a quella categoria che viene spesso definita in dottrina come 'occupazione militare' o 'occupazione ostile' e in cui rientrano anche una serie di occupazioni che non soddisfano i criteri della definizione classica di *occupatio bellica* ma che sono nondimeno ad essa assimilabili.

2.3.1. *Occupatio bellica* e altri tipi di occupazione militare cui si applica il diritto dell'occupazione.

Come già accennato, il tipo di occupazione militare cui le norme del diritto dell'occupazione fanno riferimento e, probabilmente, quello che si è verificato più

and control, of the State in whose hands they may find themselves. In granting its protection, Article 4 intends to look to the substance of relations, not to their legal characterisation as such.

²⁸¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, par. 169.

frequentemente, è senza dubbio l'*occupatio bellica*²⁸². Tale istituto può essere definito come “l'impossessamento del territorio nemico con l'intenzione di detenerlo durevolmente”²⁸³ o come un'occupazione militare *flagrante bello*²⁸⁴ o, ancora, come una “*situation née de l'invasion du territoire d'un des belligérants par une armée ennemie, qui stationne sur une portion de ce territoire pendant le déroulement du conflit et le contrôle pendant une période plus longue que celle du combat proprement dit*”²⁸⁵. Qualunque sia la definizione prediletta, dall'analisi già effettuata in merito all'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'occupazione²⁸⁶ risulta chiaramente come l'esistenza di un regime di occupazione dipenda essenzialmente da elementi fattuali, vale a dire dalla presenza di una serie di condizioni cumulative che permettono di appurare se l'occupante detenga o meno il ‘controllo effettivo’ sul territorio occupato: si tratta, in particolare, a) della presenza di truppe *nemiche* sul territorio, b) dell'esercizio *di fatto* dell'autorità dell'occupante sul tale territorio, e c) dell'incapacità *di fatto* del legittimo sovrano di esercitare la propria autorità. Si è già avuto modo di notare, inoltre, che il tratto distintivo dell'occupazione bellica consiste proprio nel suo carattere coercitivo e, dunque, nel mancato consenso dello Stato occupato: se uno Stato assume il controllo del territorio di un altro Stato mediante l'uso della forza e il sovrano territoriale non è più in grado di esercitare il controllo su quel territorio, allora l'occupazione è bellica e le norme del diritto dell'occupazione dovranno trovare applicazione. Il mancato consenso dello Stato occupato costituisce, infatti, un requisito indispensabile dell'*occupatio bellica*, differenziandola chiaramente da quella pacifica: come si evince dalla stessa terminologia utilizzata nell'art. 42 del Regolamento dell'Aja (il quale fa riferimento alla presenza di truppe *nemiche*), il diritto dell'occupazione trova applicazione solo nel caso in cui il legittimo

²⁸² Infatti, come osservato da Von Glahn (G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 27):

Conventional International law recognizes only one form of military occupation: belligerent occupation, that is, the occupation of part or all of an enemy's territory in time of war; this is the type of occupation covered by the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention of 1949. There exist several additional types of occupation, perhaps just as important to the countries concerned as the belligerent type, yet these are not covered as yet by specific conventional rules.

²⁸³ G. CANSACCHI, *Nozioni di Diritto internazionale bellico*, Seconda edizione, Giappichelli, Torino, 1955, p. 93.

²⁸⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 26.

²⁸⁵ P. DAILLIER, A. PELLET, M. FORTEAU, D. MÜLLER, cit., p. 539.

²⁸⁶ *Supra*, par. 2.2.1. del presente capitolo.

sovrano non abbia acconsentito alla presenza di truppe straniere sul proprio territorio. Dunque, in senso stretto, l'occupazione è da ritenersi bellica quando è attuata a) da un belligerante, b) sul territorio di un nemico, c) nel corso di un conflitto armato e d) prima della conclusione di un armistizio²⁸⁷.

Per quanto riguarda la natura dell'istituto in esame, non ci si può esimere dal rilevare come l'*occupatio bellica* sia, nelle parole di Fauchille, un "*pur fait*"²⁸⁸: essa non determina l'estinzione dello Stato occupato e non produce alcun trasferimento di sovranità²⁸⁹; in tal senso, "*c'est un état de choses essentiellement provisoire, qui ne substitue pas légalement l'autorité du belligérant envahisseur à celle du belligérant envahi*"²⁹⁰. Ad ogni modo, dal fatto che delle truppe nemiche stazionino sul territorio in questione, discende in capo all'occupante la facoltà di agire come autorità territoriale rispetto alle persone e ai beni situati su quel territorio²⁹¹: infatti, l'occupazione "*donne au [belligérant envahisseur] le pouvoir et les moyens d'accomplir sur le territoire des actes utiles aux fins de la guerre*"²⁹². È dunque evidente come dall'occupazione bellica scaturisca un rapporto giuridico, definito in dottrina come "rapporto d'occupazione"²⁹³, i cui soggetti sono i due (o più) belligeranti nemici e il cui oggetto è "l'attività intesa a disciplinare la vita associata nel territorio occupato"²⁹⁴; il contenuto di tale rapporto consiste proprio nella facoltà dell'occupante di svolgere temporaneamente (*pendente bello*) l'attività di governo sul territorio occupato, cui fa riscontro l'obbligo dello Stato occupato di riconoscerne la legittimità²⁹⁵.

L'occupazione bellica così definita ha svolto un ruolo talmente centrale nell'evoluzione e nella codificazione del diritto dell'occupazione che parte della

²⁸⁷ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, in *The British Yearbook of International Law* 55, 1 (1984), pp. 249-305, p. 261.

²⁸⁸ P. FAUCHILLE, cit., p. 215.

²⁸⁹ Come osservato da Debbasch (O. DEBBASCH, *L'occupation militaire. Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1962, p. 341):

L'occupation militaire est en fait, indissolublement lié au fait dès son origine et dans tout le cours de son déroulement. Comme telle, elle ne peut pas atteindre et encore moins transmettre un pouvoir aussi important, aussi juridique, que le pouvoir souverain.

²⁹⁰ P. FAUCHILLE, cit., p. 215.

²⁹¹ Cfr. P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, D. MÜLLER, cit., p. 538.

²⁹² P. FAUCHILLE, cit., p. 215.

²⁹³ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 721.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*. In relazione all'obbligo dello Stato occupato di riconoscere la legittimità dell'attività di governo dell'occupante sul territorio occupato si veda, *infra*, cap. 2, par. 1.2.2. del presente lavoro di ricerca.

dottrina giunge a definire quest'ultimo come 'diritto dell'occupazione bellica'²⁹⁶, trascurando del tutto la prassi, recente o meno, di occupazioni militari che non rientrano esattamente nella definizione tradizionale di *occupatio bellica* ma alle quali si applica, nondimeno, il diritto dell'occupazione.

In effetti, è stato osservato come il diritto di Ginevra abbia notevolmente esteso l'ambito di applicazione del diritto dell'occupazione. Ai sensi dell'art. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, le Convenzioni troveranno applicazione in caso di guerra dichiarata o di qualsiasi altro conflitto armato che scoppi tra due o più Stati parte, anche qualora lo stato di guerra non venga riconosciuto da una di esse; il secondo comma dello stesso articolo prevede, poi, che le Convenzioni trovino applicazione anche in tutti i casi di occupazione totale o parziale del territorio di un'Alta Parte contraente, anche qualora tale occupazione non abbia incontrato alcuna resistenza armata. Si può quindi concludere che, in virtù del citato art. 2, l'applicazione delle norme del diritto dell'occupazione non richieda l'esistenza di uno stato di guerra ma semplicemente l'uso della forza da parte della Potenza occupante. In tal senso, "*the GCIV specifically contemplates a broader scope of application ratione materiae to encompass all forms of occupation other than treaty-based occupation*"²⁹⁷. Dunque, sebbene l'occupazione bellica si verificasse, tradizionalmente, in presenza di uno stato di guerra fra due o più Stati, l'adozione delle Convenzioni di Ginevra ha portato ad un significativo mutamento della situazione, consentendo l'applicazione del diritto dell'occupazione anche a tipologie di occupazione militare non rientranti nella definizione classica dell'istituto in esame²⁹⁸.

Nel corso dell'ultimo secolo, la dottrina ha tentato di fornire svariate classificazioni del *genus* occupazione militare: taluni hanno differenziato l'occupazione bellica da quelle semibelliche e non belliche²⁹⁹; altri hanno operato una netta distinzione tra le

²⁹⁶ Si vedano, fra gli altri: Y. DINSTEN, *The International law of belligerent occupation*, cit.; D.A. GRABER, cit.; F. MORGENSTEN, *Validity of the Acts of the Belligerent Occupant*, in *The British Year Book of International Law. 1951*, Oxford University Press, London, 1952, pp. 291-322; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 253 ss.

²⁹⁷ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 42.

²⁹⁸ La IV Convenzione di Ginevra è, infatti, "*equally applicable to cases of occupation of territories in the absence of any state of war*". ICRC, *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims*, Geneva, 14-26 April 1947, disponibile presso: www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/pdf/RC_report-1947.pdf.

²⁹⁹ C. Curti Gialdino definisce le occupazioni non belliche come quelle occupazioni che sono fondate su un titolo convenzionale, fra cui l'occupazione armistiziale, l'occupazione seguita a una resa incondizionata, quella di garanzia e quella attuata nell'interesse dello Stato occupato (o occupazione di protezione). L'autore definisce poi le occupazioni semibelliche come quelle che, "senza fondarsi né sullo

citare categorie di *occupatio bellica* e *occupatio pacifica*, individuando poi la categoria intermedia delle occupazioni armistiziali³⁰⁰; altri ancora hanno distinto l'*occupatio bellica* da una serie di occupazioni che, al contrario di quella bellica, non avvengono in tempo di guerra³⁰¹. La classificazione forse più esaustiva è quella fornita da A. Roberts, alla quale si è ispirata buona parte della dottrina contemporanea³⁰², che descrive innumerevoli tipologie intermedie fra l'*occupatio bellica* e l'*occupatio pacifica*, tentando di individuare il diritto applicabile a ciascuna fattispecie.

È innanzitutto opportuno far riferimento all'occupazione di un territorio neutrale, che consiste nell'occupazione, ad opera di un belligerante, di tutto o parte del territorio di uno Stato neutrale rispetto al conflitto in corso³⁰³. È indubbio che le ostilità nei confronti di uno Stato neutrale costituiscano degli atti di guerra più che una semplice violazione della neutralità³⁰⁴; di conseguenza, l'applicazione del diritto dell'occupazione anche alle occupazioni di Stati neutrali è ormai generalmente accettata. Basti pensare all'occupazione del territorio di Stati neutrali ad opera delle Potenze dell'Asse nel corso della seconda guerra mondiale, in relazione alle quali sia la difesa che l'accusa nei procedimenti di fronte al Tribunale militare internazionale di Norimberga – così come altri tribunali militari costituiti dopo la guerra – hanno accettato l'applicabilità del Regolamento dell'Aja³⁰⁵.

Un'altra tipologia di occupazione militare rispetto alla quale la dottrina tende a riconoscere l'applicabilità del diritto dell'occupazione è quella dell'occupazione armistiziale (anche conosciuta come *occupatio mixta-bellica pacifica*)³⁰⁶, definita come il tipo di occupazione che sorge quando le ostilità tra i belligeranti vengono sospese in virtù di un armistizio³⁰⁷. Anche in questo caso, l'applicabilità del Regolamento dell'Aja è generalmente accettata, ed indubbia è l'applicabilità delle Convenzioni di Ginevra (ai

stato di guerra, né su convenzioni particolari, traggono legittimità dal potere di autotutela che è conferito a ciascun soggetto dell'ordinamento internazionale”, citando gli esempi dell'occupazione di rappresaglia e di quella giustificata da uno stato di necessità. C. CURTI GIALDINO, cit., p. 726 ss.

³⁰⁰ M. BOTHE, *Occupation, Belligerent*, cit., p. 763.

³⁰¹ P. Fauchille include in tale categoria l'occupazione di garanzia, quella d'intervento e quella di rappresaglia, così come le occupazioni risultanti nell'annessione del territorio occupato e quelle instauratesi in seguito all'inadempimento di un trattato. P. FAUCHILLE, cit., pp. 222-223.

³⁰² Si vedano, fra gli altri: Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 26 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 87 ss.

³⁰³ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 262.

³⁰⁴ L. OPPENHEIM, cit., p. 685.

³⁰⁵ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 263.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ Nelle parole di Y. Dinstein, “an armistice is an agreement concluded between two or more States waging war against each other”. Y. DINSTEIN, *Armistice*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 256-258, p. 256.

sensi dell'art. 2, par. 1, comune alle quattro Convenzioni)³⁰⁸. La IV Convenzione di Ginevra, d'altronde, stabilisce dei limiti alle modifiche che qualsiasi accordo tra le parti – quindi anche un accordo armistiziale – può apportare al *corpus* normativo del diritto dell'occupazione: da un lato, l'art. 7 prevede che nessun accordo speciale possa pregiudicare la situazione delle persone protette così come regolata dalla Convenzione, né limitare i diritti che questa conferisce loro; dall'altro lato, ai sensi dell'art. 47, “le persone protette che si trovano in un territorio occupato non saranno private, in nessun caso e in nessun modo, del beneficio della presente Convenzione [...] in virtù di un accordo concluso tra le autorità del territorio occupato e la Potenza occupante”³⁰⁹. La definizione di tale tipologia di occupazione come *occupatio mixta-bellica pacifica* trae origine dalla constatazione che i suoi elementi distintivi derivano sia dall'una che dall'altra categoria: da una parte, infatti, tale occupazione è il risultato di un conflitto armato internazionale e, dal momento che relazioni pacifiche tra le Parti non sono ancora state ristabilite, può essere considerata bellica; dall'altra parte, però, l'accordo di armistizio (così come un'eventuale risoluzione sul cessate il fuoco) può creare una nuova base giuridica per l'occupazione e modificare (fatto salvo quanto previsto dai già citati artt. 7 e 47 della IV Convenzione di Ginevra) il diritto dell'occupazione. In tal senso, quindi, le facoltà e gli obblighi della Potenza occupante derivano da due diverse basi giuridiche, vale a dire tanto dal diritto dell'occupazione quanto dall'accordo armistiziale³¹⁰.

Occorre adesso soffermarsi sull'eventualità che l'occupazione sorga in seguito alla resa incondizionata dello Stato occupato o alla sua *debellatio*. Nel primo caso, si tratta della situazione di uno Stato che, dopo aver preso parte ad un conflitto, si sia arreso e non abbia più modo di difendersi, né tramite le proprie forze armate né ad opera di eventuali alleati³¹¹. Nel secondo caso, la qualificazione della situazione è più difficile: non esiste, infatti, alcuna definizione condivisa del termine ‘*debellatio*’, sebbene la dottrina maggioritaria³¹² sia solita definirla come la totale sconfitta di uno Stato nemico,

³⁰⁸ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 265 ss.

³⁰⁹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

³¹⁰ M. BOTHE, *Occupation after armistice*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 761-763, p. 762.

³¹¹ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 267.

³¹² Si vedano, fra gli altri: R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 93 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 37; K.U. MEYN, cit., p. 969-970.

accompagnata dal collasso e dall'eliminazione di qualsiasi residuo della sua componente statale³¹³.

Secondo Arai-Takahashi³¹⁴, la dottrina del secondo dopoguerra ha mostrato una certa confusione su tali tipologie di occupazione, mancando di distinguere tra la resa conseguente all'assenza di fatto di un governo centrale (come nel caso della Germania a partire dal maggio del 1945) e quella basata su uno strumento giuridico di resa o capitolazione (come nel caso del Giappone a partire dall'agosto dello stesso anno). I due casi, però, sono molto diversi. Il caso della Germania può infatti essere ricondotto alla tipologia delle occupazioni istaurate in seguito alla *debellatio* del nemico, sebbene la dottrina odierna tenda a negare che il collasso delle strutture statuali avesse comportato l'estinzione dello Stato tedesco³¹⁵, come invece sostenuto dalla dottrina dell'epoca³¹⁶. Nel caso del Giappone, invece, il governo centrale era sopravvissuto alla guerra e aveva concluso con gli occupanti un trattato internazionale (lo Strumento di resa), allegato alla Dichiarazione di Postdam. È dunque evidente che, sebbene entrambe queste tipologie di occupazione militare avvengano in seguito alla cessazione delle ostilità e alla resa incondizionata dello Stato occupato, l'occupazione in seguito a *debellatio* non ha alcuna

³¹³ Nella sua accezione classica, la *debellatio* si caratterizza per la natura non temporanea (poiché essa sfocia generalmente nell'annessione dello Stato sconfitto) né limitata in alcun modo (poiché il vincitore assume a tutte le funzioni di governo sul territorio occupato, esercitandovi la piena sovranità). In questo caso, dunque, il diritto dell'occupazione non troverebbe applicazione: basandosi proprio sul carattere eccezionale della *debellatio* – e sulla totale impossibilità, per lo Stato occupato, di opporre alcuna resistenza all'occupazione – la dottrina tradizionale riteneva che il diritto dell'occupazione perdesse la propria ragion d'essere, dal momento che il suo scopo primario era quello di preservare i diritti del sovrano territoriale in attesa del suo ritorno. Cfr. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 93 ss.

Ad ogni modo, quello della *debellatio* classica è un caso estremamente raro: non vi è *debellatio*, infatti, a) finché il conflitto tra l'avversario dello Stato occupato e i suoi eventuali alleati continui, b) finché lo Stato vinto possiede ancora una struttura statale (seppure rappresentata da movimenti di resistenza o da un governo in esilio), o c) pur nell'annientamento della struttura di governo centrale, le amministrazioni locali continuano ad operare. A. MIGLIAZZA, cit., p. 53 ss.

³¹⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 37.

³¹⁵ Per un'analisi dello status giuridico della Germania, si veda: A.K. WEILER, *Germany, Legal Status after WWII*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, January 2013, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.

Ad oggi, d'altronde, è difficile sostenere che simili casi di sconfitta e annientamento totale di uno Stato possano ancora avvenire. *Supra*, par. 1 del presente capitolo, nota 48.

³¹⁶ La dottrina dell'immediato dopoguerra riteneva che lo Stato tedesco avesse cessato di esistere nel momento stesso della resa incondizionata o in quello dell'abolizione del governo di Doenitz, giungendo alla conclusione che lo stato di guerra stesso fosse cessato, poiché non poteva esserci alcuno stato di guerra se non tra due Stati sovrani. Cfr. L. OPPENHEIM, cit., p. 165 ss.; P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Vol. II, Librairie de l'Université, Georg & Cie., 1953, p. 181 ss.

In tal senso, KELSEN affermava che “by abolishing the last Government of Germany the victorious powers have destroyed the existence of Germany as a sovereign State”. H. KELSEN, *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, in *American Journal of International Law* 39, 3 (July 1945), pp. 518-526, p. 519.

base giuridica in un trattato internazionale ma, piuttosto, “*it is discernible in terms of its factual reality*”³¹⁷.

Nel caso specifico dell’occupazione seguente la resa, è naturale che la situazione sia regolata essenzialmente dall’accordo di resa o capitolazione e che il diritto dell’occupazione abbia un ruolo meramente residuale, di *standard* minimo di comportamento dell’occupante³¹⁸; allo stesso tempo, però, occorre ricordare che la IV Convenzione di Ginevra ha introdotto una serie di disposizioni (i già citati artt. 7 e 47) volte proprio a tutelare la popolazione civile dei territori occupati dall’eventualità che accordi speciali tra le parti finiscano per fornire una tutela minore rispetto a quella prevista dal diritto dell’occupazione: in tal senso, l’occupazione seguente alla resa è assimilabile a quella armistiziale, così che il diritto dell’occupazione trovi piena applicazione qualora le norme dell’accordo specifico prevedano una tutela minore e, di conseguenza, le facoltà e gli obblighi della Potenza occupante derivino da due diverse basi giuridiche, vale a dire tanto dal diritto dell’occupazione quanto dall’accordo di resa³¹⁹.

Per quanto riguarda, invece, il caso della *debellatio*, è forse possibile individuare due diverse scuole di pensiero in merito all’applicabilità delle norme del diritto dell’occupazione a tale tipo di occupazione³²⁰. La prima ritiene che occupazioni di questo tipo siano del tutto differenti dall’*occupatio bellica*, soprattutto in ragione della necessità di apportare modifiche significative e permanenti alla struttura dello Stato sconfitto³²¹. La seconda teoria, invece, pur accettando le evidenti differenze tra questo tipo di occupazione e l’*occupatio bellica*, sostiene nondimeno la necessità di applicare il diritto dell’occupazione, il quale sarebbe, in fondo, abbastanza flessibile da potersi adattare a circostanze diverse³²². Si ritiene di poter concludere a favore di quest’ultima teoria, alla luce della considerazione che l’art. 2, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra permette un’applicazione delle proprie norme decisamente più ampia di quella del Regolamento dell’Aja (vigente all’epoca dell’occupazione della Germania)³²³, che

³¹⁷ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 37

³¹⁸ K.U. MEYN, cit., p. 969-970.

³¹⁹ M. BOTHE, *Occupation after armistice*, cit., p. 762.

³²⁰ Cfr. A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 267 ss.

³²¹ Si vedano, fra gli altri: W. FRIEDMAN, *The Allied Military Government of Germany*, Stevenson and Sons Ltd, London, 1947, p. 66 ss.; *Opinion of the Lord Chancellor and the Law Officers of the Crown*, March 1945, Public Record Office FO 371/50759 (U 1949), come riportato parzialmente in: A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 269.

³²² A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 269.

³²³ Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, in virtù dell’art. 2, l’applicazione delle norme del diritto dell’occupazione non richiede l’esistenza di uno stato di guerra ma semplicemente l’uso della forza da

alcune deroghe sono permesse (grazie alla clausola “*unless absolutely prevented*” contenuta nell’art. 43 del Regolamento dell’Aja) e che l’art. 3, par. 6, del I Protocollo addizionale permette l’applicazione del diritto dell’occupazione ben oltre la fine generale delle ostilità, fintantoché un’occupazione perduri³²⁴.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare dunque preferibile utilizzare, da ora in avanti, il termine generico di ‘occupazione militare’, così da includere nella presente analisi anche tutte quelle tipologie di occupazione che, pur non rientrando nella definizione tradizionale di *occupatio bellica*, sono nondimeno ad essa assimilabili in ragione della dimostrata applicabilità del diritto dell’occupazione. Come sottolineato da Roberts:

The generic term ‘military occupation’ [...] is a very broad one [which] has come to refer to far more types of situations than the classic belligerent occupation indicated in the Hague Regulations of 1899 and 1907³²⁵.

Lo stesso autore riconosce, però, la necessità di individuare degli elementi comuni che permettano di determinare agevolmente le tipologie di occupazione militare cui è possibile applicare le norme rilevanti in materia. A tal fine, appare forse sufficiente rimandare a quanto già affermato a proposito dell’ambito di applicazione *ratione materiae, personae e temporis* del diritto dell’occupazione³²⁶.

2.3.2. *Occupatio pacifica*.

Come già accennato³²⁷, il tratto distintivo dell’*occupatio pacifica* consiste nel consenso prestato dallo Stato occupato allo stazionamento di truppe occupanti sul proprio territorio. La dottrina tradizionale tendeva ad individuare, nell’ambito di questa ampia categoria definita ‘occupazione pacifica’, due diverse tipologie di occupazione: a) l’occupazione basata sul consenso dello Stato occupato (espresso, ad esempio, in un trattato di pace); b) l’occupazione pacifica coercitiva, intesa come un’occupazione

parte della Potenza occupante. Le Convenzioni di Ginevra consentono, così, l’applicazione del diritto dell’occupazione anche a quelle tipologie di occupazione militare che hanno luogo dopo la fine delle ostilità.

³²⁴ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 269.

³²⁵ *Ivi*, p. 299.

³²⁶ *Supra*, par. 2.2. del presente capitolo.

³²⁷ *Supra*, par. 2.2.1. e 2.3.1. del presente capitolo.

attuata senza il consenso dello Stato occupato ma in tempo di pace³²⁸. Ad oggi, però, tale distinzione è priva di qualsiasi rilevanza pratica, dal momento che, in virtù dell'art. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, l'esistenza di uno stato di guerra è irrilevante ai fini dell'applicazione delle norme del diritto dell'occupazione: laddove manchi il consenso dello Stato occupato, è indubbio l'uso della forza e, di conseguenza, l'occupazione non può essere considerata pacifica³²⁹. In tal senso, può essere invece utile operare una distinzione tra l'occupazione pacifica, basata, come già rilevato, sul consenso dello Stato occupato, e la categoria più ampia delle occupazioni che si verificano in assenza di uno stato di guerra (“*non belligerent occupations*”), la quale include tanto l'*occupatio pacifica* quanto una serie di occupazioni rispetto alle quali, come si è già avuto modo di notare, le norme del diritto dell'occupazione trovano applicazione³³⁰.

Ad oggi, la dottrina tende a ricondurre alla categoria di occupazione pacifica diverse tipologie di occupazione militare in cui lo Stato occupato presta il proprio consenso allo stazionamento delle truppe straniere sul proprio territorio; fra queste, ad esempio, l'occupazione in virtù di un trattato di pace³³¹, l'occupazione-protettorato³³² e l'occupazione del territorio di un alleato. Quest'ultima, in particolare, si verifica qualora uno Stato recuperi tutto o parte del territorio di un alleato che era stato precedentemente occupato da un nemico³³³. In questi casi, l'applicabilità del diritto dell'occupazione è oggetto di controversia: nella prassi, gli Stati hanno di solito fatto ricorso ad accordi che, pur senza far espresso riferimento al diritto dell'occupazione, ne hanno comunque utilizzato la terminologia; d'altronde, la dottrina dominante e la prassi degli Stati sembrano confermare l'applicabilità del diritto dell'occupazione solo in modo residuale, come *standard* minimo di comportamento dell'occupante³³⁴. Diverso, però, è il caso dell'occupazione del territorio di un alleato che avvenga senza il consenso di quest'ultimo, come nel caso di uno dei belligeranti che intervenga nel territorio del

³²⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 40; A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 42.

³²⁹ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 42.

³³⁰ Kelly ritiene che la categoria delle *non belligerent occupations* includa: a) l'occupazione pacifica; b) l'intervento umanitario; c) l'occupazione di uno Stato fallito; d) l'occupazione militare *de facto* di un territorio dallo *status* giuridico incerto. M.J. KELLY, *Iraq and the Law of Occupation: New Tests for an Old Law*, in *Yearbook of International Humanitarian Law* 6 (2003), p. 127 ss., pp. 162-163.

³³¹ M. BOTHE, *Occupation, pacific*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 766-768, p. 767.

³³² *Ibidem*. Si tenga però presente che, ad oggi, tale tipo di occupazione è da considerare incompatibile con il principio di autodeterminazione dei popoli.

³³³ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 263.

³³⁴ *Ivi*, p. 263 ss.

cobelligerante al fine di impedire che quest'ultimo si ritiri dalla guerra. In questo caso – simile all'occupazione tedesca dell'Italia in seguito all'armistizio dell'8 settembre 1943 – si ritiene applicabile il diritto dell'occupazione³³⁵.

È dunque evidente come, nella qualificazione di un'occupazione come pacifica, il diritto di Ginevra abbia modificato notevolmente la disciplina, spostando l'enfasi dall'esistenza di uno stato di pace al consenso dello Stato occupato³³⁶. In ogni caso, perché si possa parlare di occupazione pacifica, non è sufficiente la presenza delle truppe di uno Stato sul territorio di un altro Stato che ha prestato il consenso, ma è necessario che sia chiaramente identificabile una struttura di comando militare straniera che eserciti l'autorità sul territorio in questione³³⁷. In tutti questi casi, occorre tenere presente che il fondamento della presenza di truppe straniere su di un territorio è l'accordo tra Stato occupante e Stato occupato (lo *Status of Forces Agreement* o SOFA), così che gli obblighi e le facoltà delle forze d'occupazione discendano da tale accordo piuttosto che dalle norme del diritto dell'occupazione³³⁸; ad ogni modo, parte della dottrina ritiene che quest'ultimo possa svolgere la funzione di “*garde-fou*”, evitando così che l'accordo tra Stato occupato e Potenza occupante finisca per garantire alla popolazione civile una protezione meno favorevole di quella assicurata dal diritto dell'occupazione³³⁹.

³³⁵ In tal senso, si veda quanto osservato da A. Roberts (A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 265):

A quite different form of occupation of allied territory is that which occurs against the will of the occupied State [...]. Typical cases are the German Army's take-overs in northern Italy following the announcement on 8 September 1943 that the Italian Government had surrendered; and in Hungary in March 1944. It was particularly on account of the case of Italy that Article 4, paragraph 2, of 1949 Geneva Convention IV contained the above-mentioned condition that there should be normal diplomatic representation. Where normal diplomatic relations have been broken off, the inhabitants are to be regarded as protected persons.

³³⁶ Infatti, come sottolineato da parte della dottrina (Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 42):

The key to determining the applicability of the law of occupation is shifted to the existence or not of an element of 'domination or authority' exercised by armed forces of a State over (part of) the inhabited territory outside the accepted international frontiers of their State and its dependencies.

³³⁷ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 277. Al riguardo, occorre però ricordare il citato dibattito fra i fautori dell'*actual control test* e quelli del *potential control test*. *Supra*, par. 2.2.1.2. del presente capitolo.

³³⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 40.

³³⁹ É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Troisième édition, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 560.

2.3.3. Occupazioni ad opera di forze multinazionali

Dall'epoca dell'adozione del Regolamento dell'Aja nel 1907, il panorama internazionale è considerevolmente mutato: non solo gli Stati hanno spesso mostrato la tendenza a non agire unilateralmente, giungendo ad occupare un territorio con il concorso di altri Stati ed un comando unificato, ma si è anche assistito ad un crescente coinvolgimento di organizzazioni internazionali, fra le quali le Nazioni Unite, in operazioni di pace o amministrazioni territoriali. È dunque evidente come l'analisi del diritto applicabile alle occupazioni ad opera di forze multinazionali assuma un'importanza primaria. Così, dopo un accenno alle occupazioni risultanti dall'intervento di coalizioni di Stati, la ricerca si concentrerà su quelle risultanti da operazioni delle Nazioni Unite, definibili come quelle operazioni in cui le truppe degli Stati membri operano sotto comando ONU, dal momento che il loro comandante risponde direttamente al Segretario generale delle Nazioni Unite o al suo Rappresentante speciale³⁴⁰.

Per quanto riguarda le occupazioni militari attuate da coalizioni di Stati³⁴¹, non si può che riconoscere la possibilità che delle forze multinazionali operanti sul territorio di uno Stato si trovino, in un dato momento, ad esercitarvi il controllo effettivo. In tale eventualità, qualora il sovrano territoriale non abbia prestato il proprio consenso, si sarà innegabilmente in presenza di un'occupazione bellica e, di conseguenza, il diritto dell'occupazione troverà applicazione. Appare quindi evidente che, salvo ovvi problemi di interoperabilità³⁴², questo tipo di occupazioni non causi problemi eccessivi: ogni Stato parte della coalizione sarà responsabile per gli atti e per il comportamento delle

³⁴⁰ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 584.

³⁴¹ Occorre notare come l'analisi debba essere svolta senza operare alcuna distinzione tra le operazioni autorizzate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e quelle che, invece, non ricevono alcuna autorizzazione. Infatti, come si è già avuto modo di rilevare, la determinazione dell'ambito di applicazione del diritto dell'occupazione dipende da elementi fattuali ed è quindi indipendente da qualsiasi considerazione di *ius in bello*. In tal senso, nelle parole di R. Arnold (R. ARNOLD (ed.), *Law Enforcement within the Framework of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 25):

There is no *prima facie* argument to be gained from different reasons, motives, types, labels or legal bases of occupation. The former is part of the *jus in bello*, whereas the latter relates to *jus ad bellum*. Those two spheres must as a matter of principle be kept separate.

³⁴² Su tale questione, si rimanda a: M. ZWANENBURG, *Legal Interoperability in Multinational Forces: A Military Necessity*, in *Current Challenges to the Law of Occupation, Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20th-21th October 2005, pp. 108-115, disponibile su www.coleurope.eu/content/publications/pdf/Collegium%2034.pdf.

proprie truppe e dovrà assicurarsi che queste non vengano impiegate in una maniera non conforme al diritto dell'occupazione³⁴³.

Per quanto riguarda, invece, le occupazioni militari risultanti da operazioni delle Nazioni Unite, occorre innanzitutto chiedersi se l'organizzazione possa essere destinataria delle norme di diritto internazionale umanitario. Tale questione dipende innegabilmente dalla valutazione della personalità giuridica delle Nazioni Unite, questione che esula dagli scopi del presente lavoro di ricerca. Basti qui richiamare che, nel parere consultivo sulle riparazioni dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite (1949), la Corte internazionale di giustizia ha rilevato come la personalità internazionale sia necessaria affinché l'organizzazione possa assolvere ai propri compiti ed essere, quindi, titolare di diritti e obblighi di diritto internazionale, giungendo così a riconoscere la personalità internazionale delle Nazioni Unite e la loro capacità di agire sulla scena internazionale³⁴⁴. Ad ogni modo, tale personalità giuridica non è piena, poiché è limitata ai diritti e agli obblighi necessari a svolgere le funzioni e a perseguire gli scopi previsti dalla Carta. Sembra dunque ragionevole supporre che, conformemente ad uno dei suoi scopi (il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale) e alle proprie funzioni (l'uso della forza), l'organizzazione goda della personalità giuridica necessaria ad essere destinataria delle norme di diritto internazionale umanitario e, nello specifico, di quelle del diritto dell'occupazione³⁴⁵. È però opportuno ricordare che le Nazioni Unite, così come le altre organizzazioni internazionali, non sono parti delle convenzioni rilevanti in materia; è dunque oggetto di controversia la possibilità che i trattati di diritto internazionale umanitario vincolino anche le forze poste sotto il loro comando³⁴⁶. Per quanto riguarda le norme di diritto internazionale consuetudinario,

³⁴³ A. ANNONI, cit., p. 247 ss.

³⁴⁴ In particolare, la Corte ha osservato (ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174, p. 179):

The Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane.

³⁴⁵ Cfr. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 102.

³⁴⁶ Parte della dottrina nega la possibilità che le organizzazioni internazionali aderiscano a tali trattati. Si veda, fra gli altri: C. GREENWOOD, *International Humanitarian Law and United Nations Military Operations*, in *Yearbook of International Humanitarian Law* 1 (December 1998), pp. 3-34. Taluni, però, sottolineano come le Convenzioni di Ginevra facciano riferimento a 'Potenze', 'Parti contraenti' o 'parti in conflitto' piuttosto che a 'Stati', non ponendo così alcun ostacolo all'adesione delle organizzazioni internazionali. Si veda, fra gli altri: F. SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1966, p. 180 ss.

invece, la dottrina³⁴⁷ e la stessa prassi delle Nazioni Unite³⁴⁸ tendono generalmente a confermarne l'applicabilità all'organizzazione, sebbene alcune di tali norme siano difficilmente applicabili ad un'entità non statale: non ci si può infatti esimere dal notare come le organizzazioni internazionali siano dotate di una struttura peculiare, essendo, fra le altre cose, prive di un territorio e di una popolazione; l'applicazione del diritto internazionale umanitario alle Nazioni Unite non potrà che richiedere, quindi, un'attenta valutazione delle norme da applicare caso per caso³⁴⁹.

Prima di soffermarsi sulla questione specifica dell'applicabilità del diritto dell'occupazione alle operazioni delle Nazioni Unite, è necessario chiedersi se, in caso di operazioni multinazionali guidate da tale organizzazione, il destinatario delle norme di diritto internazionale umanitario sia l'organizzazione stessa o ciascuno Stato membro che decida di prendere parte all'operazione fornendo delle truppe. Ai sensi dell'art. 7 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011:

The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.

È stato tuttavia osservato come tale tesi non trovi alcuna conferma nei lavori preparatori. M. ZWANENBURG, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, p. 136 ss.

³⁴⁷ Si vedano, fra gli altri: A. ANNONI, cit., p. 247 ss.; G. PORRETTO, S. VITÉ, *The application of international humanitarian law and human rights law to international organisations*, University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series/Collection des travaux de recherche, N° 1 /2006, p. 21 ss., disponibile su www.geneva-academy.ch/docs/projets/CTR_application_du_DIH.pdf.

³⁴⁸ Basti pensare alla Convenzione del 1994 sulla sicurezza del personale delle Nazioni Unite, in cui si sottolinea come la Convenzione non incida sull'applicabilità del diritto internazionale umanitario o sulla responsabilità del personale delle Nazioni Unite di rispettarne le norme. *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, Office of Legal Affairs, Codification Division, New York, 9 December 1994 (disponibile presso: www.un.org/law/cod/safety.htm).

Allo stesso modo, il Bollettino del Segretario generale del 1999 chiarisce che le forze delle Nazioni Unite che si trovino in situazioni di conflitto armato dovranno rispettare i principi fondamentali e le norme di diritto internazionale citate dal Bollettino stesso: fra queste, molte norme relative alla protezione della popolazione civile, al principio di distinzione, al trattamento dei detenuti, e così via, ma nessuna norma in materia di occupazione. La dottrina maggioritaria, comunque, ritiene che ciò non osti all'applicabilità del diritto dell'occupazione, in considerazione del fatto che il Bollettino non crea nuove norme ma si limita a fornire una lista non esaustiva di quelle applicabili. UN Secretary-General (UNSG), *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, disponibile presso: www.unhcr.org/refworld/docid/451bb5724.html.

³⁴⁹ Come osservato da Porretto e Vité, "IHL is applicable to the extent that [...] the specific provisions of the treaties in question can be materially applied to the forces of an international organization". G. PORRETTO, S. VITÉ, cit., p. 22.

Sebbene il criterio del controllo effettivo suggerito dall'art. 7 sia stato utilizzato anche in numerose pronunce di corti nazionali³⁵⁰, la definizione della nozione stessa di 'controllo effettivo' ai fini dell'attribuzione della condotta in caso di operazioni delle Nazioni Unite risulta tuttora problematica³⁵¹. Come osservato da parte della dottrina, qualora si attribuisse a tale nozione lo stesso significato che essa generalmente assume in materia di responsabilità degli Stati³⁵², si sarebbe portati a concludere a favore dell'attribuzione di una condotta all'organizzazione soltanto nel (raro) caso in cui si fosse in grado di provare il nesso fra la condotta in questione e le istruzioni eventualmente fornite o il diretto controllo esercitato dall'organizzazione³⁵³. Tuttavia, alla luce del Commento della stessa Commissione di diritto internazionale all'articolo in esame, non sembra di potere concludere in tal senso³⁵⁴. Piuttosto, nel tentativo di stabilire se l'organizzazione eserciti il controllo effettivo ai fini dell'attribuzione della condotta, sarà utile guardare al dato formale, vale a dire all'accordo concluso tra le Nazioni Unite e gli Stati di invio delle truppe³⁵⁵; in tal senso, come osservato da P. Palchetti:

Depending on the manner in which the transfer of authority over the forces is arranged, a presumption may arise that a certain conduct is attributable to the organisation rather than to the contributing state. Indeed, if the force was performing certain functions under the formal authority of the organisation, and not of the contributing states, it can be presumed that its conduct is attributable to the organisation. In other words, the formal transfer

³⁵⁰ Per una rassegna della prassi in materia, si rimanda a: International Law Commission, Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011), UN Doc. A/66/10, pp. 88-91, disponibile presso: legal.un.org/ilc/reports/2011/2011report.htm.

³⁵¹ P. PALCHETTI, *The allocation of responsibility for internationally wrongful acts committed in the course of multinational operations*, in *International Review of the Red Cross* 95, 891/892 (2013), pp. 727-742, p. 732.

³⁵² Autorevole dottrina (P. PALCHETTI, cit., p. 732 ss.) nota come al concetto di controllo effettivo abbia fatto riferimento, in più di un'occasione, la stessa Corte internazionale di giustizia. In particolare, nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti* (ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, par. 115), la Corte ha osservato come, al fine di attribuire ad uno Stato la condotta di un gruppo di individui che non siano agenti di tale Stato ma che siano ad esso collegati esclusivamente da un nesso meramente fattuale, si sarebbe dovuto provare l'esercizio del controllo effettivo sulle operazioni in questione:

For [a] conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.

³⁵³ P. PALCHETTI, cit., pp. 732-733.

³⁵⁴ *Ivi*, p. 733.

³⁵⁵ *Ivi*, p. 734 ss.

of powers giving authority to the organisation generates a presumption that the conduct is to be attributed to the organisation, without the need to demonstrate that the conduct was the result of specific instructions or of effective control over the specific conduct³⁵⁶.

In ultima analisi, al fine di identificare il destinatario delle norme rilevanti in materia, sarà necessario guardare alla catena di comando e, in particolare, identificare l'autorità che eserciti effettivamente le funzioni di comando e controllo sulle truppe dispiegate. In altri termini, qualora l'organizzazione svolga un ruolo di mero coordinamento, essa non potrà essere ritenuta responsabile per gli atti e per il comportamento degli individui componenti la forza, poiché essi non potranno essere considerati come agenti dell'organizzazione ma come agenti del proprio Stato d'invio³⁵⁷.

Sarà adesso opportuno soffermarsi sulla possibilità che l'Organizzazione delle Nazioni Unite venga considerata una 'Potenza occupante' ai sensi del diritto dell'occupazione. Occorre prima notare, però, come le truppe delle Nazioni Unite possano trovarsi ad esercitare il controllo effettivo su di un territorio in diversi modi: la tipologia di occupazione che abbiamo finora definito come 'occupazione ad opera di forze delle Nazioni Unite' include, infatti, tanto le forme di controllo territoriale attuate da missioni di *peacekeeping* (adottate, secondo parte della dottrina, ai sensi del Capitolo VI della Carta o del c.d. Capitolo VI e mezzo), quanto quelle risultanti da operazioni di *peace-enforcement* (adottate, invece, ex Capitolo VII della Carta), così come le cc.dd. amministrazioni territoriali. In ragione della loro diversa base giuridica, sarà opportuno analizzare separatamente questi tre tipi di missioni, così da determinare agilmente l'applicabilità o meno del diritto dell'occupazione.

Per quanto riguarda le forze di *peacekeeping*, com'è noto, il loro dispiegamento necessita del consenso (o almeno dell'acquiescenza) dello Stato (o delle parti) nel cui territorio esse si trovino ad operare. Giacché il loro scopo primario è quello di facilitare una soluzione diplomatica del conflitto, esse devono essere imparziali ed usare la forza solo in legittima difesa. Gli elementi distintivi delle operazioni di *peacekeeping* sono, quindi, a) il consenso delle parti, b) l'imparzialità e c) la restrizione all'uso della forza ai casi di legittima difesa. Il Consiglio di Sicurezza esercita il controllo politico generale sul comportamento della forza di *peacekeeping*, ma è il Segretario generale ad averne la piena responsabilità. Gli Stati membri che decidono di contribuire con l'invio di truppe,

³⁵⁶ P. PALCHETTI, cit., p. 734.

³⁵⁷ G. PORRETTO, S. VITÉ, cit., p. 27 ss.

dopo aver partecipato (con funzioni consultive) alla stesura dell'OPLAN (*Operations Plan*) e delle Regole d'ingaggio ed aver stabilito il numero di unità da inviare, trasferiscono le proprie truppe al comando operativo e al controllo delle Nazioni Unite tramite uno specifico accordo con l'organizzazione (il *Transfer of Authority Agreement*)³⁵⁸. Appare dunque ragionevole ritenere che sia l'Organizzazione delle Nazioni Unite, e non gli Stati d'invio, il destinatario delle norme di diritto internazionale umanitario rilevanti in materia, essendo soddisfatto il citato criterio del controllo effettivo.

È anche ragionevole supporre che tali truppe possano trovarsi, in alcuni casi, ad esercitare il controllo effettivo su una porzione di territorio straniero, configurandosi così come truppe d'occupazione. Tuttavia, il citato elemento del consenso delle parti in conflitto non può che caratterizzare tali eventuali occupazioni come pacifiche, escludendo, quindi, l'applicabilità del diritto dell'occupazione. In tal senso, ogniquale volta le truppe di *peacekeeping* si trovino ad operare sul territorio di uno Stato sulla base di un SOFA (*Status of Forces Agreement*) fra le Nazioni Unite e il sovrano territoriale, esse non potranno essere considerate come truppe d'occupazione nel senso tradizionale del termine³⁵⁹: la base giuridica della loro presenza sul territorio in questione sarà piuttosto rinvenibile nel suddetto accordo fra l'organizzazione e le parti in conflitto, da cui derivano le facoltà e gli obblighi della prima in quanto Potenza occupante³⁶⁰.

Per quanto riguarda, invece, le operazioni di *peace-enforcement*, esse sono caratterizzate dall'assenza del consenso dello Stato sul cui territorio sono dispiegate e dalla possibilità di far uso della forza non solo in legittima difesa ma anche in difesa del mandato (fornito dal Consiglio di Sicurezza *ex* Capitolo VII della Carta). Tali operazioni necessitano, naturalmente, del contributo volontario degli Stati di invio delle truppe. Il Consiglio di Sicurezza esercita il controllo politico generale sugli atti e sul comportamento di tali truppe ma, soprattutto qualora sia necessario intraprendere combattimenti di una certa intensità, le funzioni di comando e controllo sono generalmente esercitate dagli Stati d'invio (dunque a livello nazionale) o da organizzazioni regionali eventualmente coinvolte *ex* Capitolo VIII della Carta³⁶¹. In

³⁵⁸ D. GILL, D. FLECK, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2010, p. 143 ss.

³⁵⁹ A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 291.

³⁶⁰ *Ivi*, p. 289 ss.

³⁶¹ D. GILL, D. FLECK, cit., p. 94 ss.

virtù di tali considerazioni, è difficile determinare, in via di generale, se il destinatario delle norme di diritto internazionale umanitario sia, in questo caso, l'organizzazione o ciascuno Stato d'invio; sarà invece necessario verificare, caso per caso, che esista una delega delle funzioni di comando e controllo a favore dell'organizzazione, in assenza della quale non è possibile ritenere che il criterio del controllo effettivo sia soddisfatto.

Ad ogni modo, qualora tale criterio sia in effetti soddisfatto e le truppe di *peace-enforcement* si trovino ad esercitare il controllo effettivo su di un territorio straniero, si ritiene di poter concludere a favore dell'applicabilità del diritto dell'occupazione, in ragione della considerazione che simili operazioni soddisfano innegabilmente le condizioni necessarie alla constatazione dell'esistenza di un'occupazione bellica, definita come un'occupazione attuata a) da un belligerante, b) sul territorio di un nemico, c) nel corso di un conflitto armato e d) prima della conclusione di un armistizio³⁶². Non si può non rilevare, però, come la questione sia ancora oggetto di controversia: se, da un lato, taluni ritengono che, ogniqualvolta le Nazioni Unite esercitino il controllo effettivo su di un territorio senza il consenso del legittimo sovrano, si debba concludere a favore dell'applicabilità del diritto dell'occupazione³⁶³, altri sottolineano le difficoltà insite nel tentativo di conciliare determinate disposizioni del diritto dell'occupazione con la natura peculiare delle operazioni delle Nazioni Unite³⁶⁴.

Vale infine la pena di soffermarsi brevemente sull'applicabilità del diritto dell'occupazione alle amministrazioni territoriali, le quali possono essere definite come le amministrazioni (generalmente da parte di personale civile) di situazioni post-conflittuali al fine di impedire lo scoppio o la ripresa di un conflitto armato; si tratta, in altri termini, del concetto di *peacebuilding* che, secondo il Consiglio di Sicurezza, include “*a wide range of political, developmental, humanitarian and human rights programs and mechanisms*”³⁶⁵. Sebbene taluni ritengano che le amministrazioni

³⁶² *Supra*, par. 2.2 del presente capitolo.

³⁶³ M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 686 ss.

³⁶⁴ *Application of international humanitarian law and international human rights law to Un-mandated forces*, Report on the Expert meeting on multinational peace operations, Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 11-12 December 2003, p. 209, disponibile presso: www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_853_fd_application.pdf.

³⁶⁵ Security Council Presidential Statement, UN Doc. S/PRST/2001/5, 20 February 2001, disponibile presso: www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/WPS%20SPRST%202001%205.pdf, par. 5.

territoriali presentino molti dei caratteri distintivi dell'occupazione³⁶⁶ (fra cui, ad esempio, la natura temporanea dell'autorità³⁶⁷), altri sottolineano come l'applicazione del diritto dell'occupazione a tali operazioni debba essere limitata ai casi in cui esse siano guidate o di fatto controllate da forze militari³⁶⁸. Tale seconda teoria appare indubbiamente ragionevole, soprattutto laddove si consideri che, sebbene l'art. 2, par. 2, comune alle quattro Convenzioni di Ginevra abbia esteso l'ambito di applicazione del diritto dell'occupazione anche ai casi di occupazioni che non incontrino alcuna resistenza armata, tale eccezione riguarda probabilmente le sole occupazioni militari (che sarebbero, al contrario di quelle civili, in grado di contrastare l'eventuale resistenza dello Stato occupato)³⁶⁹. Non bisogna poi dimenticare che le amministrazioni territoriali godono, generalmente, del consenso del legittimo sovrano. È dunque evidente come le forze delle Nazioni Unite impegnate in un'amministrazione territoriale possano essere considerate truppe d'occupazione soltanto qualora esse esercitino il controllo effettivo sul territorio in questione tramite un'autorità militare; anche in tal caso, però, il diritto dell'occupazione sarà applicabile solo in assenza del consenso dello Stato occupato: in caso contrario, infatti, tali amministrazioni sarebbero qualificabili come occupazioni pacifiche, escludendo, così, l'applicabilità del diritto dell'occupazione.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, è forse possibile concludere che, se le occupazioni ad opera di coalizioni di Stati non creano problemi eccessivi, decisamente più ardua è la valutazione del diritto applicabile alle occupazioni risultanti da operazioni delle Nazioni Unite. In particolare, si è giunti a confermare l'applicabilità del diritto dell'occupazione ai casi di *peace-enforcement*, purché il criterio del controllo effettivo sia soddisfatto, escludendola invece nei casi di *peacekeeping* e, a meno che non si presentino determinate condizioni, delle amministrazioni territoriali.

Occorre però notare come parte della dottrina contesti la possibilità di considerare le Nazioni Unite come 'Potenza occupante' in qualunque caso, a prescindere, dunque, dal tipo di missione in esame: in particolare, partendo dalla constatazione che il Bollettino del Segretario generale non fa alcun riferimento alle norme in materia di occupazione militare, taluni ritengono che le facoltà e gli obblighi che il diritto dell'occupazione

³⁶⁶ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 602 ss.

³⁶⁷ E. DE BRABANDERE, *Post-conflict Administrations in International Law. International Territorial Administration, Transitional Authority and Foreign Occupation in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p. 117 ss.

³⁶⁸ M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 686 ss.

³⁶⁹ M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 686 ss.

pone in capo all'occupante non siano compatibili con lo scopo altruistico delle operazioni delle Nazioni Unite³⁷⁰. Si ritiene, tuttavia, che tale tesi sia da criticare nella misura in cui trascura la fondamentale distinzione tra *ius in bello* e *ius ad bellum*: l'altruismo, infatti, non può in alcun modo influire sull'applicazione del diritto internazionale umanitario, poiché le ragioni, i motivi e le basi giuridiche di un'occupazione non possono influire sulle facoltà e sugli obblighi dell'occupante³⁷¹. In tal senso, come sottolineato da Sassòli:

To oppose the applicability of IHL of military occupation to UN peace operations based on the alleged nature of the operation disregards reality and introduces a jus ad bellum argument into the discussion of whether jus in bello applies³⁷².

3. Conclusioni

Come rilevato in un recente rapporto del Comitato internazionale della Croce Rossa, negli ultimi anni si è assistito ad un incremento significativo nel numero degli interventi militari all'estero, alcuni dei quali hanno comportato nuove forme di controllo del territorio più o meno assimilabili all'occupazione militare, consensuale e non. Tale prassi recente ha comportato una sorta di rinascita del diritto dell'occupazione e, naturalmente, ha sollevato una serie di interessanti quesiti³⁷³ in relazione alla stessa natura giuridica dell'occupazione militare.

Nel presente capitolo, si è innanzitutto ritenuto opportuno accennare all'evoluzione storica dell'istituto in esame. Dopo averne individuato le origini nel concetto, proprio del diritto privato romano, dell'*occupatio* quale metodo di acquisizione della proprietà, si è giunti a dimostrare l'evidente distacco del moderno concetto di occupazione militare dall'originario schema dell'*occupatio*: da un parte, infatti, è ormai universalmente accettato il principio secondo il quale l'occupazione non determina l'estinzione dello Stato occupato e non produce alcun trasferimento di sovranità;

³⁷⁰ D. SHRAGA, *The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law*, in L. CONDORELLI, A.M. LA ROSA, S. SCHERRER (ed.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire des Nations Unies*, Genève, 19, 20 et 21 octobre 1995 (1996), p. 326 ss., p. 328; S. VITÉ, *L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales*, in *International Review of the Red Cross* 17 (2004), p. 853 ss.

³⁷¹ M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 686 ss.

³⁷² *Ivi*, p. 688.

³⁷³ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 7.

dall'altra, le norme del diritto dell'occupazione pongono in capo alla Potenza occupante una serie di limitazioni volte alla protezione della popolazione e al mantenimento di condizioni di vita accettabili nei territori occupati.

Ci si è poi soffermati sulla definizione di occupazione militare, concentrandosi in particolare sull'ambito di applicazione del diritto dell'occupazione e mostrando come esso dipenda essenzialmente da elementi fattuali. Si è infatti dimostrato come la determinazione dell'esistenza stessa di un regime di occupazione, così come dell'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto dell'occupazione non possano che fondarsi sul concetto di 'controllo effettivo', inteso come il controllo *de facto* esercitato da truppe straniere sul territorio di un altro Stato, da cui deriva la capacità della Potenza occupante di esercitare la propria autorità sul territorio in questione in luogo del legittimo sovrano. In linea con la teoria del *potential control test*, si è sottolineato come sia necessario guardare alla *capacità* delle truppe straniere di esercitare la propria autorità sul territorio in questione³⁷⁴, piuttosto che al suo *effettivo* esercizio; in tal senso, si è scelto di adottare un concetto di controllo effettivo che, lungi dal dipendere dalla disponibilità dell'occupante ad assumersi le responsabilità derivanti dal diritto dell'occupazione, possa essere inteso come controllo *de facto* da parte dell'occupante, da contrapporre alla legittima sovranità dello Stato occupato, che si trova nell'impossibilità di esercitare la propria autorità. Così facendo, la popolazione civile godrà della protezione garantita dal diritto dell'occupazione a partire dal momento in cui la Potenza occupante sia *in grado* di esercitare la propria autorità, anche qualora essa non voglia immediatamente avvalersi delle facoltà ed assumersi le responsabilità derivanti da tale regime³⁷⁵.

Si è poi sottolineato come la tipologia di occupazione cui si è inizialmente fatto riferimento e a cui le norme del diritto dell'occupazione sono senza alcun dubbio applicabili sia definita in dottrina con il termine *occupatio bellica*, da distinguere nettamente dall'*occupatio pacifica*, rispetto alla quale, invece, le norme del diritto dell'occupazione non trovano applicazione. Ci si è dunque soffermati sull'analisi delle principali differenze tra *occupatio bellica* e *occupatio pacifica* e sul diritto applicabile a queste due fattispecie, accostando all'una o all'altra categoria alcune delle fattispecie intermedie riscontrabili nella prassi e soffermandosi in particolare sul caso delle

³⁷⁴ ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, cit., p. 7.

³⁷⁵ M. BOTHE, "Effective Control": *A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 39.

occupazioni ad opera di forze multinazionali. Si è quindi giunti ad elaborare una nozione di occupazione intesa in senso ampio, vale a dire come quella categoria che la dottrina è solita definire ‘occupazione militare’ o ‘occupazione ostile’ e in cui rientrano anche una serie di occupazioni che non soddisfano i criteri della definizione classica di *occupatio bellica* ma che sono nondimeno ad essa assimilabili. In tal senso, i tratti distintivi di tale tipo di occupazione sono stati individuati essenzialmente nella natura militare dell’ autorità esercitata sul territorio in questione e nel mancato consenso dello Stato occupato.

Dall’ analisi svolta emerge dunque una nozione di occupazione militare riconducibile al tradizionale concetto di *occupatio bellica* ma abbastanza flessibile da permettere di prendere in considerazione anche alcune delle tipologie di occupazione riscontrate nella prassi, recente o meno, che non rientrano però nella definizione classica dell’ occupazione bellica. In tal senso, si ritiene che si possa concludere a favore dell’ esistenza di un regime di occupazione militare nel momento in cui delle truppe straniere si trovino, nel corso di un conflitto armato, ad esercitare il controllo effettivo sul territorio di uno Stato che non vi abbia acconsentito; qualora tali condizioni siano soddisfatte, il diritto dell’ occupazione dovrà necessariamente trovare applicazione, regolando quindi tanto il rapporto d’ occupazione fra la Potenza occupante e lo Stato occupato quanto quello tra l’ occupante e la popolazione civile stabilita nel territorio occupato.

CAPITOLO 2

EFFETTI DELL'OCCUPAZIONE: TERRITORIO E POPOLAZIONE CIVILE

Come già osservato nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca, uno dei tratti distintivi del diritto dell'occupazione consiste nel principio secondo il quale lo Stato occupato non perde la sovranità sul territorio passato sotto il controllo della Potenza occupante e, di conseguenza, l'occupazione è un fenomeno di natura transitoria. In tal senso, nelle parole di Yoram Dinstein:

The displaced sovereign loses possession of the occupied territory *de facto* but it retains the title *de jure*. For its part, the Occupying Power acquires possession [...] but not title¹.

Da tale premessa discendono, evidentemente, una serie di interessanti conseguenze tanto in merito alla condizione giuridica del territorio occupato e ai poteri ivi svolti dalla Potenza occupante quanto in relazione alla condizione della popolazione civile di tale territorio: se, da un lato, fra i poteri dell'occupante vi è senz'altro quello di limitare il godimento di certi diritti² da parte degli abitanti del territorio occupato, dall'altro lato, il diritto dell'occupazione si preoccupa di tutelare la popolazione civile dall'autorità d'occupazione.

Nelle prossime pagine, sarà dunque opportuno soffermarsi, in primo luogo, sugli effetti del regime dell'occupazione sul territorio occupato e sui poteri di cui la Potenza occupante gode ai sensi del diritto dell'occupazione e, in secondo luogo, tentare di offrire una panoramica delle principali norme di diritto internazionale umanitario poste a tutela della popolazione civile dei territori occupati.

1. Condizione giuridica del territorio occupato

Nell'ambito di un lavoro di ricerca volto ad analizzare la questione della protezione della popolazione civile nei territori occupati, la valutazione della condizione giuridica del territorio occupato assume un'importanza primaria, poiché consente di determinare

¹ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 49.

² Sulla possibilità, tuttora controversa, che il diritto internazionale umanitario conferisca dei diritti in capo agli individui, *infra*, cap. 3, par. 1 del presente lavoro di ricerca.

la natura del potere cui tale territorio è sottoposto e, di conseguenza, gli obblighi e le facoltà della Potenza occupante così come i poteri residuali dello Stato occupato. Se è vero, infatti, che l'occupazione non comporta alcun trasferimento di sovranità in capo all'occupante, è anche vero che quest'ultimo si trova ad esercitare, nel territorio occupato, delle prerogative espressamente riconosciute dal diritto dell'occupazione. Occorre dunque chiedersi a quale titolo egli agisca e quale sia la natura dei rapporti esistenti fra l'ordinamento locale, l'ordinamento della Potenza occupante e l'ordinamento internazionale³. A tal fine, ci si soffermerà sulle principali teorie elaborate, al riguardo, dalla dottrina, per poi accennare brevemente ai poteri della Potenza occupante e alla condizione del territorio occupato al termine dell'occupazione, quando il sovrano territoriale potrà infine farvi ritorno.

1.1. Principali teorie

La condizione giuridica del territorio occupato è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina del secolo scorso⁴. Al riguardo, è forse possibile individuare tre diversi “filoni di teorie”⁵, pur tenendo a mente come tale analisi non possa in alcun modo essere considerata esaustiva.

Le tesi appartenenti al primo filone sostenevano la sopravvivenza della sovranità dello Stato occupato e, ritenendo che non fosse ipotizzabile la sussistenza di “un potere di governo distinto e indipendente da quello dello Stato occupato, sovrano di quel territorio”⁶, facevano discendere la posizione della Potenza occupante da quella dello Stato occupato⁷. A tale corrente dottrinale sono riconducibili, fra le altre, una serie di teorie che facevano riferimento a concetti propri del diritto privato (quali possesso⁸ o usufrutto⁹) o alla figura della *negotiorum gestio*¹⁰. Nel primo caso, in particolare, si

³ A. ANNONI, cit., p. 104.

⁴ Si vedano, fra gli altri: G. BALLADORE PALLIERI, cit., p. 496 ss.; F. CAPOTORTI, cit., p. 33 ss.; C. CURTI GIALDINO, cit., p. 728 ss.; G.B. DAVIS, *The Elements of International Law, with an Account of its Origin, Sources and Historical Development*, III Edition, Harper, New York-London, 1908, p. 327 ss.; F. LONGUET, *Le droit actuel de la guerre terrestre: son application dans les conflits les plus récents*, Paris, 1901, p. 212; M. MARINONI, cit., p. 238 ss.; A. MIGLIAZZA, cit., p. 25 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Quinta edizione, Liguori Ed., Napoli, 1968, p. 300 ss.; E. VIDARI, *Del rispetto della proprietà privata fra gli Stati in guerra*, Tipografia dei Fratelli Fusi, Pavia, 1867, p. 120 ss.; H. WHEATON, *Eléments du droit international*, V Édition, Vol. II, Paris, 1874, p. 20 ss.; P. ZICCARDI, *Occupazione bellica ed amministrazione della giustizia*, in *Temi*, 1948, p. 488 ss.

⁵ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 728.

⁶ A. ANNONI, cit., p. 106.

⁷ *Ibidem*.

⁸ E. VIDARI, cit., p. 120 ss.

⁹ H. WHEATON, cit., p. 20.

riteneva che la Potenza occupante avesse poteri assimilabili a quelli spettanti al titolare di un diritto reale e che allo Stato occupato restasse solo la nuda proprietà, ipotizzando quindi che l'occupante sostituisse l'occupato nell'esercizio della potestà di governo¹¹. Nel primo filone si annovera, poi, anche la c.d. teoria del potere di fatto¹², la quale, basandosi sulla citata intuizione di Vattel circa la distinzione tra acquisizione di un territorio e mero controllo, giungeva a negare il carattere giuridico dell'occupazione, intendendo l'autorità della Potenza occupante come potere di fatto che non poteva in alcun modo sostituire l'autorità meramente sospesa del sovrano territoriale. D'altra parte, come osservato da Capotorti:

La contrapposizione del sovrano “*de iure*” a quello “*de facto*” sembrava [...] perfettamente indicata per lumeggiare l'immutabilità dei diritti dello Stato occupato, al quale tuttavia l'autorità dell'occupante veniva temporaneamente a sovrapporsi¹³.

Allo stesso filone dottrinale è poi riconducibile la teoria dell'esercizio della sovranità del territorio occupato¹⁴. I sostenitori di tale teoria, basandosi sulla natura internazionale del rapporto d'occupazione, individuavano la base giuridica dei poteri dell'occupante proprio nel diritto internazionale, sottolineando come quest'ultimo attribuisse all'occupante il diritto di “creare, modificare ed estinguere situazioni giuridiche rilevanti per gli abitanti e per i beni del territorio occupato”¹⁵. Tale teoria traeva ispirazione – proprio come la teoria del potere di fatto – dal concetto di “unicità (quanto al titolare) e unitarietà (quanto all'oggetto) del potere sovrano”¹⁶ e riteneva che, affinché la Potenza occupante potesse esercitare i poteri riconosciutigli dal diritto dell'occupazione, fosse necessario ricondurre tali poteri all'ordinamento preesistente, tramite un rapporto di rappresentanza; in tal senso, si finiva per contrapporre titolarità ed esercizio della sovranità, sostenendo che allo Stato occupato spettasse una sorta di nuda sovranità, il cui esercizio passava invece allo Stato occupante in quanto rappresentante dello Stato occupato¹⁷.

¹⁰ F. LONGUET, cit., p. 212.

¹¹ A. ANNONI, cit., p. 105.

¹² G.B. DAVIS, cit., p. 327 ss.

¹³ F. CAPOTORTI, cit., p. 36.

¹⁴ M. MARINONI, cit., p. 238 ss.

¹⁵ A. ANNONI, cit., p. 106.

¹⁶ *Ivi*, p. 43.

¹⁷ F. CAPOTORTI, cit., p. 43 ss.

Come sottolineato da parte della dottrina, non si ritiene, ad oggi, di poter concordare con le teorie fin qui citate: trascurando la permanenza di una limitata sfera di attività in capo allo Stato occupato ed escludendo la possibilità della coesistenza di due ordinamenti su di un medesimo territorio, tali teorie riconducevano infatti invariabilmente il rapporto d'occupazione nell'ambito del diritto interno dello Stato occupato¹⁸.

Il secondo filone dottrinale è invece riconducibile alla teoria dell'autonomo imperio dell'occupante, secondo la quale l'autorità dell'occupante costituiva "un'autonoma esplicazione d'imperio"¹⁹: si riteneva, infatti, che in virtù dell'effettività del controllo esercitato su di un territorio, l'occupante acquisisse un potere esclusivo (sebbene provvisorio) rispetto a tale territorio. Così, tanto la titolarità quanto l'esercizio della sovranità sarebbero passate all'occupante, lasciando al diritto dell'occupazione il solo compito di porre dei limiti all'esercizio della sovranità in ragione della natura temporanea dell'istituto in esame. Nelle parole di Quadri:

Dal punto di vista spaziale unico ordinamento valido ed efficace non può essere che quello dello Stato occupante, al quale gli individui si trovano, in virtù del criterio dell'effettività sottoposti²⁰.

Tale teoria aveva sicuramente il pregio di riconoscere un potere di governo autonomo dell'occupante ma finiva per ricondurre il rapporto d'occupazione all'ordinamento dell'occupante, negando, invece, qualsiasi autonomia a quello dello Stato occupato²¹. Come sottolineato, a suo tempo, da Capotorti, il principale errore della teoria dell'autonomo imperio dell'occupante consisteva nel fondare la costruzione dell'istituto dell'occupazione quasi unicamente sulla posizione dell'occupante, proprio come la teoria dell'esercizio di sovranità dello Stato occupato la fondava, dal canto suo, su quella dello Stato occupato²². In tal senso, l'autore osservava:

Nell'uno e nell'altro caso, l'occupazione bellica [veniva] considerata non nella sua essenza di rapporto giuridico internazionale, non cioè nella sua funzione di regolamento che il diritto internazionale appresta al concorso di

¹⁸ Si vedano, fra gli altri: A. ANNONI, cit., p. 105; F. CAPOTORTI, cit., p. 43 ss.

¹⁹ F. CAPOTORTI, cit., p. 43 ss.

²⁰ R. QUADRI, cit., p. 314.

²¹ A. ANNONI, *op. cit.*, p. 107.

²² F. CAPOTORTI, cit., p. 53.

attività di due belligeranti nel territorio proprio d'uno, ma piuttosto sotto i profili dello estendersi dell'ordinamento dell'occupante o dell'alterazione intervenuta nella vita interna dello Stato "sovrano" (*dominus*): conseguenze, queste, piuttosto che aspetti, del rapporto di occupazione²³.

Il terzo filone dottrinale è invece riconducibile alla teoria di Balladore Pallieri circa la coesistenza di due ordinamenti nel territorio occupato. Tale teoria traeva fondamento dell'idea che in uno stesso territorio fosse possibile ipotizzare il contemporaneo imperio di più autorità. Nelle parole dell'autore:

L'occupazione bellica non fa acquistare la sovranità. Il territorio rimane territorio dello Stato a cui apparteneva per l'innanzi, gli abitanti conservano la loro cittadinanza, ed è rigorosamente vietato all'occupante ogni atto in senso contrario. [...] L'occupante [deve] lasciar che continuino ad imperare le norme e a funzionare gli organi preesistenti. Il territorio insomma continua a possedere quella legislazione, quella organizzazione che aveva per l'innanzi. I poteri dell'occupante sono soltanto pochi, e assai limitati. Per tutto il rimanente, la preesistente situazione giuridica deve restare immutata²⁴.

In tal senso, si riteneva che il titolo per l'esercizio di poteri di governo da parte della Potenza occupante fosse rinvenibile nel fenomeno dell'occupazione, in ragione della quale l'occupante era "abilitato a compiere un complesso di attività *iure proprio* sul territorio occupato", sul quale, però, ad essere svolta una seppure limitata attività dello Stato occupato²⁵. Si riteneva quindi che, in ragione dell'occupazione, l'esercizio della giurisdizione fosse disgiunto dalla titolarità della sovranità, come già avveniva, d'altronde, in altri istituti del diritto internazionale, quali la capitolazione e la cessione in affitto; mentre questi ultimi, però, traevano fondamento da un trattato internazionale, l'esercizio della giurisdizione da parte dell'occupante traeva fondamento dall'occupazione, intesa come situazione di fatto cui il diritto internazionale ricollegava la produzione di effetti giuridici²⁶. Tale teoria, dunque, riteneva che sul territorio occupato coesistessero due diverse potestà statuali, "due distinti ordinamenti e due

²³ F. CAPOTORTI, cit., p. 53.

²⁴ G. BALLADORE PALLIERI, cit., p. 497.

²⁵ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 731.

²⁶ A. ANNONI, cit., p. 107 ss.

distinte organizzazioni ciascuna delle quali [aveva] efficacia indipendentemente dall'altro e ciascuna delle quali [imperava] entro il proprio ambito"²⁷.

Naturalmente, la teoria di Balladore Pallieri non è esente da critiche. Da un lato, infatti, egli riteneva che l'attività dell'occupante potesse acquisire rilevanza giuridica solo in ragione di un atto di un organo competente dello Stato occupato, trascurando il fatto che, al contrario, il diritto internazionale sembra far discendere in capo allo Stato occupato l'obbligo di riconoscere gli atti legittimamente adottati dall'occupante²⁸. Dall'altro lato, l'impostazione "Stato-centrica" di Balladore Pallieri può ormai apparire superata, laddove si consideri l'enfasi che le Convenzioni di Ginevra, nel secondo dopoguerra, hanno posto sulla protezione della popolazione civile del territorio occupato²⁹. È proprio in ragione di tale evoluzione del diritto dell'occupazione che parte della dottrina contemporanea³⁰ ha accostato l'istituto in esame all'amministrazione fiduciaria *ex* Capitolo XII della Carta delle Nazioni Unite. Dalla ricostruzione dell'istituto fin qui fornita, tuttavia, appare evidente che, come rilevato da A. Annoni:

Scopo delle norme sull'occupazione, invero, non è attribuire alla Potenza occupante poteri di governo al fine di favorire lo sviluppo economico, culturale e sociale del territorio occupato, ma piuttosto curare che, nell'esercitare poteri di governo nel proprio esclusivo interesse, la Potenza occupante non crei un nocumento eccessivo agli interessi della popolazione locale ed a quelli dello Stato occupato³¹.

In ultima analisi, si ritiene di poter concordare con la teoria riconducibile a Balladore Pallieri, laddove riconosce la possibilità della coesistenza di due ordinamenti diversi su di uno stesso territorio³². Tale impostazione, d'altronde, sembra essere condivisa da

²⁷ G. BALLADORE PALLIERI, cit., p. 312.

²⁸ A. ANNONI, cit., p. 109. *Infra*, par. 1.2.2.

²⁹ A. ANNONI, cit., p. 109.

³⁰ Si vedano, fra gli altri: E. BENVENISTI, cit., p. 209 ss.; A. GERSON, *Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank*, in *Harvard International Law Journal* 14 (1973), pp. 1-49.

³¹ A. ANNONI, cit., p. 109.

³² Come sottolineato da Debbasch (O. DEBBASCH, cit., p. 395):

Ainsi, jusqu'à l'annexion définitive du territoire, l'occupation, en tant que conséquence de l'exercice du droit de guerre, s'analyse comme un état de nécessité, une force majeure, ne déplaçant pas en droit la souveraineté. Les droits que, malgré tout, elle confère à son bénéficiaire, sont des droits limités. Et le pouvoir souverain de l'Etat occupé ne disparaît pas, mais 'chôme' provisoirement tant que la présence de l'armée étrangère impose la satisfaction de ses besoins et l'assurance de la sécurité.

buona parte della dottrina³³. Ai sensi del diritto dell'occupazione, infatti, l'occupante ha la facoltà di compiere attività di governo nel proprio interesse, disciplinando la vita della popolazione del territorio occupato mediante l'emanazione di atti normativi, amministrativi e giudiziari. Allo stesso tempo, però, esso ha l'obbligo di assicurare l'esistenza della popolazione, tramite l'adozione di misure di ordine pubblico, approvvigionamento, e così via; naturalmente, nello svolgimento di tali attività, esso sarà sottoposto ad una serie di limitazioni. Per quanto riguarda, invece, lo Stato occupato, oltre a godere di una certa autonomia dell'attività giurisdizionale e di una limitata autonomia amministrativa e normativa (a livello locale), esso ha anche l'obbligo di riconoscere l'efficacia dell'attività legittima dell'occupante³⁴.

1.2. Implicazioni della natura transitoria dell'occupazione militare

Come si è già avuto modo di rilevare, uno dei tratti distintivi del diritto dell'occupazione consiste proprio nel principio secondo il quale lo Stato occupato non perde la sovranità sul territorio passato sotto il controllo della Potenza occupante e, di conseguenza, l'occupazione è un fenomeno di natura transitoria. D'altra parte, dall'art. 47 della IV Convenzione di Ginevra è possibile dedurre il divieto di annessione del territorio occupato, divieto che appartiene, ormai, al diritto consuetudinario internazionale, così come confermato a più riprese da numerose istanze giurisdizionali³⁵. In tal senso, nelle parole di Debbasch:

Malgré l'occupation, situation matérielle et provisoire, les éléments essentiels de l'Etat subsistent [et] à la fin de l'occupation, le souverain local, toujours titulaire de l'autorité suprême, recouvrera son complet exercice³⁶.

³³ Si vedano, fra gli altri: F. CAPOTORTI, cit., p. 57 ss.; C. CURTI GIALDINO, cit., p. 731 ss.; È DAVID, cit., p. 555 ss.; O. DEBBASCH, cit., p. 395; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 49; A. MIGLIAZZA, cit., p. 25 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 253 ss.

³⁴ *Infra*, par. 1.2.2. del presente capitolo.

³⁵ Si veda, *ex multis*, il lodo arbitrale nel caso del debito pubblico ottomano (1925), in cui si legge che “*le transfert de souveraineté ne peut être considéré comme effectué juridiquement que par l'entrée en vigueur du Traité qui le stipule et à dater du jour de cette mise en vigueur*”. *The Ottoman Debt Arbitration*, in *Digest of the decisions of International Tribunals relating to State Succession – study prepared by the Secretariat*, Document: A/CN.4/151, Extract from the *Yearbook of the International Law Commission II* (1962), disponibile su untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_151.pdf.

³⁶ O. DEBBASCH, cit., p. 387.

Da tale natura transitoria dell'occupazione militare discendono, *ça va sans dire*, importanti conseguenze in relazione ai poteri della Potenza occupante e all'ordinamento vigente nel territorio occupato in seguito al ritorno del sovrano territoriale.

1.2.1. Poteri della Potenza occupante nei territori occupati

Sebbene l'occupante non acquisisca la sovranità sul territorio occupato per il solo fatto dell'occupazione, esso si trova ad esercitare, seppure temporaneamente, l'autorità militare sul territorio in questione³⁷. In altri termini, le norme internazionali attribuiscono alla Potenza occupante la facoltà di esercitare l'attività di governo sul territorio occupato; al fine di esercitare tale attività di governo, l'occupante dovrà stabilire sul territorio in questione un'autorità militare idonea a svolgere attività legislative e amministrative e, entro certi limiti, giudiziarie.

Per quanto riguarda la facoltà legislativa, occorre innanzitutto notare che, ai sensi dell'art. 43 del Regolamento dell'Aja :

L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

Al fine di determinare obblighi e facoltà della Potenza occupante, è innanzitutto necessario interpretare la frase "*en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics*". Basandosi sul testo adottato in occasione della Conferenza di Bruxelles del 1874, da cui il Regolamento dell'Aja trae ispirazione, è possibile ipotizzare che l'espressione '*ordre public*' faccia riferimento alla pubblica sicurezza e che l'espressione '*vie publique*' indichi un concetto più ampio che fa riferimento al normale svolgimento della vita sociale³⁸. In tal senso, quindi, "*l'ordre et la vie publics*" indicherebbero l'intera sfera sociale, economica e commerciale della comunità stanziata sul territorio in questione³⁹. Dalla lettera dell'art. 43, è evidente che la Potenza occupante è tenuta a ristabilire (*rétablir*) ma anche ad assicurare (*assurer*) l'ordine e la vita pubblica: si tratta, quindi, di un obbligo immediato di ristabilire le condizioni per il

³⁷ L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, cit., p. 434.

³⁸ Cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 91 ss.

³⁹ *Ibidem*.

normale svolgimento della vita nel territorio occupato ma anche di un obbligo continuato di garantire che tali condizioni perdurino per tutta la durata dell'occupazione. Tale necessità di “assicurare la convivenza sul territorio occupato impegna [l'occupante] a prendere una serie di misure nell'interesse della popolazione”⁴⁰, ad esempio in materia sanitaria e d'alimentazione. In alcuni casi, l'occupante sarà dunque obbligato ad intervenire al fine di preservare l'ordine e la vita pubblica. In tal senso, come affermato dal Tribunale Militare di Norimberga nel caso *List*:

The status of an occupant of the territory of the enemy having been achieved, International Law places the responsibility upon the commanding general of preserving order, punishing crime, and protecting lives and property within the occupied territory. His power in accomplishing these ends is as great as his responsibility⁴¹.

In altri termini, la Potenza occupante non ha solo il potere di svolgere una seppur limitata attività legislativa, ma ha il dovere di farlo al fine di ristabilire e mantenere l'ordine pubblico e la vita pubblica⁴².

Ai sensi dell'art. 43, però, il territorio occupato non è una *tabula rasa*⁴³. Il diritto dell'occupazione richiede all'occupante di mantenere lo *status quo ante*, nella misura in cui lo obbliga al rispetto delle leggi in vigore nel territorio occupato, a meno che non vi sia un *empêchement absolu*. Non ci si può però esimere dal notare come, nella prassi degli ultimi anni, si sia assistito al tentativo degli Stati – così come di organizzazioni internazionali quali, ad esempio, le Nazioni Unite – di avvalersi della suddetta clausola dell'impedimento assoluto al fine di apportare modifiche significative all'assetto normativo dei territori occupati. Sarà dunque opportuno verificare la compatibilità della prassi delle cc.dd. *transformative occupations* con le norme del diritto dell'occupazione, prestando particolare attenzione alla questione dell'interpretazione della clausola “*unless absolutely prevented*” ex art. 43 del Regolamento dell'Aja, per poi soffermarsi sulla possibilità che risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite incarichino o autorizzino una o più Potenze occupanti ad apportare modifiche significative all'assetto normativo, politico, istituzionale, sociale ed economico del

⁴⁰ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 738.

⁴¹ U.S. Military Tribunal, *USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial)*, cit., p. 1244 ss.

⁴² Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp. 100-101.

⁴³ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 108.

territorio occupato, in virtù della loro presunta prevalenza sulla disciplina dell'occupazione rilevante in materia (segnatamente, l'art. 43 del Regolamento dell'Aja e l'art. 64 della IV Convenzione di Ginevra) *ex art.* 103 della Carta delle Nazioni Unite.

Occorre innanzitutto notare come la clausola dell'*empêchement absolu* sia di difficile interpretazione. Parte della dottrina ritiene, ad esempio, che tale impedimento assoluto possa essere ricondotto alla necessità militare e, basandosi sull'art. 64 della IV Convenzione di Ginevra (relativo alle leggi penali), sostiene che l'occupante abbia il potere di sospendere o modificare le leggi esistenti qualora ciò sia necessario per garantire la propria sicurezza, mantenere l'ordine, adempiere agli obblighi della IV Convenzione di Ginevra e così via⁴⁴. Infatti, ai sensi dell'art. 64:

La legislazione penale del territorio occupato rimarrà in vigore, salvo nella misura in cui potrà essere abrogata o sospesa dalla Potenza occupante se detta legislazione costituisce una minaccia per la sicurezza di questa Potenza o fosse di ostacolo all'applicazione della presente Convenzione. [...]

La Potenza occupante potrà tuttavia assoggettare la popolazione del territorio occupato a disposizioni che siano indispensabili per permetterle di adempiere i suoi obblighi risultanti dalla presente Convenzione e di garantire l'amministrazione regolare del territorio come pure la sicurezza sia della Potenza occupante, sia dei membri e dei beni delle forze o dell'amministrazione d'occupazione nonché degli stabilimenti e delle linee di comunicazione da essa utilizzate⁴⁵.

Sebbene il primo paragrafo dell'art. 64 faccia riferimento soltanto alla legge penale, non vi è ragione per credere che quanto previsto da entrambi i paragrafi dell'art. 64 non sia riferibile a tutte le leggi in vigore nel territorio occupato, dunque anche alle leggi civili o ai provvedimenti amministrativi⁴⁶. In tal senso, l'art. 64 avrebbe il merito di chiarire le circostanze in cui la Potenza occupante può modificare la legislazione vigente, definendo il concetto di impedimento assoluto e riconducendo la facoltà legislativa della Potenza occupante a tre categorie: la legislazione di sicurezza, l'abrogazione di leggi in contrasto con la IV Convenzione di Ginevra e, infine, la

⁴⁴ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 109 ss.; M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 663 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 120 ss.

⁴⁵ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁴⁶ Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 109 ss.; E. BENVENISTI, cit., p. 7 ss.; J.S. PICTET, cit., Article 64.

legislazione indispensabile a garantire l'amministrazione regolare del territorio. È stato tuttavia osservato come, ad oggi, sia ragionevole ritenere che l'*empêchement absolu* citato dall'art. 43 debba includere anche considerazioni connesse al benessere della popolazione locale e, laddove se ne ammetta l'applicabilità nei territori occupati⁴⁷, al rispetto, alla protezione e alla realizzazione delle norme internazionali in materia di diritti umani⁴⁸. In tal senso, nelle parole di Sassòli:

That IHL does not mention this additional exception to the continuing applicability of local legislation can be easily explained by the fact that when the Hague Regulations were adopted in 1907, international human rights law did not yet exist, and in 1949, when Convention IV was drafted, it had just come into being. Today, an Occupying Power has a strong argument that it is 'absolutely prevented' from applying local legislation contrary to international law⁴⁹.

Nello stesso senso è senz'altro interpretabile quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Congo c. Uganda* del 2005:

The Court thus concludes that Uganda was the occupying Power in Ituri at the relevant time. As such it was under an obligation, according to Article 43 of the Hague Regulations of 1907, to take all the measures in its power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety in the occupied area, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the DRC. *This obligation comprised the duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party*⁵⁰.

Alla luce di tali considerazioni, è evidente come alcuni aspetti della recente prassi delle *transformative occupations* costituisca una violazione del diritto dell'occupazione. In effetti, se si osserva il caso dell'Iraq, è indubbio che le modifiche alla legislazione vigente siano andate ben oltre quanto concesso dal combinato disposto dell'art. 43 del Regolamento dell'Aja e dell'64 della IV Convenzione di Ginevra, pur tenendo in

⁴⁷ *Infra*, cap. 3.

⁴⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp. 135-136; M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 676 ss.

⁴⁹ M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by the Occupying Powers*, cit., p. 676.

⁵⁰ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 178 [corsivo aggiunto].

considerazione l'obbligo di rispettare, proteggere e realizzare i diritti umani: molte delle modifiche apportate – da quelle volte a trasformare un sistema economico d'ispirazione socialista in un'economia di mercato al ruolo fin troppo attivo svolto dalla *Coalition Provisional Authority* nella stesura della nuova Costituzione irachena – non sembrano riconducibili ad alcuna delle suddette categorie; né sembra possibile considerare tali categorie come meramente esemplificative, dal momento che, in fase di negoziazione delle Convenzioni di Ginevra, la proposta degli Stati Uniti di adottare un testo decisamente più permissivo non incontrò il favore degli altri Stati⁵¹. Nelle parole di Yoram Dinstein:

In belligerent occupation the three preponderant considerations are security, security, security. I found almost amusing to hear [...] that the US occupation authorities were deeply concerned about the revision of the Iraqi copyright law. [...] When the belligerent occupation lasts in theory from April 2003 through June 2004, how did copyright even come into the minds of authorities of the Occupying power(s)? They should have worried about security, security, security, and then perhaps Iraq would have been a better place to live in today⁵².

È però opportuno notare come parte della dottrina sembri ritenere che – pur in assenza di un impedimento assoluto – le Potenze occupanti possano apportare modifiche significative all'assetto politico, giuridico, economico, istituzionale e sociale del territorio occupato qualora tali modifiche siano autorizzate, o richieste, da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁵³, purché la volontà di

⁵¹ Il delegato statunitense (*Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, come riportato in: A. ROBERTS, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, in *The American Journal of International Law* 100 (2006), p. 580 ss., p. 588) propose di modificare il testo della bozza dell'art. 55 (poi divenuto l'art. 64) nel modo seguente:

Until changed by the Occupying Power the penal laws of the occupied territory shall remain in force and the tribunals thereof shall continue to function in respect of all offences covered by the said laws.

⁵² Y. DINSTEIN, *Concluding Observations: The Influence of the Conflict in Iraq on International Law*, in R.A. PEDROSO (ed.), *The War in Iraq: A Legal Analysis*, International Law Studies (Blue Book) Series 86 (2010), pp. 479-496, p. 487.

⁵³ Si vedano, fra gli altri: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 108 ss.; R. KOLB, *Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council*, in *International Review of the Red Cross* 90, 869 (March 2008), pp. 29-50, p. 33; N.F. LANCASTER, Major, *Occupation Law, Sovereignty and Political Transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention still be considered Customary International Law?*, in *Military Law Review* 189 (2006), pp. 51-91, p. 89 ss.; A. ROBERTS, *Transformative Military Occupation*, cit., p. 621 ss.; M. SASSÒLI,

derogare al diritto dell'occupazione sia esplicita⁵⁴. Ad oggi, però, tale questione è ancora oggetto di controversia. Il Consiglio di Sicurezza, infatti, non è un organo *legibus solutus*: nell'adempiere ai propri compiti, esso deve rispettare il diritto internazionale e, nel caso in esame, il diritto internazionale umanitario. Ad ogni modo, in virtù del combinato disposto dell'art. 103 e dell'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite e in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Lockerbie*⁵⁵, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dovrebbero prevalere sugli obblighi derivanti da qualsiasi altro accordo internazionale, comprese le Convenzioni in materia di diritto internazionale umanitario. Ciò detto, permane il limite delle norme di *ius cogens* cui il Consiglio di Sicurezza non potrà in alcun caso derogare, come affermato, tra l'altro, nell'opinione separata del giudice *ad hoc* Lauterpacht nel caso *dell'applicazione della Convenzione sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio*⁵⁶. L'analisi, quindi, deve necessariamente spostarsi sulla natura del diritto dell'occupazione, al fine di determinare se esso contenga delle norme definibili come *ius cogens* e se fra queste vi sia anche l'art. 43 del Regolamento dell'Aja. Allo stato attuale del dibattito, se è vero che alcune norme del diritto dell'occupazione possono essere considerate come norme di *ius cogens*⁵⁷, è anche vero che tale qualificazione

Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by the Occupying Powers, cit., p. 680 ss.; M. ZWANENBURG, *Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation*, in *International Review of the Red Cross* 86, 856 (December 2004), pp. 745-769, p. 767.

⁵⁴ R. KOLB, *Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council*, cit., p. 33; M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by the Occupying Powers*, cit., p. 680 ss.; M. ZWANENBURG, *Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation*, in *International Review of the Red Cross* 86, 856 (December 2004), pp. 745-769, p. 767.

⁵⁵ ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 114, par. 42.

⁵⁶ Il giudice Lauterpacht (ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, p. 440) ha infatti osservato:

The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot – as a matter of simple hierarchy of norms – extend to a conflict between a Security Council resolution and *jus cogens*.

⁵⁷ La stessa Corte internazionale di giustizia, nel parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati (ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 159), sembra aver implicitamente riconosciuto come alcune delle norme del diritto dell'occupazione siano assunte al rango di *ius cogens*. Essa ha infatti affermato che tutti gli Stati della comunità internazionale hanno l'obbligo di non riconoscere le situazioni illecite derivanti dalla costruzione del muro in Palestina e di far sì che ogni ostacolo alla realizzazione dell'autodeterminazione del popolo palestinese abbia fine.

Come parte della dottrina ha rilevato, il linguaggio utilizzato fa pensare che la Corte abbia preso spunto dal Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, segnatamente dagli artt. 40 e 41 relativi alle

dovrebbe, probabilmente, essere limitata alle norme poste a tutela della persona umana⁵⁸, con la conseguenza che quanto previsto dall'art. 43 – nella misura in cui tale norma è volta alla protezione del valore della sovranità dello Stato occupato – potrebbe, in effetti, essere derogato da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza adottata ex Capitolo VII della Carta. In ultima analisi, è possibile affermare che le *transformative occupations* violano il diritto dell'occupazione nella misura in cui comportano modifiche significative dell'assetto normativo, politico, istituzionale, sociale ed economico del territorio occupato senza rispettare la clausola dell'*empêchement absolu* prevista dall'art. 43; tuttavia, qualora intervenga una risoluzione del Consiglio di Sicurezza adottata ex Capitolo VII della Carta, gli obiettivi trasformativi dell'occupante diverrebbero leciti, in virtù del combinato disposto dell'art. 103 e dell'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite.

Per quanto riguarda l'ingerenza della Potenza occupante nell'attività amministrativa, occorre innanzitutto notare che, proprio in ragione della natura temporanea dell'occupazione, l'occupante non potrà modificare né la struttura fondamentale né le istituzioni di governo del territorio occupato, così come non potrà estendere al territorio in questione la propria struttura amministrativa. Ad ogni modo, si può forse riconoscere la possibilità eccezionale di modificare le strutture amministrative del territorio occupato qualora ciò sia necessario al mantenimento dell'ordine, alla sicurezza delle forze d'occupazione o alla realizzazione dei legittimi scopi dell'occupazione⁵⁹. Nel valutare tale eventualità, l'occupante dovrà tener conto dell'art. 47 della IV Convenzione di Ginevra, ai sensi del quale le persone protette non potranno essere private dei benefici e delle garanzie accordate loro dalla stessa Convenzione di Ginevra e dal diritto internazionale umanitario; in tal senso, ogni alterazione alla struttura amministrativa dovrà quindi essere giustificata alla luce dell'obiettivo generale di garantire il benessere degli abitanti del territorio occupato. Per quanto riguarda, poi, la questione dell'ampiezza dei poteri dell'occupante in materia, è anch'essa oggetto di controversia: da un lato, ad esempio, la Corte Suprema israeliana ha riconosciuto la

gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale. Così facendo, la Corte sembra riconoscere che le violazioni in esame costituiscono violazioni di norme di *ius cogens*, con le conseguenze che ne derivano in materia di responsabilità internazionale. M. SASSOLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, cit., p. 681; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 82 ss.

⁵⁸ Cfr. R. KOLB, *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IVème Convention de Genève du 12 Aout 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, cit., p. 297 ss.; A. CARCANO, cit., p. 112.

⁵⁹ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 138 ss.

possibilità di apportare modifiche significative e permanenti alle istituzioni politiche, giudiziarie ed amministrative di un territorio occupato soltanto in casi eccezionali, laddove le istituzioni esistenti contrastino nettamente coi principi di giustizia e moralità⁶⁰; dall'altro, il Manuale militare statunitense tende a riconoscere all'occupante un ampio potere discrezionale, affermando che le autorità di governo dello Stato occupato – a livello centrale, provinciale o locale – continueranno a svolgere le proprie funzioni solo nella misura in cui esse siano approvate dall'occupante e soggette alla sua autorità suprema⁶¹. Ad ogni modo, si ritiene generalmente che l'occupante sia tenuto a cooperare con le strutture amministrative dello Stato occupato finché esse svolgono efficientemente le proprie funzioni⁶². Infatti, ai sensi dell'art. 54 della IV Convenzione di Ginevra, la Potenza occupante non potrà modificare lo *status* dei funzionari e dei magistrati nel territorio occupato o sottoporli a sanzioni qualora essi si astengano dall'esercitare le loro funzioni per motivi di coscienza; tale divieto, però, non limita la facoltà della Potenza occupante di destituire dalle loro cariche – in casi eccezionali – i titolari di pubbliche funzioni. Occorre anche notare come la Potenza occupante debba, in linea generale, consentire il normale svolgimento delle attività (e persino delle elezioni) delle autorità locali e di eventuali governi provinciali, a meno che essi non rappresentino una minaccia per la sua sicurezza e a condizione che i funzionari di tali autorità diano prova di cooperazione⁶³.

Per quanto riguarda, infine, il sistema giudiziario, occorre notare come la popolazione civile del territorio occupato sia soggetta ad una doppia giurisdizione: da un lato, quella delle corti interne, che continuano ad avere giurisdizione sui casi civili e penali relativi all'ordinamento nazionale⁶⁴; dall'altro, quella delle corti militari istituite dall'occupante⁶⁵ al fine di processare e punire coloro che infrangono la legislazione di

⁶⁰ Supreme Court (Israel), *Haetzni v. Minister of Defence et al.*, H CJ 61/80, in *Israel Yearbook on Human Rights* 11 (1981), p. 358 ss.

⁶¹ US Government, Department of Defense, *21st Century U.S. Army Law of Land Warfare Manual (FM 27-10)*, cit., par. 367.

⁶² M. BOTHE, *Occupation, Belligerent*, cit., p. 765.

⁶³ G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 81 ss.

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 64 della IV Convenzione di Ginevra, i tribunali del territorio occupato continueranno a funzionare per tutte le infrazioni previste dalla legislazione penale vigente nel territorio occupato; senza dubbio, ciò vale anche per la legislazione in materia civile.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 66 della IV Convenzione di Ginevra, in caso di infrazione delle disposizioni penali emanate ex art. 64, l'occupante potrà deferire gli imputati ai suoi tribunali militari, non politici e regolarmente costituiti, a condizione che questi abbiano la loro sede nel territorio occupato; anche eventuali tribunali d'appello avranno di preferenza la loro sede nel territorio occupato.

sicurezza emanata *ex art.* 64⁶⁶. Il conseguente esercizio concorrente della giurisdizione in materia penale non può che sollevare interessanti quesiti: lo stesso comportamento potrebbe infatti costituire reato sia per la giurisdizione penale interna sia per quella della Potenza occupante; in questi casi, è ipotizzabile che lo stesso individuo venga processato sia da una corte interna che da una corte militare istituita dall'occupante. Non si può non notare come ciò appaia in contrasto tanto con l'art. 67 della IV Convenzione di Ginevra, ai sensi del quale i tribunali dovranno applicare soltanto le disposizioni conformi alle norme generali del diritto (quindi anche al principio del *ne bis in idem*), quanto con l'art. 75, par. 4, lett. g) del I Protocollo addizionale, ai sensi del quale nessuno può essere "processato né punito dalla stessa Parte per un reato che abbia già fatto oggetto di un giudizio definitivo di assoluzione o di condanna reso conformemente allo stesso ordinamento e alla stessa procedura giudiziaria"⁶⁷. In effetti, parte della dottrina sembra condividere tale tesi⁶⁸. Data l'indubbia rilevanza di tale questione nell'ambito di un lavoro di ricerca sulla protezione della popolazione civile nei territori occupati, sarà opportuno soffermarsi debitamente sulla stessa nelle prossime pagine⁶⁹, limitandosi adesso ad accennare, invece, al trattamento dei giudici delle corti interne. Al riguardo, vale quanto già osservato in merito ai funzionari pubblici dei territori occupati: ai sensi dell'art. 54, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra, l'occupante non potrà modificarne lo *status* o sottoporli a sanzioni qualora essi si astengano dall'esercitare le loro funzioni per motivi di coscienza. Inoltre, sebbene il secondo paragrafo dello stesso articolo faccia espresso riferimento soltanto ai funzionari pubblici, è opinione condivisa che la possibilità di rimozione dall'incarico in casi eccezionali valga anche per i giudici⁷⁰.

1.2.2. Termine dell'occupazione e *postliminium*

Come si è già avuto modo di sottolineare a più riprese, l'occupazione militare è un fenomeno di natura temporanea che non comporta alcun trasferimento di sovranità. Così, al termine dell'occupazione, il sovrano territoriale farà generalmente ritorno e l'autorità della Potenza occupante verrà meno. Il conseguente ripristino dello *status quo*

⁶⁶ Per la prassi israeliana in materia, si rimanda a: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent occupation*, cit., p. 139 ss.

⁶⁷ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁶⁸ G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 106 ss.

⁶⁹ *Infra*, par. 2.1. del presente capitolo.

⁷⁰ J.S. PICTET, cit., Article 54.

ante è generalmente definito con il termine *postliminium*⁷¹, preso in prestito (forse erroneamente) dal diritto romano⁷².

Come regola generale, una volta terminata l'occupazione, le norme del diritto dell'occupazione non troveranno più applicazione, gli individui accusati o condannati dalle corti del territorio occupato dovranno essere consegnati alle autorità del sovrano territoriale e i funzionari pubblici e i giudici eventualmente designati dalla Potenza occupante cesseranno dalle loro cariche, a meno che il sovrano territoriale non decida di confermarli⁷³. Come osservato da Hall:

When territory which has been occupied and population which has been controlled by an enemy comes again into the power of its own state [...] the legal state of things existing prior to the hostile occupation is re-established; [this] legal state of things [...] is conceived of for many purposes as having been in continuous existence⁷⁴.

È però necessario notare come vi siano delle eccezioni alla regola del ripristino dello *status quo ante*: secondo parte della dottrina⁷⁵, infatti, gli atti (amministrativi, legislativi o giudiziari) adottati dall'occupante conformemente al diritto dell'occupazione e alle norme di diritto internazionale applicabili dovranno essere considerati validi dal legittimo sovrano che torni ad esercitare la propria autorità sul territorio in questione⁷⁶.

⁷¹ Von Glahn (G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 257) descrive il *postliminium* come segue:

The legitimate sovereign, upon recovering the occupied area, finds himself possessed *ipso facto*, under the right of *postliminium*, of all powers possessed by him prior to the occupation. In other words, [...] the legal state of things is re-established as soon as occupation ceases.

⁷² W.E. HALL, *A Treatise on International Law*, Sixth Edition, J.B. ATLAY (ed.), London, Henry Frowde, publisher of the University of Oxford, and Stevens and Sons, Limited, 1909, p. 481.

⁷³ Si vedano, fra gli altri: Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 25; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 283 ss.; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 257 ss.

⁷⁴ W. E. HALL, cit., p. 481.

⁷⁵ Si vedano, fra gli altri: F. CAPOTORTI, cit., p. 100 ss.; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 283 ss.; W.E. HALL, cit., p. 481 ss.; F. MORGENSTEN, cit., p. 298 ss.; L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, cit., pp. 436-437; G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 257 ss.

⁷⁶ In tal senso, Von Glahn (G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 259) osserva:

All acts of the occupant would remain in force if they were undertaken in accordance with the rules of international law, were devoid of political character, did not conflict with the constitution and laws of the returned sovereign, and were not aimed against the interests of the inhabitants of the territory in question.

Allo stesso tempo, però, si ritiene generalmente che gli atti eventualmente emanati dall'occupante eccedendo i limiti dei propri poteri debbano essere considerati *ultra vires*, tanto dalle corti dello Stato occupato durante l'occupazione (qualora ne abbiano il potere⁷⁷) tanto dal legittimo sovrano restaurato⁷⁸. In tal senso, Morgensten osserva:

The competence of the occupant is limited by the provisions of the Hague Regulations, and acts which are not permitted by those Regulations are, in consequence, null and void. [...] Such acts should be treated as a legal nullity both by the courts of the occupied country during the occupation – where they have the power to do so – and by the returning sovereign⁷⁹.

Ad ogni modo, è possibile che il sovrano territoriale decida di mantenere in vigore parte della legislazione emanata dall'occupante, soprattutto nel caso di occupazioni protratte nel tempo. Un trattato di pace, infatti, potrebbe espressamente trattare la questione del *postliminium* e, in alcuni casi, rendere validi retroattivamente eventuali atti adottati dall'occupante eccedendo i propri poteri⁸⁰.

Parte della dottrina⁸¹ riconduce l'obbligo posto in capo al sovrano territoriale di garantire l'efficacia dei provvedimenti internazionalmente leciti dell'occupante ad un obbligo generale di *pacti* imposto allo Stato occupato dal diritto internazionale: in tal senso, autorizzando l'occupante a svolgere attività legislative, amministrative e giudiziarie nel territorio occupato, il diritto internazionale obbligherebbe lo Stato occupato a “tollerare l'esercizio dell'altrui potere di governo sul proprio territorio”⁸². Tale obbligo di *pacti* imporrebbe dunque allo Stato occupato, da un lato, di astenersi dall'adottare atti o provvedimenti volti a contrastare l'azione di governo dell'occupante sul territorio occupato⁸³ – fatto salvo il diritto dello Stato occupato di proseguire nello sforzo bellico⁸⁴ – e, dall'altro, di riconoscere la validità dei soli provvedimenti adottati

⁷⁷ Per un'accurata valutazione della possibilità che le corti dello Stato occupato godano di tale potere, si rimanda a: T. FERRARO, *Enforcement of Occupation Law in Domestic Courts*, in *Israel Law Review* 41, 1 & 2 (2008), pp. 331-357.

⁷⁸ F. MORGENSTEN, cit., p. 300 ss.

⁷⁹ *Ivi*, p. 301.

⁸⁰ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 283 ss.

⁸¹ A. ANNONI, cit., 18; F. CAPOTORTI, cit., p. 100 ss.

⁸² A. ANNONI, cit., p. 239.

⁸³ In particolare, è stato notato come il sovrano territoriale debba astenersi dall'adottare norme volte a “sanzionare penalmente comportamenti degli abitanti del territorio occupato che risultino imposti da un provvedimento internazionalmente legittimo dell'Autorità occupante”. *Ivi*, p. 240.

⁸⁴ *Ibidem*.

dall'occupante nei limiti dei propri poteri⁸⁵. In altri termini, quello dell'occupazione è un regime giuridico circoscritto da una serie di limiti che il diritto internazionale pone all'esercizio dell'autorità da parte dell'occupante; purché emanati nel rispetto di tali limiti, gli atti dell'occupante saranno vincolanti tanto per gli abitanti quanto per il legittimo sovrano del territorio occupato⁸⁶.

Naturalmente, è possibile che il sovrano restaurato al termine dell'occupazione decida di adottare dei provvedimenti volti a stabilire l'inefficacia retroattiva degli atti

⁸⁵ Come rilevato da A. Annoni (A. ANNONI, cit., p. 240 ss.), tale obbligo è stato riconosciuto da una serie di pronunce dei tribunali di alcuni Stati occupati.

Per quanto riguarda la validità degli atti normativi ed amministrativi dell'occupante, l'autrice cita, fra le altre, la sentenza della Corte di Cassazione italiana n. 1283 del 1952 (Cassazione, 7 maggio 1952 n. 1283, in *Massimario Foro italiano*, Il Foro italiano, Roma, 1952, p. 317 ss.), in cui si afferma:

Le ordinanze del Governo militare alleato, continuando a vigere nel territorio di Trieste il regime di occupazione militare, non possono modificare l'ordinamento giurisdizionale vigente nel territorio stesso e pertanto le ordinanze che contravvengono a questa regola non hanno valore per l'ordinamento giuridico italiano.

Per quanto riguarda, invece, l'efficacia delle sentenze emesse dalle corti istituite dalla Potenza occupante conformemente al diritto internazionale, l'autrice fa riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione italiana n. 2402 del 1949 (Cassazione, 24 agosto 1949 n. 2402, in *Massimario della giurisprudenza italiana – Cassazione civile*, Anno XIX – 1949, II, p. 606 ss.), in cui si legge:

L'autorità giudiziaria ha la potestà giurisdizionale di indagare caso per caso, se, in difetto dell'emanazione di una specifica norma legislativa, determinati atti che le autorità militari o amministrative di una potenza straniera abbiano compiuto nel territorio nazionale da questa occupata [...] siano legittimi o meno alla stregua [dei] principi di diritto internazionale. [...] Le norme di diritto internazionale, non legittimano senz'altro e incondizionatamente lo Stato occupante a istituire nel territorio dello Stato occupato propri organi di giustizia [...] né a modificare comunque l'organizzazione giudiziaria preesistente; concedono però in linea eccezionale tale facoltà solo quando ricorrano valide ragioni di necessità bellica o di opportunità e di prestigio politico. Deve pertanto ritenersi che lo Stato germanico, istituendo, in vista di ragioni di opportunità e di prestigio politico, connesse alla composizione etnica nella zona occupata, una speciale sezione presso il tribunale di Bolzano, costituita con giudici in prevalenza tedeschi e destinata a trattare in lingua tedesca i procedimenti in cui potessero essere interessati i nativi parlanti tale lingua, non abbia violato i limiti posti dal diritto internazionale alla facoltà della potenza occupante. E quindi i procedimenti svoltisi dinanzi a tale sezione e le sentenze da questa emanate debbono ritenersi valide ed efficaci di fronte all'ordinamento giuridico italiano.

⁸⁶ Al riguardo, si rimanda a quanto osservato da Morgenstern (F. MORGENSTERN, cit., p. 320):

Belligerent occupation is a legal *régime* circumscribed by the limits which international law places on the authority of the occupant. Within these limits – and these limits only – the acts of the occupant derive from international law a legal force which is binding both on the inhabitants and on the returning sovereign. Where the limits are exceeded the acts of the occupant are *ultra vires*, and are absolutely void, even though the occupant may have the physical power to give them practical effect.

emanati dall'occupante, indipendentemente da qualsivoglia valutazione circa la loro liceità ai sensi del diritto internazionale; parte della dottrina ha rilevato come ciò costituisca un'evidente violazione dell'obbligo di *pacta sunt servanda*, sebbene “i giudici dello Stato liberato non [possano] esimersi dall'applicare tali provvedimenti”⁸⁷, a meno che l'ordinamento interno non preveda la prevalenza degli obblighi internazionali sulle norme interne successive con essi contrastanti (come nel caso degli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione italiana)⁸⁸.

È infine opportuno rilevare come tale obbligo di riconoscimento degli atti internazionalmente leciti dell'occupante trovi un'eccezione nel caso in cui l'occupazione risulti da una guerra di aggressione. È stato infatti rilevato come lo scopo di garantire l'eguaglianza dei belligeranti posto a fondamento della tradizionale distinzione tra *ius ad bellum* e *ius in bello* rivesta primaria importanza esclusivamente nel corso di un conflitto, non venendo invece in rilievo nelle fasi successive alla conclusione delle ostilità; in tal senso, al termine del conflitto (o dell'occupazione), la suddetta distinzione non potrà certo valere come ostacolo all'applicazione del principio generale ai sensi del quale da una condotta illecita (in questo caso, da un atto di aggressione) non può discendere alcun diritto⁸⁹. Alla luce di tali considerazioni, si ritiene di poter affermare che il sovrano territoriale che rientri in possesso del proprio territorio in seguito ad un'occupazione risultante da un atto di aggressione non sia obbligato a riconoscere l'efficacia dei atti adottati dall'occupante, siano essi leciti o meno⁹⁰.

⁸⁷ A. ANNONI, cit., p. 244. *Contra*: Von Glahn, secondo il quale “[the legitimate sovereign] may, of course, set aside the lawful acts in question, on a retroactive basis”, sebbene egli riconosca che “such annulment of lawful acts would undermine the very principles designed to safeguard the inhabitants of the territory in question during the period of occupation”. G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 258.

⁸⁸ A. ANNONI, cit., p. 244 ss.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Ciò trova conferma nella prassi relativa alla sottrazione e all'eventuale trasferimento della proprietà su beni pubblici e privati ad opera delle Potenze dell'Asse durante la seconda guerra mondiale. Si pensi, ad esempio, all'art. 75 del Trattato di pace con l'Italia del 1947, il quale prevedeva l'obbligo di restituzione con riferimento a tutti i beni identificabili, che si trovassero al momento in Italia e che le Potenze dell'Asse avessero sottratto, “con la violenza o la costrizione, dal territorio di una delle Nazioni Unite”, indipendentemente da eventuali negozi successivi mediante i quali il detentore di tali beni se ne fosse assicurato il possesso. A. GIANNINI, G. TOMAJUOLI (introduzione e note di), *Il trattato di pace con l'Italia*, Jandi Sapi, Roma, 1947.

Avendo riguardo al caso specifico dei beni culturali, poi, si pensi anche alla Convenzione sulla risoluzione delle questioni derivanti dalla guerra e dall'occupazione del 1952, con cui la Germania si impegnavano a rintracciare e restituire i beni culturali sottratti dai territori occupati durante la seconda guerra mondiale. Ad ogni modo, a partire dagli anni Cinquanta, l'obbligo di impedire l'esportazione illegale di beni culturali dai territori occupati (indipendentemente dal fatto che l'occupazione risulti o meno da un atto di aggressione) e di restituire quelli eventualmente esportati in violazione di tale obbligo

2. Norme poste a tutela della popolazione civile

Il diritto dell'occupazione si basa sul presupposto che l'attività di governo della Potenza occupante sul territorio occupato non sia assimilabile a quella da essa svolta sul proprio territorio: l'occupazione si iscrive nell'ambito di un conflitto armato e, di conseguenza, l'obiettivo finale dell'occupante non è tanto il benessere della popolazione locale quanto, probabilmente, la sconfitta dell'avversario; a tal fine, la Potenza occupante gode di una serie di poteri, fra i quali quello di limitare il godimento di certi diritti da parte degli abitanti del territorio occupato. Occorre però ricordare che, come già osservato, l'occupazione è un fenomeno di natura transitoria, giacché lo Stato occupato non perde la sovranità sul territorio passato sotto il controllo della Potenza occupante⁹¹. Non può certo stupire, quindi, che i poteri di quest'ultima nei territori occupati siano in parte limitati al fine di tutelare la popolazione civile.

È innanzitutto opportuno notare che, ai sensi dell'art. 29 della IV Convenzione di Ginevra, la parte in conflitto in cui potere si trovino delle persone protette è responsabile del trattamento loro riservato dai suoi agenti, senza pregiudizio delle responsabilità individuali nelle quali essi potrebbero incorrere. Tale principio di responsabilità dello Stato per le azioni dei propri agenti comporta, da una parte, la responsabilità dello Stato per qualunque violazione delle norme della Convenzione poste a tutela delle persone protette compiute dai propri agenti e, dall'altra, una serie di obblighi positivi fra i quali quello di informare adeguatamente i propri agenti circa il trattamento da riservare ai civili. In tal senso, è stato osservato come la disposizione in esame possa essere letta congiuntamente all'art. 1 della IV Convenzione di Ginevra, ai

è stato codificato, fra gli altri, nell'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954 e nell'art. 11 della Convenzione UNESCO contro il traffico illecito di beni culturali del 1970, ai sensi del quale:

The export and transfer of ownership of cultural property under compulsion arising directly or indirectly from the occupation of a country by a foreign power shall be regarded as illicit.

La prassi successiva, d'altronde, conferma tale obbligo. Si pensi alle due lettere identiche che il Rappresentante permanente iracheno presso le Nazioni Unite ha indirizzato rispettivamente al Segretario generale delle Nazioni Unite e al Presidente del Consiglio di Sicurezza della stessa organizzazione, in cui ha promesso la restituzione di alcuni beni sottratti al Kuwait durante la guerra, fra i quali "museum objects". *Identical Letters dated 91/03/05 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed respectively to the Secretary-General and the President of the Security Council*, UN Doc. S/22330, 5 March 1991, Annex, point 3.

⁹¹ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 49.

sensi del quale le parti si impegnano a rispettare e a far rispettare la Convenzione in tutte le circostanze, e all'art. 144 della stessa Convenzione, il quale impone agli Stati l'obbligo di diffusione, in tempo di pace e di guerra, del testo della Convenzione⁹².

Per quanto riguarda la definizione del termine “agente” richiamato dall'art. 29, il Commentario alla disposizione in esame sottolinea come possa trattarsi di qualunque individuo che si trovi al servizio di un belligerante – sia esso un magistrato, un membro delle forze armate, un funzionario civile o altro – purché esso sia tenuto all'obbedienza nei confronti di tale belligerante. In altri termini, la cittadinanza dell'individuo in questione non è rilevante fin tanto che quest'ultimo sia al servizio dello Stato belligerante; in tal senso, lo Stato in questione risponderà anche degli atti compiuti da cittadini di uno Stato occupato eventualmente reclutati *in loco*⁹³. Per quanto riguarda, invece, la definizione dell'espressione “persona protetta” ai sensi del diritto dell'occupazione, si rimanda a quanto già osservato nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca a proposito dell'ambito di applicazione *ratione personae* di tale *corpus* di norme. Basti qui ribadire che tale ambito di applicazione può essere individuato a partire dall'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra. In tal senso, il diritto dell'occupazione troverà applicazione con riguardo a) ai civili b) che si trovino in potere di una Potenza occupante⁹⁴ c) di cui non sono cittadini⁹⁵, d) purché essi non siano cittadini di uno Stato non parte della Convenzione⁹⁶ o di un co-belligerante (o di uno Stato neutrale) che mantiene normali relazioni diplomatiche con la Potenza occupante⁹⁷. Occorre però ricordare che l'ambito di applicazione *ratione personae* della IV Convenzione di Ginevra così come definito dall'art. 4 non coincide esattamente con l'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto dell'occupazione nel suo insieme⁹⁸. La Convenzione di Ginevra, infatti, non si occupa solamente delle persone che si trovino in un territorio occupato ma, in generale, di tutti i civili che si trovino in potere del nemico, compresi quelli residenti o di passaggio nel territorio di uno dei

⁹² J.S. PICTET, cit., Article 29.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Per la definizione di tale criterio: *supra*, cap. 1, par. 2.2.3.

⁹⁵ Sul punto, si veda: R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 123 ss. Per la corretta interpretazione del criterio di nazionalità: *supra*, cap. 1, par. 2.2.3.

⁹⁶ Sebbene l'art. 4, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra faccia riferimento ai “cittadini di uno Stato che non sia vincolato dalla Convenzione”, occorre tenere presente che la Convenzione è stata ratificata da tutti gli Stati e che, nonostante qualche voce dissidente, si ritiene generalmente che le sue norme corrispondano al diritto consuetudinario; alla luce di tali considerazioni, appare ormai di scarsa utilità la distinzione tra Stati parti e Stati non parti della Convenzione.

⁹⁷ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, cit., p. 108.

⁹⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 12.

belligeranti; vi sono poi alcune disposizioni dall'ambito di applicazione più vasto, in quanto rivolte alle popolazioni dei belligeranti nel loro insieme. Non bisogna quindi dimenticare che, sebbene l'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra fornisca un'utile indicazione circa i destinatari del diritto dell'occupazione, l'ambito di applicazione *ratione personae* del Regolamento dell'Aja è più ristretto, essendo limitato ai casi di occupazione militare.

Com'è noto, la maggior parte delle disposizioni poste a tutela della popolazione civile dei territori occupati è rinvenibile nel Titolo III della IV Convenzione di Ginevra. La terza sezione del Regolamento dell'Aja, volta essenzialmente a disciplinare la relazione di belligeranza tra Stato occupato e Potenza occupante⁹⁹, contiene infatti soltanto un nucleo minimo di garanzie poste a tutela dei civili¹⁰⁰. Oltre ad imporre il rispetto dell'onore e dei diritti della famiglia, della vita degli individui e della proprietà privata, nonché delle convenzioni religiose e dell'esercizio dei culti (art. 46), il Regolamento dell'Aja prevede, fra l'altro, il divieto di costringere la popolazione del territorio occupato a prestare giuramento di fedeltà all'occupante (art. 45) o di fornire informazioni sull'esercito dello Stato occupato (art. 44), così come il divieto di pene collettive (art. 50). L'art. 23, lett. h) vieta, poi, ai belligeranti di "dichiarare estinti, sospesi o non ammissibili in giudizio, i diritti e le azioni dei cittadini della Parte avversaria"¹⁰¹.

L'adozione della IV Convenzione di Ginevra ha portato ad un rafforzamento della tutela prevista a favore della popolazione civile dei territori occupati. Come osservato

⁹⁹ In tal senso, Robert Kolb (R. KOLB, *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 Aout 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, cit., p. 269) ha opportunamente descritto le peculiarità del Regolamento dell'Aja nei seguenti termini:

Le Règlement de La Haye de 1907 diffère significativement de la Convention de Genève IV, tant dans sa perspective générale que, par conséquent, dans les garanties formulées. Le Règlement est encore tourné vers le droit du XIX^e siècle. Sa perspective est strictement inter-étatique. Il contient une série de droits (ou de compétences) en faveur de la Puissance occupée ; et vice versa, il établit des devoirs de l'occupant, octroyant ainsi des droits à l'occupé. Les sujets de ces droits et devoirs corrélatifs sont les entités étatiques respectives.

¹⁰⁰ Come rilevato da Kolb e Vité (R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 116):

L'optique choisie n'est pas celle de la position de l'individu soumis au pouvoir d'une autorité étatique, mais plutôt celle de la relation militaire d'un Etat à un autre Etat. En ce sens, l'esprit du Règlement exprime l'économie du droit international public à l'époque de son adoption.

¹⁰¹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

da Schwarzenberger¹⁰², tale rafforzamento è avvenuto sostanzialmente lungo quattro linee direttrici: non solo alcuni degli obblighi imposti dal Regolamento dell'Aja sono stati formulati con maggiore chiarezza¹⁰³ e il catalogo dei comportamenti ed atti proibiti è stato ampliato considerevolmente (con la conseguente espansione delle corrispondenti libertà)¹⁰⁴, ma si è anche deciso di imporre degli obblighi positivi in capo alla Potenza occupante (in particolare in materia di protezione dei fanciulli, approvvigionamenti e prevenzione delle epidemie)¹⁰⁵ e di delineare un (seppure embrionale) meccanismo volto a garantire il rispetto in buona fede della Convenzione mediante le norme dedicate alle Potenze protettrici e al Comitato internazionale della Croce rossa¹⁰⁶.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, sarà dunque opportuno fare riferimento in via principale alle disposizioni della IV Convenzione di Ginevra, la quale contiene alcune disposizioni comuni per i territori delle parti in conflitto e quelli occupati (Titolo III, Sezione I, artt. 27-34), disposizioni specificamente applicabili in relazione ai territori occupati (Titolo III, Sezione III, artt. 47-78) e una serie di dettagliate previsioni sul trattamento degli individui internati (Titolo III, Sezione IV, artt. 79-141). Non bisogna però dimenticare che, da un lato, le norme del Regolamento dell'Aja rimangono applicabili ai casi di occupazione militare e, dall'altro, il Protocollo addizionale adottato nel 1977 ha completato la disciplina delineata dagli strumenti precedenti prevedendo forme ulteriori di tutela¹⁰⁷.

Tornando, dunque, alla IV Convenzione di Ginevra, occorre notare come la sezione specificamente dedicata ai territori occupati si apra con l'art. 47, il quale enuncia un principio di estrema importanza nel sistema della Convenzione. Ai sensi di tale disposizione, infatti, le persone protette non potranno essere private della protezione loro accordata dalla Convenzione in alcun caso, né in virtù di un qualsiasi cambiamento apportato alle istituzioni o al governo del territorio occupato, né in virtù di un accordo concluso tra le autorità del territorio occupato e la Potenza occupante, né in seguito all'annessione del territorio in questione da parte dell'occupante. Tale disposizione

¹⁰² G. SCHWARZENBERGER, cit., pp. 211-213.

¹⁰³ Si pensi all'art. 46 del Regolamento dell'Aja, ripreso ed ampliato dall'art. 27, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra.

¹⁰⁴ Si pensi all'introduzione di una disposizione che vieta la presa di ostaggi (art. 34 della IV Convenzione di Ginevra).

¹⁰⁵ Artt. 50 e 55-56 della IV Convenzione di Ginevra.

¹⁰⁶ Si vedano, fra gli altri gli artt. 9, 11-12, 30 e 52 della IV Convenzione di Ginevra.

¹⁰⁷ Alcune disposizioni del Protocollo sono infatti specificamente dedicate alla popolazione civile dei territori occupati; si pensi, ad esempio, a quelle in materia di protezione civile come l'art. 63. Si tratta, ad ogni modo, di un catalogo piuttosto ristretto di disposizioni.

richiama il principio generale affermato all'art. 7 – il quale prevede che nessuna intesa speciale pregiudichi la situazione delle persone protette o ne limiti i diritti – e all'art. 8 – ai sensi del quale le persone protette non potranno rinunciare ai diritti loro assicurati dalla Convenzione o da eventuali accordi speciali – in relazione a tutte le persone protette, siano esse civili nel territorio di uno dei belligeranti o civili in un territorio occupato. Come rilevato nel Commentario di J. Pictet:

The Diplomatic Conference wished to reaffirm that general rule by re-stating it at the beginning of the chapter dealing with occupied territory for a particular reason; because there is in this case a particularly great danger of the Occupying Power forcing the Power whose territory is occupied to conclude agreements prejudicial to protected persons¹⁰⁸.

Ai sensi della disposizione in esame, dunque, è escluso che un atto unilaterale della Potenza occupante quale l'annessione o qualsiasi accordo fra i belligeranti comportino la restrizione della tutela prevista a favore della popolazione civile dei territori occupati dalla IV Convenzione di Ginevra. Naturalmente, la disposizione in esame impedisce soltanto le deroghe negative, vale a dire quelle volte a restringere la sfera dei diritti riconosciuti alle persone protette, ammettendo, invece, quelle positive¹⁰⁹.

Sarà adesso opportuno analizzare le principali disposizioni della IV Convenzione di Ginevra in materia di protezione della popolazione civile dei territori occupati, facendo naturalmente riferimento altresì a quelle del Regolamento dell'Aja e del primo Protocollo addizionale laddove rilevanti¹¹⁰.

2.1. Tutela della persona umana: garanzie fondamentali

Una delle disposizioni chiave in materia di protezione dei civili in potere di una Parte in conflitto è l'art. 27 della IV Convenzione di Ginevra, il quale enuncia un nucleo di garanzie minime applicabili tanto ai civili che si trovino sul territorio di un belligerante quanto a quelli dei territori occupati. Il primo paragrafo di tale disposizione stabilisce:

¹⁰⁸ J.S. PICTET, cit., Article 47.

¹⁰⁹ Cfr. R. KOLB, *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 Aout 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, cit., pp. 299-300.

¹¹⁰ Nel presente lavoro di ricerca, si sceglie di trattare la questione delle norme poste a tutela dei civili in potere di una Parte in conflitto facendo riferimento agli obblighi che tali norme impongono ai belligeranti piuttosto che ai diritti dei civili. La scelta è dettata dal fatto che la possibilità stessa che il diritto internazionale umanitario conferisca dei diritti in capo agli individui è ancora controversa. Per la trattazione di tale delicata questione, si veda, *infra*, cap. 3, par. 1, del presente lavoro di ricerca.

Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

Si riconosce, dunque, il diritto delle persone protette al rispetto della loro persona, del loro onore, dei loro diritti familiari, delle loro convinzioni e pratiche religiose, delle loro consuetudini e dei loro costumi; allo stesso tempo, si stabilisce che esse siano sempre trattate con umanità e protette, in particolare, da qualsiasi atto violento o minaccia, dagli insulti e dalla pubblica curiosità (par. 1). Come osservato da Gasser, tale paragrafo impone alla parte in cui potere si trovino i civili tanto un obbligo negativo di rispetto quanto un obbligo positivo di protezione: così, oltre ad astenersi da qualunque atto che possa ingiustificatamente nuocere ai civili, il belligerante in questione dovrà anche prendere le misure necessarie al fine di garantirne la sicurezza¹¹¹. Si può senz'altro concordare con quella parte della dottrina la quale ritiene che tale disposizione abbia valore costituzionale, giacché, prevedendo una serie di garanzie minime da accordare alle persone protette in qualunque circostanza, essa può essere intesa come la base su cui l'intero "diritto di Ginevra" si fonda¹¹².

Di particolare interesse è, indubbiamente, l'obbligo imposto dalla seconda parte del primo paragrafo dell'art. 27, ai sensi del quale le persone protette saranno trattate sempre con umanità¹¹³. Tale principio, d'altronde, è affermato anche in termini generali dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra e, relativamente ai civili in potere di una Parte in conflitto, trova poi espressione in una serie di previsioni specifiche della IV Convenzione di Ginevra, quali il divieto dell'utilizzo di scudi umani (art. 28)¹¹⁴, la libertà dalla coercizione fisica e morale (art. 31)¹¹⁵, il divieto della presa

¹¹¹ H.P. GASSER, cit., pp. 239-240.

¹¹² Si vedano, fra gli altri: J.S. PICTET, cit., Article 27; Y. DINSTEIN, *The international Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 151; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 270. Secondo alcuni, poi, questo nucleo minimo di diritti avrebbe valore di *ius cogens*. Si veda, *ex multis*: Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 271.

¹¹³ L'importanza di tale obbligo è desumibile anche dall'espresso divieto di derogarvi *ex art. 5, par. 3*.

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 28, "nessuna persona protetta [può] essere utilizzata per mettere, con la sua presenza, determinati punti o determinate regioni al sicuro da operazioni militari". Lo stesso divieto è rinvenibile nell'art. 51, par. 7, del primo Protocollo addizionale, il quale dispone, da un lato, che la presenza o i movimenti della popolazione civile non siano "utilizzati per mettere determinati punti o determinate zone al riparo da operazioni militari, in particolare per cercare di mettere obiettivi militari al riparo da attacchi, o di coprire, favorire o ostacolare operazioni militari" e, dall'altro, che le Parti in conflitto non dirigano

di ostaggi (art. 34)¹¹⁶, quello di qualsiasi misura atta a cagionare sofferenze fisiche o lo sterminio delle persone protette (art. 32)¹¹⁷, così come il divieto di pene collettive,

tali movimenti di popolazione civile o persone al fine di mettere al riparo dagli attacchi degli obiettivi militari o coprire operazioni militari. È poi opportuno notare che, ai sensi dell'art. 8(2)(b)(xxiii) dello Statuto della Corte penale internazionale, l'utilizzo di scudi umani costituisce un crimine di guerra.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 31, le Parti in conflitto non potranno esercitare alcuna coercizione di carattere fisico e morale sulle persone protette, specialmente al fine di ottenere delle informazioni da esse o da terzi. Ne consegue che, nell'ambito di procedimenti penali contro una persona protetta, qualunque informazione ottenuta come risultato della tortura o di altre misure di coercizione fisica e morale non potrà essere considerata ammissibile. In tal senso: UK House of Lords, *A and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department (conjoined appeals)*, Judgment, 8 december 2005, [2005] UKHL 71.

L'utilizzo del termine "specialmente" suggerisce che tale divieto proibisca qualunque forma di coercizione fisica e morale, indipendente dal fatto che lo scopo sia quello di estorcere informazioni o meno. J.S. PICTET, cit., Article 31.

Il divieto di esercitare coercizione di carattere fisico e morale è senz'altro parte del diritto consuetudinario. È tuttavia opportuno ricordare che tale divieto non è assoluto. Come osservato nel Commentario alla disposizione in esame:

Article 31 is subject to the unspoken reservation that force is permitted whenever it is necessary to use it in the application of measures taken under the Convention. This power is embodied and expressed particularly in penal legislation and in the control and security regulations enacted by the belligerents and to which protected persons are subject.

In effetti, una Parte in conflitto potrà legittimamente adottare misure coercitive nei confronti delle persone protette allo scopo di obbligarle al lavoro (art. 40 della IV Convenzione di Ginevra), requisire viveri, medicinali, ospedali civili, ecc. per le forze e l'amministrazione di occupazione (artt. 55 e 57 della IV Convenzione di Ginevra), procedere allo sgombero di una regione occupata (art. 49, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra), destituire dalle loro cariche i titolari di pubbliche funzioni (art. 54, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra) ed eseguire misure di internamento (art. 78 ss. della IV Convenzione di Ginevra). Cfr. J.S. PICTET, cit., Article 31.

¹¹⁶ Secondo la definizione adottata dal Commentario alla IV Convenzione di Ginevra del Comitato internazionale della Croce Rossa (J.S. PICTET, cit., Article 34), con il termine 'ostaggi' si intende fare riferimento a:

Nationals of a belligerent State who of their own free will or through compulsion are in the hands of the enemy and are answerable with their freedom or their life for the execution of his orders or the security of his armed forces.

In una sentenza del 1948, il Tribunale militare americano a Norimberga aveva constatato la corrispondenza della presa e dell'esecuzione di ostaggi alle consuetudini di guerra, purché sussistessero una serie di condizioni, fra le quali, ad esempio, la proporzionalità fra il numero degli ostaggi uccisi e la gravità degli atti che avevano condotto alla loro esecuzione, l'impossibilità di identificare o trovare i responsabili di tali atti, e così via. US Military Tribunal (Nuremberg), *The Hostages Trial*, cit., p. 1230 ss. La sentenza in esame era stata, comprensibilmente, aspramente criticata. Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 152.

Con l'adozione della IV Convenzione di Ginevra, la presa di ostaggi è poi stata finalmente vietata (art. 34) e inclusa fra le infrazioni gravi della Convenzione (art. 147); come tale, essa è anche qualificata come un crimine di guerra ai sensi dell'art. 8(2)(a)(viii) dello Statuto della Corte penale internazionale. Ad oggi, la corrispondenza dell'art. 34 al diritto consuetudinario è generalmente riconosciuta. Cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 289.

¹¹⁷ L'art. 32 della IV Convenzione di Ginevra vieta qualsiasi misura atta a cagionare sofferenze fisiche o lo sterminio delle persone protette in potere di un'Alta Parte contraente. La disposizione in parola precisa che il divieto "concerne non solo l'assassinio, la tortura, le pene corporali, le mutilazioni e gli esperimenti medici e scientifici non richiesti dalla cura medica di una persona protetta, ma anche qualsiasi altra brutalità, sia essa compiuta da agenti civili o da agenti militari". Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

rappresaglie o qualsiasi misura di intimidazione o terrorismo (art. 33)¹¹⁸. L'importanza di tale principio fondamentale del c.d. diritto di Ginevra è desumibile anche dal fatto che l'art. 5 – nell'ammettere una facoltà di deroga dei diritti di comunicazione nel caso di spie, sabotatori e persone legittimamente sospettate di svolgere attività dannose per la sicurezza dell'occupante – esclude espressamente che le deroghe possano interessare, in

Dalla disposizione in esame discendono, in capo all'occupante, una serie di obblighi positivi, segnatamente l'obbligo di prevenzione di simili brutalità, quello di punizione dei responsabili e protezione delle vittime. Cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 283.

¹¹⁸ Il primo paragrafo dell'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra stabilisce che nessuna persona protetta possa essere punita per un'infrazione che non ha commesso personalmente e vieta espressamente le pene collettive, così come qualsiasi misura di intimidazione o terrorismo. Per quanto riguarda il divieto di pene collettive, il Commentario del Comitato internazionale della Croce Rossa (J.S. PICTET, cit., Article 33) opportunamente rileva:

This does not refer to punishments inflicted under penal law, i.e. sentences pronounced by a court after due process of law, but penalties of any kind inflicted on persons or entire groups of persons, in defiance of the most elementary principles of humanity, for acts that these persons have not committed.

Tale disposizione riconosce, dunque, un importante principio generale proprio degli ordinamenti giuridici interni, vale a dire quello della responsabilità penale individuale; in tal senso, l'occupante potrà punire soltanto i singoli individui colpevoli di atti ostili conformemente agli art. 64 ss. della IV Convenzione di Ginevra. Di indubbio interesse, in materia di divieto di pene collettive, è la prassi dello Stato di Israele in relazione alla demolizione di abitazioni private ex Sezione 119(1) delle *Defence (Emergency) Regulations*. Sulla base di tale sezione, infatti, l'esercito israeliano ha sovente demolito le abitazioni di sabotatori, terroristi, e così via, senza alcun riguardo alla situazione di altre persone (anche minori d'età) eventualmente residenti nella stessa abitazione. Sebbene tale prassi costituisca indubbiamente una violazione del divieto di punizioni collettive, la Corte suprema israeliana non ha generalmente condannato gli ordini di demolizione in tal senso. Si veda, fra le altre: Supreme Court (Israel), *Dajalis et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*, HCJ 698/85, in *Israel Yearbook of Human Rights* 17 (1987), p. 315 ss. Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 156-159. Per quanto riguarda la nozione di terrorismo ai sensi della disposizione in esame, occorre rilevare come essa si discosti dalla nozione contemporanea di terrorismo quale "*indiscriminate attack carried out against civilian population in peacetime, often pursuant to a political cause*". Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 285. Piuttosto, come sottolineato nel Commentario all'art. 33, le misure di intimidazione e terrorismo cui tale disposizione fa riferimento sono riconducibili alla prassi dei belligeranti di terrorizzare la popolazione civile al fine di prevenire atti ostili; nelle parole di Pictet (J.S. PICTET, cit., Article 33):

[Such practices] strike at guilty and innocent alike. They are opposed to all principles based on humanity and justice and it is for that reason that the prohibition of collective penalties is followed formally by the prohibition of all measures of intimidation or terrorism with regard to protected persons, wherever they may be.

Il terzo paragrafo dell'art. 33 vieta, infine, le misure di rappresaglia nei confronti delle persone protette e dei loro beni. Per rappresaglia si intende qualsiasi atto normalmente illecito che diviene lecito "in reazione ad un torto commesso dallo Stato contro cui la rappresaglia è diretta". N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 203. Si vedano anche: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 159-160; Special Court of Cassation (The Netherlands), *Rauter trial*, 1949, in *Law Reports of Trial of War Criminals* 14, 89, pp. 135-136.

Come osservato nel Commentario alla disposizione in esame, il divieto di rappresaglia è assoluto e non può essere in alcun modo interpretato nel senso di includere considerazioni connesse alla necessità militare. J.S. PICTET, cit., Article 33.

particolare, l'obbligo di trattare le persone protette con umanità e quello di garantire loro un processo equo e regolare (par. 3)¹¹⁹.

Vale poi la pena di notare come l'art. 27 della IV Convenzione di Ginevra preveda altresì una tutela speciale a favore delle donne, che dovranno essere protette contro qualsiasi offesa al loro onore e, in particolare, contro lo stupro, la coercizione alla prostituzione e qualsiasi offesa al loro pudore (par. 2). L'art. 76, par. 1, del primo Protocollo addizionale ribadisce tale obbligo di protezione, prevedendo che le donne siano "protette, specialmente contro la violenza carnale, la prostituzione forzata e ogni altra forma di offesa al pudore" e che siano "oggetto di un particolare rispetto"¹²⁰. Tanto la IV Convenzione di Ginevra quanto il primo Protocollo addizionale contengono, poi, una serie di disposizioni specificamente dedicate alla tutela delle donne arrestate, internate o detenute: da un lato, il quinto paragrafo dell'art. 75 del Protocollo e l'art. 124, par. 3, della Convenzione di Ginevra prevedono che le donne private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato siano alloggiate in locali diversi da quegli degli uomini e che siano poste sotto la sorveglianza di altre donne¹²¹; dall'altro lato, il terzo paragrafo dell'art. 76 del Protocollo stabilisce che "le Parti in conflitto [curino] il più possibile di evitare che la pena di morte sia pronunciata contro le donne incinte o le madri di fanciulli in tenera età che dipendono da esse per reati connessi con il conflitto armato"¹²² e che le condanne a morte eventualmente pronunciate nei confronti di tali donne per i suddetti reati non siano eseguite.

Fra le altre categorie di individui in relazione ai quali il diritto dell'occupazione prevede una tutela speciale occorre senz'altro accennare ai fanciulli. Alcune

¹¹⁹ In effetti, l'art. 5, par. 2, prevede la possibilità di derogare ad alcuni diritti nel caso in cui l'individuo in questione sia una spia o un sabotatore o sia legittimamente sospettato di svolgere un'attività dannosa per la sicurezza della Potenza occupante; tale deroga, come accennato, è però espressamente limitata ai diritti di comunicazione e, per gli Stati parti del I Protocollo addizionale, non è più attuabile se non per le spie (*ex art. 45, par. 3, del I Protocollo addizionale*). Inoltre, ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 5, due diritti non potranno mai essere derogati: il diritto delle persone protette di essere trattate con umanità e il diritto ad un processo equo e regolare. Come già rilevato dalla delegazione russa all'epoca della stesura della Convenzione, la previsione di due soli diritti inderogabili sembra contraddire il par. 2 dello stesso articolo, ai sensi del quale l'unico diritto derogabile sarebbe quello di comunicazione; per risolvere tale contraddizione, è forse possibile intendere i due diritti inderogabili *ex par. 3* come meramente illustrativi, in quanto diritti che vengono frequentemente violati in caso di conflitto armato. Cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, *cit.*, p. 275 ss.

Oltre a tale possibilità di deroga, il diritto dell'occupazione prevede anche che la Potenza occupante possa limitare alcuni dei diritti garantiti alle persone protette nel caso in cui sia necessario prendere delle misure di controllo o di sicurezza imposte dalla guerra; fra queste figurano, come si avrà modo di notare, misure decisamente restrittive della libertà individuale come l'internamento o la residenza forzata.

¹²⁰ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, *cit.*

¹²¹ L'art. 75, par. 5, del Protocollo aggiunge però che, qualora vi siano famiglie detenute o internate, se ne preservi l'unità alloggiandole, per quanto possibile, nello stesso luogo.

¹²² Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, *cit.*

disposizioni della IV Convenzione di Ginevra sono infatti specificamente dedicate alla loro educazione e al loro mantenimento. In particolare, l'art. 50 della IV Convenzione di Ginevra prevede che la Potenza occupante faciliti, "con il concorso delle autorità nazionali e locali, l'ordinato esercizio degli stabilimenti adibiti alla cura e all'educazione dei fanciulli" e che, in mancanza di adeguate istituzioni locali, assicuri il sostentamento e l'educazione dei fanciulli orfani o separati dai propri genitori a causa della guerra "possibilmente a cura di persone della stessa nazionalità, lingua e religione"¹²³. Lo stesso articolo vieta, poi, all'occupante di mutarne lo stato personale o di arruolarli in formazioni od organizzazioni dipendenti dall'occupante stesso e stabilisce che una sezione speciale dell'Agenzia centrale di informazioni creata *ex art.* 136 sia incaricata di prendere i provvedimenti necessari ad identificarli in caso di dubbio e a registrare le informazioni relative ai genitori o ad altri congiunti prossimi. L'ultimo paragrafo dell'art. 50 aggiunge, infine, che la Potenza occupante "non dovrà ostacolare l'applicazione delle misure preferenziali che fossero state adottate, prima dell'occupazione, in favore dei fanciulli di età inferiore a quindici anni [...] per quanto concerne il vitto, le cure mediche e la protezione contro gli effetti della guerra"¹²⁴. Anche il primo Protocollo addizionale contiene alcune disposizioni specificamente applicabili ai fanciulli: oltre a prevedere che essi siano "oggetto di un particolare rispetto e [che siano] protetti contro ogni forma di offesa al pudore", l'art. 77 obbliga le Parti in conflitto ad adottare "tutte le misure praticamente possibili affinché i fanciulli di meno di 15 anni non partecipino direttamente alle ostilità" e ne vieta espressamente il reclutamento nelle forze armate¹²⁵, prevedendo inoltre che, qualora i fanciulli minori di quindici anni partecipino direttamente alle ostilità e cadano in potere di una Parte avversaria, essi continuino a beneficiare della protezione speciale concessa dall'articolo in esame indipendentemente dalla loro qualificazione come combattenti privilegiati (e dunque prigionieri di guerra). Analogamente a quanto previsto in relazione alle donne, gli ultimi paragrafi dell'art. 77 stabiliscono, infine, che i fanciulli arrestati, detenuti o internati per motivi connessi con il conflitto armato siano custoditi in locali separati da

¹²³ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹²⁴ *Ibidem*. Sebbene i termini utilizzati in tale disposizione sembrano indicare l'esistenza di un obbligo negativo di astensione, parte della dottrina ritiene che si tratti, in realtà, di un obbligo positivo posto in capo alla Potenza occupante. Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 385.

¹²⁵ Arruolare o impiegare bambini di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate nazionali o usarli nella partecipazione attiva alle ostilità nel corso di un conflitto armato internazionale è un crimine di guerra *ex art.* 8(b)(xxvi) dello Statuto della Corte penale internazionale.

quelli degli adulti¹²⁶ (par. 4) e che non siano eseguite condanne a morte per reati connessi con il conflitto armato “irrogate a persone che non avevano diciotto anni al momento della commissione del reato stesso”¹²⁷ (par. 5).

È adesso opportuno osservare come il terzo paragrafo dell’art. 27 riconosca il diritto all’eguaglianza e il divieto di ogni discriminazione basata, in particolare, su razza, religione o opinioni politiche (par. 3). È possibile ritenere che i tre motivi di discriminazione espressamente indicati dalla norma non siano esaustivi, così che un regime di detenzione eventualmente fondato su qualsiasi altro criterio discriminatorio sia egualmente proibito¹²⁸.

2.2. Tutela della persona umana: misure di controllo e sicurezza

Vale adesso la pena di soffermarsi sulla possibilità, espressamente prevista dall’ultimo paragrafo dell’art. 27, che le Parti in conflitto prendano, nei confronti delle persone protette, misure di controllo o di sicurezza imposte dalla guerra. Limitatamente ai territori occupati, l’art. 78, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra specifica:

If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment.

L’internamento e la residenza obbligata sono senz’altro le più gravi misure di controllo e sicurezza che un occupante sia autorizzato ad adottare¹²⁹. In entrambi i casi, infatti, l’individuo viene privato della libertà mediante un ordine del potere esecutivo allo scopo di garantire la sicurezza di una regione o di un’area soggetta a gravi disordini¹³⁰: da un lato, quindi, la decisione di internare un individuo o di assegnargli una residenza obbligata è presa da un organo amministrativo senza che alcun capo d’imputazione sia formulato nei confronti di tale individuo¹³¹; dall’altro, si tratta di

¹²⁶ A meno che non sia necessario mantenere l’unità dei nuclei familiari così come previsto dall’art. 75, par. 5, del primo Protocollo addizionale.

¹²⁷ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹²⁸ Il Commentario del CICR fa riferimento alla lingua, alla posizione sociale, alla situazione economica, e così via. J.S. PICTET, cit., Article 27.

¹²⁹ J. PEJIC, *Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence*, in *International Review of the Red Cross* 87, 858 (2005), pp. 375-391, p. 380. A definirle così, d’altronde, è la stessa IV Convenzione di Ginevra (art. 41).

¹³⁰ R. KOLB, S. VITÉ, cit., pp. 368-369.

¹³¹ *Ivi*, p. 369.

misure di natura preventiva¹³², imposte soltanto ove si rivelino necessarie ad impedire che un individuo commetta un reato in futuro¹³³. La differenza fra la residenza obbligata e l'internamento risiede esclusivamente nell'intensità: se nel primo caso l'individuo sarà allontanato dal proprio domicilio e costretto a risiedere in un luogo diverso, generalmente abbastanza isolato da permettere un maggiore controllo, nel secondo caso la persona detenuta sarà relegata in un luogo appositamente creato dalla Potenza detentrici e si troverà a vivere con altri internati¹³⁴. È dunque ragionevole ritenere che, in linea con il principio di proporzionalità, la scelta fra internamento e residenza obbligata dipenda dalle circostanze e, in particolare, dalla gravità della minaccia¹³⁵.

Per un'accurata indagine circa la natura e la disciplina dell'internamento (e della residenza obbligata¹³⁶) nel diritto dell'occupazione, si rinvia al quarto capitolo del presente lavoro di ricerca, in cui si analizzerà l'interazione fra tale particolare tipo di detenzione amministrativa e il diritto alla libertà personale così come sancito nei principali trattati sui diritti umani e garantito dal diritto internazionale consuetudinario. Vale qui la pena di accennare, invece, al significativo numero di disposizioni che la IV Convenzione di Ginevra dedica al trattamento degli internati (Titolo III, Sezione IV). In particolare, l'art. 81 impone alla Potenza detentrici l'obbligo di provvedere, fra l'altro, al sostentamento degli individui internati e delle persone che dipendano da questi ultimi. Ai sensi dell'art. 82, poi, gli internati dovranno essere "raggruppati secondo la loro nazionalità, la loro lingua e le loro usanze" e "i membri di una stessa famiglia

¹³² Nelle parole di Y. Dinstein, "*the essence of internment [...] is that it is preventive rather than punitive in nature*". Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 173.

¹³³ In tal senso, tali misure si differenziano da una pena inflitta per un reato commesso in passato; in quest'ultimo caso, infatti, la persona sospettata di aver commesso un reato dovrà essere processata da un tribunale competente. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 369.

¹³⁴ J.S. PICTET, cit., Article 42; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 371. Si veda anche: ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001, par. 283.

¹³⁵ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 371.

¹³⁶ Il par. 2 dell'art. 78, infatti, pone le medesime condizioni per l'imposizione di una misura di internamento o di una misura di residenza obbligata. Limitatamente a quest'ultima, però, il par. 3 della stessa disposizione prevede che le persone protette cui sia stata assegnata una residenza obbligata e siano perciò costrette a lasciare il loro domicilio fruiscono delle disposizioni dell'art. 39, ai sensi del quale:

Protected persons who, as a result of the war, have lost their gainful employment, shall be granted the opportunity to find paid employment [...]. Where a Party to the conflict applies to a protected person methods of control which result in his being unable to support himself, and especially if such a person is prevented for reasons of security from finding paid employment on reasonable conditions, the said Party shall ensure his support and that of his dependents.

Protected persons may in any case receive allowances from their home country, the Protecting Power, or the relief societies referred to in Article 30.

saranno riuniti nel medesimo luogo di internamento e, per quanto possibile, nei medesimi locali”¹³⁷. Di indubbio rilievo è poi il primo paragrafo dell’art. 83, il quale vieta alla Potenza detentrica di organizzare luoghi di internamento in regioni particolarmente esposte ai pericoli della guerra, imponendo, allo stesso tempo, l’obbligo di comunicazione alle Potenze nemiche di ogni indicazione utile circa l’ubicazione dei luoghi di internamento. La Sezione IV contiene poi una serie di disposizioni in materia di vitto e vestiario (artt. 89-90)¹³⁸, igiene e cure mediche (artt. 91-92)¹³⁹, religione, attività intellettuali e fisiche (artt. 93-96)¹⁴⁰, proprietà personali e risorse pecuniarie (artt. 97-98)¹⁴¹, amministrazione e disciplina (artt. 99-104)¹⁴², relazioni con l’esterno (artt. 105-116)¹⁴³, sanzioni penali e disciplinari (artt. 117-126)¹⁴⁴, trasferimenti degli

¹³⁷ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹³⁸ L’art. 89 prevede, ad esempio, che la razione alimentare quotidiana degli internati sia di qualità, quantità e varietà sufficiente per assicurare loro normali condizioni di salute ed impedire l’insorgere di malnutrizione, che sia concesso l’uso del tabacco, che l’acqua potabile sia fornita in misura sufficiente, e così via.

¹³⁹ Si veda, ad esempio, l’art. 92, ai sensi del quale “almeno una volta al mese saranno organizzate ispezioni mediche degli internati” allo scopo di “controllare lo stato generale di salute e di nutrizione e lo stato di pulizia, nonché di accertare l’esistenza di malattie contagiose”. Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁴⁰ Si veda, fra gli altri, l’art. 93, par. 1, ai sensi del quale “gli internati godranno della più ampia libertà per la pratica della loro religione, compresa l’assistenza alle funzioni di culto”. *Ibidem*.

¹⁴¹ L’art. 97 prevede che gli internati siano “autorizzati a conservare i loro oggetti ed effetti d’uso personale” e che “le somme di denaro contante, gli assegni, i titoli, ecc., come pure gli oggetti di valore di cui sono portatori, non potranno esser loro tolti se non secondo le procedure stabilite”. La stessa disposizione vieta, inoltre, che gli internati siano spogliati degli “oggetti aventi prevalentemente valore personale o sentimentale” e prevede che, “al momento della loro liberazione e del loro rimpatrio”, essi ricevano “tutti gli oggetti, somme, assegni, titoli, ecc., che fossero loro stati tolti durante l’internamento”, così come il saldo creditore del conto tenuto ex art. 98. Quest’ultimo prevede, fra l’altro, che gli internati possano ricevere “sussidi dalla Potenza di cui sono attinenti, dalle Potenze protettrici, da qualunque ente che possa soccorrerli o dalle loro famiglie, così come i redditi dei loro beni” e che la Potenza detentrica tenga, per ogni internato, “un conto regolare a credito del quale saranno iscritti gli assegni menzionati [...], i salari guadagnati dall’internato, nonché gli invii di denaro che gli fossero fatti”. *Ibidem*.

¹⁴² Si veda, ad esempio, quanto previsto dall’art. 100:

The disciplinary regime in places of internment shall be consistent with humanitarian principles, and shall in no circumstances include regulations imposing on internees any physical exertion dangerous to their health or involving physical or moral victimization. Identification by tattooing or imprinting signs or markings on the body, is prohibited.

In particular, prolonged standing and roll-calls, punishment drill, military drill and manoeuvres, or the reduction of food rations, are prohibited.

¹⁴³ Ai sensi dell’art. 106, “ogni internato sarà messo in condizione, dal momento del suo internamento o, al più tardi, una settimana dopo il suo arrivo in un luogo di internamento, come pure in caso di malattia o di trasferimento in un altro luogo di internamento” di contattare tanto la sua famiglia quanto l’Agenzia centrale d’informazioni mediante l’invio di una cartolina d’internamento. L’art. 107 prevede, poi, che gli internati siano autorizzati a spedire e ricevere lettere e cartoline e, in determinate circostanze, telegrammi, mentre l’art. 108 fa riferimento alla possibilità di ricevere “invii individuali o collettivi contenenti specialmente derrate alimentari, capi di vestiario, medicinali, come pure libri e oggetti destinati a soddisfare i loro bisogni in materia di religione, di studio o di svago”. L’art. 116, inoltre, prevede che ogni internato sia autorizzato a ricevere, “ad intervalli regolari e il più frequentemente possibile, delle

internati (artt. 127-128)¹⁴⁵, decessi (artt. 129-131)¹⁴⁶, così come liberazione, rimpatrio e ospedalizzazione in un paese neutrale (artt. 132-141)¹⁴⁷.

Come accennato, la natura preventiva delle misure di internamento e residenza obbligata differenzia queste ultime dalle pene detentive eventualmente inflitte dalla Potenza occupante in seguito ad un regolare processo. Ai sensi dell'art. 66 della IV Convenzione di Ginevra, infatti, in caso di infrazione delle disposizioni penali emanate ex art. 64¹⁴⁸, l'occupante potrà deferire gli imputati ai suoi tribunali militari, non politici e regolarmente costituiti, a condizione che questi abbiano la loro sede nel territorio occupato. Gli imputati in tali procedimenti penali godranno di una serie di garanzie

visite e principalmente quelle dei suoi congiunti” e che, “in caso di urgenza e nella misura del possibile, specie in caso di morte e di grave malattia di un congiunto, l'internato [sia] autorizzato a visitare la sua famiglia”. Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁴⁴ In effetti, ai sensi dell'art. 117, “la legislazione in vigore sul territorio in cui si trovano continuerà ad essere applicabile agli internati che commettano infrazioni durante l'internamento”. Il secondo paragrafo di tale articolo aggiunge, però, che, “se le leggi, i regolamenti o gli ordini generali dichiarano punibili degli atti commessi dagli internati, mentre questi stessi atti non lo sono se commessi da persone che non siano internate, questi atti potranno implicare soltanto sanzioni disciplinari”. *Ibidem*.

¹⁴⁵ Si veda, in particolare, l'art. 127, il quale stabilisce che il trasferimento degli internati debba sempre avvenire con umanità e, di regola, in condizioni almeno pari a quelle di cui fruiscono le truppe della Potenza detentrica per i loro spostamenti.

¹⁴⁶ Il secondo paragrafo dell'art. 130, ad esempio, impone alle autorità detentrici di vigilare “a che gli internati morti in cattività siano onorevolmente inumati, possibilmente secondo i riti della religione cui appartenevano, e che le loro tombe siano rispettate, tenute convenientemente e segnate in modo da poter sempre essere ritrovate”. Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

Di particolare interesse è, sicuramente, l'obbligo di indagine e di repressione previsto dall'art. 131, ai sensi del quale:

Every death or serious injury of an internee, caused or suspected to have been caused by a sentry, another internee or any other person, as well as any death the cause of which is unknown, shall be immediately followed by an official enquiry by the Detaining Power.

A communication on this subject shall be sent immediately to the Protecting Power. The evidence of any witnesses shall be taken, and a report including such evidence shall be prepared and forwarded to the said Protecting Power.

If the enquiry indicates the guilt of one or more persons, the Detaining Power shall take all necessary steps to ensure the prosecution of the person or persons responsible.

¹⁴⁷ Se, da un lato, l'art. 132 prevede che l'internamento abbia fine qualora non esistano più le cause che l'avevano motivato, l'art. 134 aggiunge che, in ogni caso, “le Alte Parti contraenti si sforzeranno, alla fine delle ostilità o dell'occupazione, di assicurare il ritorno di tutti gli internati al loro ultimo domicilio, o di facilitarne il rimpatrio”. Traduzione in italiano in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

Gli artt. 136-141 si occupano, poi, dell'istituzione e del funzionamento della già citata Agenzia centrale d'informazioni.

¹⁴⁸ Ai sensi del par. 2 dell'art. 64 della IV Convenzione di Ginevra:

The Occupying Power may [...] subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfil its obligations under the present Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration, and likewise of the establishments and lines of communication used by them.

previste dal diritto dell'occupazione, segnatamente dagli artt. 65 ss. della IV Convenzione di Ginevra e dagli artt. 11 e 75 del I Protocollo addizionale¹⁴⁹. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 68, “quando una persona protetta commette un'infrazione unicamente allo scopo di nuocere alla Potenza occupante”¹⁵⁰ ma quest'infrazione non rientra nell'ambito dei reati punibili con la pena di morte, essa sarà punibile con l'imprigionamento tramite sentenza emessa da una corte militare d'occupazione. L'art. 67 prevede, però, che i tribunali applichino “soltanto le disposizioni giuridiche anteriori all'infrazione e conformi ai principi generali di diritto, specie per quanto concerne il principio della proporzionalità delle pene”¹⁵¹ e che tengano conto del fatto che l'imputato non è cittadino della Potenza occupante. L'art. 69 stabilisce, poi, che la durata della eventuale detenzione preventiva sia dedotta “da qualunque pena d'imprigionamento alla quale una persona protetta accusata potesse essere condannata”¹⁵². Inoltre, ai sensi dell'art. 70, le persone protette non potranno essere arrestate, perseguite o condannate dell'occupante per atti commessi od opinioni espresse prima dell'occupazione o durante un'interruzione temporanea della stessa, con riserva delle infrazioni delle leggi ed usi di guerra. L'art. 71 prevede, poi, l'obbligo di tenere processi regolari e di assicurarsi che l'imputato sia informato senza indugio “dei capi d'accusa addebitatigli”¹⁵³ e che possa avvalersi dei servizi di un legale di sua scelta ed, eventualmente, di un interprete. Naturalmente, le persone imputate dovranno essere detenute nel territorio occupato e trattate umanamente conformemente a quanto previsto dall'art. 76¹⁵⁴. Inoltre, l'art. 73 stabilisce il diritto di ogni condannato di utilizzare le vie di ricorso previste dalla legislazione applicata dal tribunale o, nel caso in cui ciò non sia

¹⁴⁹ Come sottolineato dal Comitato internazionale della Croce Rossa, il diritto ad un giusto processo, corredato dalle suddette garanzie procedurali ex art. 75, par. 4, del I Protocollo addizionale, fa ormai parte del diritto internazionale consuetudinario. ICRC, Customary International Humanitarian Law Database, Rule 100 (Fair Trial Guarantees), disponibile presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul.

Si tratta, d'altronde, di un diritto riconosciuto anche dalle principali convenzioni in materia di diritti umani – fra le quali, ad esempio, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (artt. 14 e 15) – che, peraltro, garantiscono una tutela per certi versi più avanzata. Sul punto, si veda: Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 507 ss.

¹⁵⁰ Traduzione in italiano in: GREPPI, VENTURINI, cit.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ In particolare, tale disposizione prevede, fra l'altro, che le persone imputate siano detenute nel territorio occupato e, se condannate, vi scontino la pena e che siano “separate dagli altri detenuti e sottoposte a un regime alimentare e igienico sufficiente per mantenerle in buono stato di salute e corrispondente almeno al regime degli stabilimenti penitenziari del paese occupato”. È poi previsto che le persone imputate ricevano, se necessario, cure mediche e aiuto spirituale, che le donne siano alloggiate in locali separati, che si tenga conto del regime speciale previsto per i minorenni e che le persone protette abbiano “il diritto di ricevere la visita dei delegati della Potenza protettrice e del Comitato internazionale della Croce Rossa”. *Ibidem*.

previsto, “il diritto di ricorrere contro la sentenza e la condanna presso l’autorità competente della Potenza occupante”¹⁵⁵. Infine, gli artt. 11 e 75 del I Protocollo addizionale prevedono una serie di ulteriori garanzie relative a questioni procedurali e al trattamento dei detenuti, fra le quali la responsabilità penale individuale (e non collettiva)¹⁵⁶, il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁵⁷, la presunzione d’innocenza¹⁵⁸, il *ne bis in idem*¹⁵⁹, e così via.

Come si è già avuto modo di osservare nel primo paragrafo del presente capitolo, la questione del divieto di *bis in idem* appare di estremo interesse laddove si consideri che, in conseguenza della sottoposizione della popolazione civile del territorio occupato alla doppia giurisdizione, da un lato, delle corti interne e, dall’altro, delle corti militari istituite dall’occupante, lo stesso comportamento potrebbe costituire reato sia per la giurisdizione penale interna sia per la legislazione di sicurezza emanata dalla Potenza occupante e che, in tale caso, lo stesso individuo potrebbe essere sottoposto a processo sia da una corte interna che da una corte militare d’occupazione. Come già accennato, tale eventualità potrebbe sembrare in contrasto con l’art. 67 della IV Convenzione di Ginevra, ai sensi del quale i tribunali dovranno applicare soltanto le disposizioni conformi alle norme generali del diritto (quindi anche al principio del *ne bis in idem*) e con l’art. 75, par. 4, lett. g) del primo Protocollo addizionale, ai sensi del quale nessuno può essere “processato né punito dalla stessa Parte per un reato che abbia già fatto oggetto di un giudizio definitivo di assoluzione o di condanna reso conformemente allo stesso ordinamento e alla stessa procedura giudiziaria”¹⁶⁰. Sebbene taluni sembrano condividere tale tesi¹⁶¹, non si può non notare come le stesse norme di diritto internazionale umanitario, così come le principali convenzioni in materia di diritti umani¹⁶², sembrano propendere nel senso di vietare il *bis in idem* nell’ambito di uno

¹⁵⁵ Traduzione in italiano in: GREPPI, VENTURINI, cit.

¹⁵⁶ Art. 75, par. 4, lett. b) del I Protocollo addizionale.

¹⁵⁷ Art. 75, par. 4, lett. c) del I Protocollo addizionale.

¹⁵⁸ Art. 75, par. 4, lett. d) del I Protocollo addizionale.

¹⁵⁹ Art. 75, par. 4, lett. g) del I Protocollo addizionale.

¹⁶⁰ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁶¹ G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 106 ss.

¹⁶² Si veda, ad esempio, l’art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ai sensi del quale nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. Nello stesso senso si è espresso anche il Comitato dei diritti umani: HRC, *A.P. v. Italy*, No. 204/1986, Admissibility Decision, 2 November 1987, par. 7.3; HRC, *General Comment No. 32*, cit., (Article 14): *Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, par. 54, disponibile presso: www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html.

stesso ordinamento e non a livello internazionale¹⁶³: il citato art. 75, par. 4, lett. g) del I Protocollo addizionale, d'altronde, prevede che nessuno possa essere processato o punito dalla stessa Parte per un reato che abbia già fatto oggetto di un giudizio definitivo di assoluzione o di condanna reso conformemente allo stesso ordinamento e alla stessa procedura giudiziaria; ciò non sembra escludere la possibilità che lo stesso individuo venga processato da due parti diverse – autorità giudiziarie dello Stato occupato e corti militari dell'occupante – sulla base di due ordinamenti e procedure giudiziarie diversi¹⁶⁴. In base allo stesso principio, nulla sembra escludere che il sovrano territoriale, una volta ripreso il controllo del territorio in questione, possa avviare un procedimento penale nei confronti di un individuo già processato dalle corti militari istituite dall'ex occupante¹⁶⁵.

Evidentemente, tale questione si presta a soluzioni diametralmente opposte a seconda della tesi che si scelga di adottare in merito alla condizione giuridica del territorio occupato: qualora si accogliesse la teoria dominante in base alla quale coesistono, nel territorio occupato, due distinti ordinamenti giuridici¹⁶⁶, si potrebbe infatti giungere alla conclusione che il divieto di *bis in idem* non rilevi nel caso di specie, venendosi invece a configurare un caso (lecito) di *bis in idem* internazionale; al contrario, qualora si ritenesse che in un territorio occupato possa esistere “un unico ordinamento valido ed efficace”¹⁶⁷, si tenderebbe a negare la possibilità che lo stesso individuo venga processato sia dalle corti interne dello Stato occupato che dalle corti militari istituite dall'occupante per lo stesso comportamento. In via generale, occorrerebbe in ogni caso chiedersi se le norme internazionali in materia di diritti umani, laddove applicabili *ratione materiae e loci*¹⁶⁸, non comportino il divieto di *bis in idem* anche qualora due ordinamenti diversi gravino sullo stesso territorio e sulle stesse persone. L'analisi della prassi degli Stati purtroppo non permette di giungere ad una conclusione definitiva in materia. Ad avviso di chi scrive, allo stato attuale del diritto internazionale umanitario e

¹⁶³ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 139-141.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Dello stesso avviso è Y. Arai-Takahashi (Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp. 533-534), il quale osserva:

Article 75(4)(g) API mentions “offence”, and not “conduct”. [...] Indeed, what Article 75(4)(g) prohibits is the retrial for an offence “under the same law”.

¹⁶⁵ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 139 ss.

¹⁶⁶ *Supra*, par. 1.1. del presente capitolo.

¹⁶⁷ R. QUADRI, cit., p. 300 ss.

¹⁶⁸ *Infra*, cap. 3.

dei diritti umani, non sembra di poter escludere che un individuo sia processato due volte per lo stesso comportamento qualora quest'ultimo integri gli estremi tanto di un reato ordinario quanto di una infrazione della legislazione di sicurezza. Non si può non notare, infatti, come i manuali militari e la legislazione interna di un certo numero di Stati, nel trattare dei civili in potere di una Parte in conflitto (e, a volte, specificamente dei civili in territori occupati), prevedano il divieto di *bis in idem*, facendo, però, espresso riferimento al caso in cui un individuo sia sottoposto a processo nello stesso ordinamento e sulla base della stessa procedura giudiziaria¹⁶⁹.

2.3. Tutela della persona umana: movimenti di popolazione

L'analisi fin qui svolta a partire dal nucleo centrale di garanzie previste dall'art. 27 ha offerto una panoramica di alcune delle principali forme di tutela predisposte dal diritto internazionale umanitario a favore delle persone protette nei territori occupati. Prima di soffermarsi, nelle pagine seguenti, sulla tutela della proprietà privata, occorre tuttavia notare come il diritto dell'occupazione contenga molte altre importanti previsioni volte alla protezione della popolazione civile¹⁷⁰. Di particolare interesse è, senz'altro, il divieto di deportazioni e trasferimenti forzati *ex art. 49* della IV Convenzione di Ginevra, sul quale sarà adesso opportuno soffermarsi brevemente.

L'art. 49 vieta i trasferimenti forzati, in massa o individuali, e le deportazioni di persone protette fuori del territorio occupato e a destinazione del territorio della Potenza

¹⁶⁹ Argentina, *Leyes de guerra*, PC-08-01, Público edición 1989, Estado Major Conjunto de las fuerzas armadas, aprobado por resolución No. 489/89 del Ministerio de Defensa, 23 april 1990, par. 4.36 e 5.09; Messico, *Manual de derecho internacional humanitario para el ejército y la fuerza área mexicanos*, Ministero della difesa nazionale, giugno 2009, par. 238 (C) (e); UK Ministry of Defence, *The Manual on the Law of Armed Conflict*, cit., par. 9.6.

In tal senso si veda anche la legislazione di sicurezza adottata da Israele nei Territori palestinesi occupati, la quale stabilisce espressamente il divieto di *bis in idem* soltanto in relazione a procedimenti dinanzi a corti israeliane, seppure in territori occupati:

A person shall not be tried for an act of which he was acquitted or convicted previously, due to it constituting an offence, in a judgment given by a military court in the Area or in another occupied area or by a court in Israel.

Occorre poi notare come la stessa disposizione preveda un'eccezione al divieto di *bis in idem* nel caso in cui l'atto in questione abbia portato alla morte di una persona. In tale eventualità, infatti, lo stesso individuo "*shall be tried for it even if he was previously charged for a different offence for the same act*". Israel, *Order regarding Security Provisions (Judea and Samaria)*, 2009, art. 188(b), traduzione disponibile presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule100.

¹⁷⁰ Si pensi, ad esempio, al divieto di lavoro forzato (art. 51 della IV Convenzione di Ginevra), alla libertà di religione (art. 58 della IV Convenzione di Ginevra), al diritto delle persone protette che non siano cittadini dello Stato occupato di lasciare il territorio (art. 48 della IV Convenzione di Ginevra), così come alle innumerevoli disposizioni in materia di approvvigionamenti (art. 55), aiuti umanitari (artt. 23 e 59-63 della IV Convenzione di Ginevra) e soccorso della popolazione (Titolo IV, Sezione II del I Protocollo addizionale), servizi sanitari e ospedalieri (artt. 56-57 della IV Convenzione di Ginevra), e così via.

occupante o di quello di qualsiasi altro Stato, occupato o meno, qualunque ne sia il motivo (par. 1)¹⁷¹. Le deportazioni o i trasferimenti illeciti di persone protette costituiscono infrazioni gravi ex art. 147 della IV Convenzione di Ginevra e art. 85(4)(a) del primo Protocollo addizionale e sono considerati crimini di guerra ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale (artt. 8(2)(a)(vii) e 8(2)(b)(viii)). Come rilevato nel Commentario del Comitato internazionale della Croce rossa, il divieto in esame trova espressione anche in alcune disposizioni specificamente dedicate alla tutela di determinate categorie di persone protette le quali sono, in genere, maggiormente esposte a tale rischio: dall'art. 51, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra, il quale fa riferimento alle persone protette costrette al lavoro dall'occupante, all'art. 70, par. 2, in materia di rifugiati, fino all'art. 76, par. 1, il quale impone che le persone protette imputate siano detenute nel territorio occupato e che, se condannate, vi scontino la pena¹⁷². Sebbene il divieto di trasferimento forzato e doportazione sia formulato, nel primo paragrafo dell'art. 49, in termini assoluti¹⁷³, non si può non notare come il secondo paragrafo della disposizione in esame preveda un'eccezione consistente nel temporaneo sgombero della popolazione civile del territorio occupato¹⁷⁴:

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such

¹⁷¹ Nel silenzio della IV Convenzione di Ginevra in relazione alla distinzione fra la nozione di trasferimento forzato e quella di deportazione, la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha chiarito come la prima faccia riferimento al trasferimento di popolazione da una località all'altra del territorio occupato, mentre la seconda riguardi movimenti di popolazione al di fuori di tale territorio. ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeal Chamber, Judgment, 15 March 2002, par. 474.

Come osservato da Yoram Dinstein, tale interpretazione sembra trovare conferma nell'art. 8(2)(b)(viii) dello Statuto della Corte penale internazionale, il quale fa riferimento al trasferimento di parti della popolazione civile di un territorio occupato tanto all'interno quanto al di fuori di tale territorio, e negli annessi Elementi del crimine. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 162.

¹⁷² J.S. PICTET, cit., Article 49.

¹⁷³ Come osservato da Yoram Dinstein (Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 161):

The words 'regardless of their motive' are important, since they imply that even the most compelling security considerations cannot vindicate the deportation of a protected person from an occupied territory.

¹⁷⁴ J.S. PICTET, cit., Article 49.

displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.

La Potenza occupante potrà, dunque, procedere allo sgombero di una determinata area del territorio occupato qualora la sicurezza della popolazione o “impellenti ragioni militari lo esigano”¹⁷⁵: essa avrà la facoltà di sgomberare la popolazione di una regione in caso di ripresa delle ostilità nel territorio occupato, qualora i combattimenti mettano particolarmente a repentaglio gli abitanti di tale territorio o la presenza di questi ultimi comprometta, in qualche modo, le operazioni militari¹⁷⁶. D’altra parte, ai sensi dell’art. 58 del primo Protocollo addizionale, le Parti in conflitto “faranno ogni sforzo per allontanare dalle vicinanze degli obiettivi militari la popolazione civile, le persone civili e i beni di carattere civile che si trovano sotto il loro controllo”¹⁷⁷. In tal senso, laddove si verificano le condizioni previste dall’art. 49, par. 2, l’occupante non avrebbe solo la facoltà di procedere allo sgombero della popolazione civile ma il dovere di farlo¹⁷⁸. È inoltre previsto che lo sgombero comporti lo spostamento della popolazione soltanto da un’area all’altra del territorio occupato (salvo il caso di impossibilità materiale)¹⁷⁹ e che lo sgombero sia temporaneo, così che le persone evacuate siano poi ricondotte alle loro abitazioni al termine delle ostilità nell’area interessata¹⁸⁰.

Nell’eventualità di sgomberi *ex par. 2*, il terzo paragrafo dell’art. 49 impone alla Potenza occupante di provvedere, nella misura del possibile, “affinché le persone protette siano ospitate convenientemente, i trasferimenti si compiano in condizioni soddisfacenti di salubrità, di igiene, di sicurezza e di vitto e i membri di una stessa

¹⁷⁵ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁷⁶ Al riguardo, si veda quanto osservato dal Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia a proposito dell’evacuazione di 25000 bosniaci-musulmani dall’area di Srebrenica nel luglio del 1995 (ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. T-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, par. 527):

In this case no military threat was present following the taking of Srebrenica. The atmosphere of terror in which the evacuation was conducted proves, conversely, that the transfer was carried out in furtherance of a well organised policy whose purpose was to expel the Bosnian Muslim population from the enclave. The evacuation was itself the goal and neither the protection of the civilians nor imperative military necessity justified the action.

¹⁷⁷ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁷⁸ G. SCHWARZENBERGER, cit., p. 283.

¹⁷⁹ Come rilevato nel Commentario del Comitato internazionale della Croce Rossa, “*as a rule evacuation must be to reception centres inside the territory*”. J.S. PICTET, cit., Article 49.

¹⁸⁰ Da tale requisito è dunque desumibile la principale differenza fra i trasferimenti forzati e le deportazioni *ex par. 1* e lo sgombero *ex par. 2*, consistente nella natura temporanea di quest’ultimo. Come sottolineato nel Commentario del Comitato internazionale della Croce Rossa, “*unlike deportations and forcible transfers, evacuation is a provisional measure*”. *Ibidem*.

famiglia non siano separati gli uni dagli altri”¹⁸¹. È inoltre fatto divieto all’occupante di trattenere le persone protette in aree particolarmente esposte ai pericoli della guerra, a meno che la sicurezza della popolazione o imperiose ragioni militari non lo richiedano (par. 5)¹⁸².

È infine opportuno notare come l’ultimo paragrafo dell’art. 49 vieti alla Potenza occupante di deportare o trasferire parte della propria popolazione civile nel territorio da essa occupato. Sebbene tale fattispecie non sia inclusa fra le infrazioni gravi della IV Convenzione di Ginevra, l’art. 85, par. 4, lett. a) del primo Protocollo addizionale la inserisce fra le infrazioni gravi del Protocollo stesso. Occorre poi osservare come l’art. 8(2)(b)(viii) dello Statuto della Corte penale internazionale – nel qualificare come crimine di guerra il trasferimento, ad opera dell’occupante, di una parte della propria popolazione civile nei territori occupati (così come la deportazione o il trasferimento di tutta o parte della popolazione del territorio occupato all’interno o al di fuori di questo) – faccia riferimento tanto al trasferimento diretto quanto a quello indiretto. È infatti possibile che i cittadini della Potenza occupante scelgano liberamente di trasferirsi in un territorio da quest’ultima occupato e che la Potenza occupante si limiti a sostenerli od incoraggiarli. La *ratio* della disposizione non consiste, evidentemente, nella protezione della popolazione civile dell’occupante da misure coercitive adottate dal suo stesso governo, giacché, d’altra parte, i cittadini della Potenza occupante non sono persone protette ai sensi dell’art. 4 della IV Convenzione di Ginevra: la *ratio* è, piuttosto, quella di impedire che l’occupante alteri la composizione demografica del territorio occupato in maniera significativa. A differenza di quanto previsto dal primo paragrafo dell’art. 49, in questo caso non è quindi necessario che il trasferimento sia forzato¹⁸³. In tal senso, d’altronde, si è espressa la Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati. La Corte ha infatti osservato:

¹⁸¹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁸² Sebbene il par. 3 faccia riferimento tanto allo sgombero quanto al trasferimento della popolazione civile (“*such transfers and evacuations*”), la dottrina sembra ritenere che esso sia applicabile soltanto al caso di sgomberi *ex par. 2*. Si vedano, in particolare: J.S. PICTET, cit., Article 49; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 172; H.P. GASSER, cit., p. 285 ss. Tale soluzione appare senz’altro ragionevole laddove si consideri che il citato par. 1 della disposizione in esame vieta categoricamente i trasferimenti forzati della popolazione civile, così come le deportazioni, rendendo dunque superflua la previsione di apposite garanzie a favore della popolazione eventualmente il cui trasferimento sarebbe di per sé illegale.

¹⁸³ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 240-241.

[Article 49, paragraph 6], prohibits not only deportations or forced transfers of population such as those carried out during the Second World War, but also any measures taken by an occupying Power in order to organize or encourage transfers of parts of its own population into the occupied territory¹⁸⁴.

La Corte ha così concluso che, nel caso di specie, la politica e le azioni del governo israeliano avessero condotto alla costruzione degli insediamenti nei Territori occupati in violazione dell'art. 49, par. 6¹⁸⁵. Nonostante la giurisprudenza di segno contrario della Corte Suprema israeliana¹⁸⁶, la prassi degli insediamenti nei Territori palestinesi occupati è stata aspramente criticata, non solo dalla Corte internazionale di giustizia, ma anche da un certo numero di Stati¹⁸⁷ e dagli organi delle Nazioni Unite¹⁸⁸, così come da

¹⁸⁴ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 120.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ La Corte Suprema israeliana si è infatti occupata più volte degli insediamenti nei Territori occupati, senza però pronunciarsi sulla presunta violazione del sesto paragrafo dell'art. 49. A partire dagli anni Settanta, infatti, la Corte ha emesso un certo numero di sentenze in cui, non ritenendo che l'art. 49, par. 6, della IV Convenzione di Ginevra corrispondesse al diritto internazionale consuetudinario, ha valutato la liceità degli insediamenti alla luce dell'art. 46, par. 2 del Regolamento dell'Aja (divieto di confisca della proprietà privata) o dell'art. 52, par. 1, dello stesso Regolamento (possibilità di richiedere ai comuni o agli abitanti dei territori occupati requisizioni in natura o servizi soltanto per le necessità dell'esercito di occupazione) in quanto, ad avviso dei giudici, corrispondenti al diritto consuetudinario. In effetti, come ricordato da Yoram Dinstein (Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 28), l'ordinamento israeliano segue un "modello" di adattamento al diritto internazionale in base al quale, contrariamente alle norme di diritto internazionale generale, le quali sono considerate parte integrante del diritto interno e, di conseguenza, direttamente invocabili dinanzi alle Corti israeliane, le norme internazionali pattizie non possono essere invocate a meno che esse non siano state recepite mediante un atto interno. Ebbene, in più di un'occasione, la Corte Suprema israeliana ha negato che l'intera IV Convenzione di Ginevra riflettesse il diritto consuetudinario, al contrario del Regolamento dell'Aja. Si veda, fra gli altri, il caso *Beth El*: (Supreme Court (Israel), *Ayub et al. v. Minister of Defence et al.*, HCJ 606/78, March 1979, in *Palestine Yearbook of International Law* 2 (1985). Così, nel caso *Elon Moreh* (Supreme Court (Israel), *Duweikat et al. v. Government of Israel et al.*, HCJ 390/79, 22 October 1979, in *Palestine Yearbook of International Law* 1 (1984)), la Corte ha constatato l'illiceità di un insediamento in Cisgiordania, vicino alla città di Nablus, sulla base dell'art. 52 del Regolamento dell'Aja (*infra*, par. 2.4 del presente capitolo), poiché il governo non era stato in grado di mostrare la necessità della requisizione. Come osservato da Roberts (A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 283), la portata di simili pronunce sulla politica israeliana degli insediamenti non può che essere limitata, specialmente laddove determinati insediamenti non comportino alcuna requisizione (laddove i terreni in questione siano precedentemente dichiarati *State lands*) o qualora il governo ne dichiari la necessità militare. In effetti, nel già citato caso *Beth El*, relativo ad un insediamento adiacente ad alcune strutture militari precedentemente costruite sulle stesse terre, la Corte Suprema aveva respinto il ricorso, rilevando che, nel caso di specie, la costruzione dell'insediamento rispondeva alla necessità dell'esercito di occupazione di creare una sorta di zona cuscinetto allo scopo di prevenire atti di sabotaggio. Per una accurata rassegna delle pronunce della Corte Suprema israeliana in materia di insediamenti e proprietà privata, si rimanda a: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 238 ss.

¹⁸⁷ Una rassegna dettagliata delle prese di posizione di alcuni Stati sul tema degli insediamenti israeliani è disponibile presso: ICRC, *Customary International Humanitarian Law Database*, cit., Rule 130, presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule130#_VNaCa.

¹⁸⁸ Si vedano, fra gli altri: UN Security Council, res. 465, S/RES/465 (1980), 1 March 1980, par. 5, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/5AA254A1C8F8B1CB852560E50075D7D5; UN

alcuni esperti indipendenti nominati in ambito ONU¹⁸⁹.

2.4. Tutela della proprietà privata

Le disposizioni di diritto internazionale umanitario in materia di tutela della proprietà privata nei territori occupati sono rinvenibili per la maggior parte nel Regolamento dell'Aja del 1907, il quale “dedica agli aspetti economici ben 11 dei 15 articoli globalmente dedicati all’istituto dell’occupazione bellica”¹⁹⁰ (artt. 46 ss.). D’altra parte, non si può non notare come la tutela della proprietà privata da parte degli occupanti attenga ad “uno dei profili più classici del diritto dell’occupazione militare”¹⁹¹. Fra le ragioni di tale particolare attenzione ai beni dei privati (ma anche a quelli dello Stato occupato) vi è senz’altro la già citata natura temporanea dell’istituto in esame, dalla

General Assembly, res. 36/147 C, A/RES/36/147, 16 December 1981, par. 7(b), disponibile presso: www.un.org/documents/ga/res/36/a36r147.htm; UN General Assembly, Resolution 54/78: Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including Jerusalem, and the occupied Syrian Golan, A/RES/54/78, 6 December 1999, parr. 1-3 disponibile su unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/CF9A9A56DB20D2085256897005D7F61; UN General Assembly, res. ES-10/14, A/RES/ES-10/14, 12 December 2003, preambolo, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/F953B744269B9B7485256E1500776DCA; UN General Assembly, Res. 58/100, A/RES/58/100, 17 December 2003, parr. 2-3, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/6DE3E200DE13058085256E12006AD041; UN General Assembly, Res. 62/108, A/RES/62/108, 18 January 2008, preambolo e parr. 1-2, 4-7, disponibile presso: www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/2007/155.pdf; UN ECOSOC, res. 2005/43, 26 July 2005, Preambolo, disponibile presso: www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-43.pdf.

¹⁸⁹ Si pensi, ad esempio, alla missione di accertamento dei fatti istituita dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite nel febbraio del 2013 allo scopo di investigare l’impatto degli insediamenti sui diritti umani del popolo palestinese, la quale, dopo aver notato, fra le altre cose, come il governo israeliano avesse direttamente partecipato alla pianificazione e creazione degli insediamenti in violazione dell’art. 49, par. 6, della IV Convenzione di Ginevra (UN Human Rights Council, *Report of the independent international fact-finding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, UN Doc. A/HRC/22/63, 7 February 2013, parr. 18-30), ha qualificato tale pratica come “annessione strisciante” (par. 101). Eguale preoccupazione ha poi espresso, in un comunicato del settembre 2014 (www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15118&LangID=E#sthash.m3YBBk8m.dpuf), il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati a partire dal 1967 in relazione alla possibilità che i piani per la costruzione di sei nuovi insediamenti siano a breve approvati, osservando:

Such practices would violate international humanitarian and human rights law and must cease immediately. No one should be moved against their will. [...] If implemented, these plans will further disconnect East Jerusalem from the rest of the West Bank, disrupt the territorial contiguity of occupied Palestine, and pave the way for further expansion of Israeli settlements, and of the Wall.

¹⁹⁰ S. SILINGARDI, *Occupazione bellica e obblighi delle Potenze occupanti nel campo economico*, in *Rivista di Diritto internazionale* 4 (2006), pp. 978-1030, p. 997.

¹⁹¹ N. CORSO, *Occupazione militare e tutela della proprietà privata*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale*, SIDI – Società Italiana di Diritto Internazionale, XVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 116-157, p. 116.

quale discende in capo all'occupante il divieto di adottare "misure volte a creare a proprio favore titoli giuridici fondati su basi di permanenza nel tempo"¹⁹². In tal senso, in relazione alla requisizione di alcuni terreni allo scopo di permettere la costruzione dell'insediamento di Elon Moreh nei Territori palestinesi occupati, la Corte suprema israeliana ha avuto modo di notare:

The decision to create a permanent settlement [...] encounters a legal obstacle which is insurmountable, because the military government cannot create in its area facts for its military needs which are designed *ab initio* to exist even after the end of the military rule in that area¹⁹³.

Prima di soffermarsi sulle norme poste a tutela della proprietà privata nei territori occupati, sarà opportuno accennare alla distinzione fra quest'ultima e la proprietà pubblica ai sensi del diritto dell'occupazione¹⁹⁴. I beni di proprietà dello Stato occupato godono, infatti, di una tutela decisamente meno stringente rispetto a quella prevista per i beni di proprietà privata¹⁹⁵: non solo l'art. 55 del Regolamento dell'Aja conferisce all'occupante il potere di agire da amministratore ed usufruttuario dei beni immobili di proprietà pubblica, ma l'art. 53 ammette anche che esso si appropri del denaro contante, dei capitali e dei crediti esigibili appartenenti in proprio allo Stato, così come dei beni mobili suscettibili di servire alle operazioni belliche (quali, ad esempio, depositi di armi o mezzi di trasporto), senza alcun obbligo di restituzione o di indennizzo (previsto, invece, per i beni privati)¹⁹⁶. Nel silenzio del Regolamento dell'Aja, il quale non fornisce alcuna definizione della nozione di proprietà pubblica ai sensi del diritto dell'occupazione, la prassi si è orientata nel senso di escludere che criteri formali vengano in rilievo, prediligendo, piuttosto, criteri fondati sulla funzione del bene o sul controllo dello Stato¹⁹⁷ e ritenendo che, in caso di dubbio sulla titolarità di determinati

¹⁹² S. SILINGARDI, cit., p. 1002.

¹⁹³ Supreme Court (Israel), *Duweikat et al. v. Government of Israel et al.*, cit. Cfr. S. SILINGARDI, cit., p. 1002.

¹⁹⁴ Come osservato da A. Annoni, "scopo di questa tradizionale distinzione è assicurare che il peso dell'occupazione ricada principalmente sullo Stato belligerante, anziché sulla sua popolazione". A. ANNONI, cit., p. 187.

¹⁹⁵ N. CORSO, cit., p. 131; A. ANNONI, cit., p. 187.

¹⁹⁶ È però opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 56 del Regolamento dell'Aja, "i beni dei comuni, quelli degli istituti consacrati ai culti, alla beneficenza e all'istruzione, alle arti e alle scienze, anche se appartenenti allo Stato, saranno trattati alla stregua della proprietà privata". Tale disposizione garantisce così a tali beni, seppure di proprietà pubblica, una tutela più stringente in ragione della loro natura e della funzione peculiare cui assolvono. Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

¹⁹⁷ N. CORSO, cit., p. 132. A. Annoni ritiene che sia opportuno "privilegiare un criterio obiettivo di qualificazione, che individui la titolarità del bene nel soggetto che sopporta, in concreto, il rischio

beni, questi debbano essere considerati di proprietà dello Stato¹⁹⁸. Come rilevato da parte della dottrina, però, il “carattere indeterminato e generico di tali criteri”¹⁹⁹ ha permesso alle Potenze occupanti di dilatare considerevolmente il concetto di proprietà pubblica: si pensi, ad esempio, all’Ordine militare con cui il governo israeliano ha qualificato alcune terre private dei Territori palestinesi occupati come *State lands* al fine della costruzione degli insediamenti²⁰⁰ o, più di recente, il provvedimento mediante il quale la *Coalition Provisional Authority* (CPA) in Iraq ha qualificato come pubblici i beni di proprietà dei membri del (e di tutte le persone vicine al) partito Ba’ath alla luce del fatto che tali beni erano stati acquistati ad un prezzo inferiore al loro valore di mercato²⁰¹.

Il diritto dell’occupazione tutela la proprietà privata nei territori occupati prevedendo, in linea generale, un divieto di confisca applicabile tanto ai beni mobili quanto a quelli immobili (art. 46, par. 2, del Regolamento dell’Aja). Sono inoltre vietati: il saccheggio (art. 47 del Regolamento dell’Aja; art. 33, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra); qualsiasi misura di rappresaglia nei confronti delle persone protette e dei loro beni (art. 33, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra); la distruzione di beni nemici laddove non assolutamente necessaria alle operazioni militari (art. 53 della IV Convenzione di Ginevra e art. 23, lett. g) del Regolamento dell’Aja)²⁰². È tuttavia opportuno notare come il diritto dell’occupazione preveda, al contempo, due principali eccezioni a tale regola generale.

La prima eccezione contemplata dal diritto dell’occupazione consiste nella requisizione. L’art. 52 del Regolamento dell’Aja ammette, infatti, che la Potenza

economico che deriverebbe dall’eventuale appropriazione del bene da parte dell’Autorità occupante”. A. ANNONI, cit., p. 188. In tal senso, si vedano anche: USA, FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, cit., par. 394(a); G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 177 ss.

¹⁹⁸ A. ANNONI, cit., p. 188. L’autrice cita: UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, cit., Section 11.90, p. 304; USA, FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, cit., par. 394(c); Supreme Court (Israel), *Al Nawar v. Minister of Defence et al.*, HCJ 574/82, 1985, disponibile in *Israel Yearbook of Human Rights* 16 (1986), p. 321 ss., p. 326.

¹⁹⁹ N. CORSO, cit., p. 131.

²⁰⁰ Si veda, fra gli altri: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 240 ss.

²⁰¹ CPA, *Order n. 4, Management of Property and Assets of the Iraqi Baath Party*, 25 May 2003, Section 1.

²⁰² Da notare, però, come la Corte internazionale di giustizia abbia escluso, nel parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati, che l’art. 23, lett. g) del Regolamento dell’Aja fosse applicabile *ratione materiae* in caso di occupazione militare. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 124. Si veda, *contra*, la giurisprudenza della Corte Suprema israeliana successiva al parere della Corte internazionale di giustizia, per la cui analisi si rimanda a: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 255 ss.; S. SINILINGARDI, cit., pp. 1004-1006.

occupante effettui requisizioni in natura e richieda servizi ai comuni o agli abitanti di un territorio occupato²⁰³. Sebbene si tratti, per certi versi, di una forma di appropriazione particolarmente ampia (in quanto applicabile nei confronti di qualsiasi bene), essa è tuttavia limitata ai casi in cui ciò serva “le necessità dell’esercito di occupazione”²⁰⁴; in tal senso, non potranno certo ritenersi lecite le requisizioni “destinate a sostenere lo sforzo bellico dell’occupante in altri teatri operativi”²⁰⁵, così come quelle volte a soddisfare i bisogni dei cittadini della Potenza occupante²⁰⁶. La disposizione in esame prevede, inoltre, una serie di condizioni il cui rispetto è indispensabile ai fini della liceità delle misure di requisizione di beni di proprietà privata da parte dell’occupante²⁰⁷: se, da un lato, tali misure devono essere proporzionate alle risorse del Paese²⁰⁸ e necessariamente autorizzate dal comandante del luogo occupato, dall’altro lato, è previsto che le prestazioni in natura siano pagate in contanti o, laddove ciò non sia possibile, comprovate mediante ricevute e pagate quanto prima²⁰⁹. Laddove messa in atto nel rispetto delle suddette condizioni, una requisizione in natura ex art. 52

²⁰³ La possibilità che tale disposizione sia applicabile anche ai beni immobili di proprietà privata sarà trattata nelle pagine seguenti.

²⁰⁴ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

²⁰⁵ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 229; A. ANNONI, cit., p. 195. L’autrice cita: US Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Friedrich Flick et al.*, Judgment of 22 December 1947, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. IV, (1949), U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, p. 411 ss., disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html. Si vedano anche: U.S. Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Krupp et al.*, Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. IX, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, p. 1327 ss., disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html; Special Criminal Court (The Netherlands), *In re Shipbuilding Yard ‘Gusto’*, 1947, in *International Law Reports* (1951), p. 309 ss.

²⁰⁶ A. ANNONI, cit., p. 195. Si veda anche: US Military Tribunal (Nuremberg), *USA v. Krupp et al.*, cit., p. 1327 ss. Quest’ultimo aspetto assume un rilievo particolare laddove ci si soffermi a valutare, ad esempio, la prassi degli insediamenti israeliani nei territori occupati. *Supra*, par. 2.1, nota 186.

²⁰⁷ S. SILINGARDI, cit., p. 1008.

²⁰⁸ Come opportunamente rilevato da Y. Dinstein (Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 229-230):

The benchmark is collective and not individual. The upshot is that a farmer, as an individual, may personally lose his ‘last cow’. [...] When collective resources are surveyed, assessment should take into account not only extant conditions and privations but also prospective exigencies based on projections for the future. Otherwise, the population is liable to be unlawfully denuded of essentials that may prove indispensable for its ultimate survival.

²⁰⁹ Nel silenzio del Regolamento dell’Aja, il quale non fornisce alcun criterio utile al fine di determinare l’ammontare del pagamento, si è posto il problema di stabilire se, nel caso di beni di un certo valore, l’occupante potesse limitarsi a corrispondere una somma meramente simbolica. *Ivi*, p. 230.

Vale però la pena di osservare che, limitatamente a “viveri, articoli indispensabili o medicinali che si trovano nel territorio occupato”, l’art. 55, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra prevede che ogni requisizione debba essere “risarcita secondo il suo giusto valore”. Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

comporterà il trasferimento del titolo di proprietà in capo all'occupante, il quale non sarà dunque tenuto alla restituzione dei beni in questione²¹⁰.

Una ulteriore eccezione all'obbligo generale di tutela della proprietà privata nei territori occupati è poi prevista dall'art. 53, par. 2, del Regolamento dell'Aja, ai sensi del quale l'occupante potrà sequestrare, anche se appartenenti a privati, "tutti i mezzi destinati in terra, sul mare e nell'aria alla trasmissione di notizie, al trasporto delle persone e delle cose, eccetto i casi regolati dal diritto marittimo, i depositi di armi e, in generale, qualsiasi specie di munizioni da guerra"²¹¹. La disposizione in esame impone, inoltre, all'occupante l'obbligo di restituzione dei beni sequestrati e di corresponsione delle relative indennità (da regolare alla conclusione della pace), dai quali discende, evidentemente, l'impossibilità che l'occupante acquisisca il titolo di proprietà su tali beni²¹². Non si può non notare come la formulazione della disposizione in esame risulti senz'altro più generica di quella del già citato art. 52 del Regolamento dell'Aja, ai sensi del quale l'occupante potrà procedere a requisizioni "solo ed esclusivamente per le necessità dell'esercito d'occupazione"²¹³: è quindi ragionevole ritenere che, in via generale, l'occupante possa procedere al sequestro della tipologia di beni *ex art.* 53, par. 2, anche al mero scopo di accantonarli così da impedirne l'utilizzo da parte del nemico²¹⁴. È poi opportuno osservare come, a differenza di quanto previsto dell'art. 52, il secondo paragrafo dell'art. 53 ammette che il sequestro di "qualsiasi specie di munizione di guerra"²¹⁵ avvenga senza tenere conto di alcun criterio di proporzionalità rispetto alle risorse del territorio occupato e che l'occupante non proceda al pagamento dei beni sequestrati immediatamente o al più presto²¹⁶. Per quanto riguarda, nello specifico, i beni consumabili (quali, ad esempio, le munizioni), occorre poi rilevare che, sebbene l'obbligo di restituzione di tali beni sembri indicare un "implicito divieto di

²¹⁰ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 231; G. SCHWARZENBERGER, cit., pp. 274-276.

²¹¹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

²¹² S. SILINGARDI, cit., p. 1009. L'autore cita, in particolare, le sentenze della Corte suprema austriaca nei casi *Requisitioned Property (Austria) (No. 1) e (No. 2)*, del 18 aprile e del 20 giugno 1951, disponibili in *International Law Reports*, 1951, p. 694 ss. In tal senso, di vedano anche: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 234; P.C. JESSUP, *A Belligerent Occupant's Power over Property*, in *American Journal of International Law*, 1944, p. 459.

²¹³ S. SILINGARDI, cit., p. 1009.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Sulle tipologie di beni rientranti nella categoria delle "munizioni di guerra" ai sensi della disposizione in esame, si veda: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 233 ss. Basti qui notare che, nell'ambito di applicazione dell'art. 53, par. 2, non rientrano, evidentemente, i materiali bellici in uso contro l'occupante al momento del sequestro. In tal senso, si veda il seguente lodo arbitrale: *Cessation of Vessels and Tugs for Navigation on the Danube case* (Allied Powers, Germany, Austria, Hungary and Bulgaria), 1921, in *Reports of International Arbitral Awards* 1, 97, p. 107 ss.

²¹⁶ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 233-234.

utilizzo²¹⁷, la prassi degli Stati si è invece orientata nel senso di non prevedere, al termine del conflitto, la restituzione delle armi e delle munizioni sequestrate dall'occupante²¹⁸.

A fianco delle citate eccezioni alla regola generale che impone all'occupante il rispetto della proprietà privata, parte della dottrina ritiene che esista una ulteriore eccezione consistente nella possibilità – desumibile dall'obbligo di ristabilire e mantenere l'ordine e la vita pubblica *ex art. 43 del Regolamento dell'Aja* – di espropriare beni immobili privati per fini di pubblica utilità a beneficio della popolazione del territorio occupato²¹⁹, purché ciò avvenga conformemente alle leggi locali in materia²²⁰ e si proceda alla corresponsione di un indennizzo²²¹. A venire in rilievo, in questo caso, sarebbero soltanto gli interessi degli abitanti del territorio occupato e non anche quelli dei cittadini della Potenza occupante, i quali, com'è noto, non rientrano nella categoria delle “persone protette” ai sensi della IV Convenzione di Ginevra e la cui presenza in un territorio occupato costituisce, il più delle volte, una violazione dell'art. 49, par. 6, della Convenzione²²².

Sulla questione del trattamento della proprietà privata nei territori occupati si è espressa, in relazione alla barriera di sicurezza costruita da Israele nei Territori palestinesi occupati, la Corte internazionale di giustizia. Nel parere del 2004, la Corte ha innanzitutto riscontrato la violazione degli artt. 46 e 52 del Regolamento dell'Aja²²³, nonostante la corresponsione di un indennizzo alle persone interessate e indipendentemente da qualsiasi considerazione dello scopo della misura²²⁴. Di particolare interesse è, senz'altro, il riferimento all'art. 52 in relazione a beni immobili: in effetti, sebbene non espressamente indicato dal testo convenzionale, parte della dottrina ritiene che tale disposizione sia applicabile anche ai beni immobili di proprietà

²¹⁷ A. ANNONI, cit., p. 192.

²¹⁸ F. CAPOTORTI, cit., p. 125; A. ANNONI, cit., p. 192.

²¹⁹ Si vedano, fra gli altri: G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 186; G. SCHWARZENBERGER, cit., p. 266; A. ANNONI, cit., p. 189; P.C. JESSUP, cit., p. 457 ss. *Contra*, Yoram Dinstein (Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., pp. 225-226), il quale non fa alcun riferimento al benessere della popolazione locale e cita, invece, la sentenza della Corte suprema israeliana nel caso Tabib (Supreme Court (Israel), *Tabib at al. v. Minister of Defence et al.*, in *Israel Yearbook of Human Rights* 13 (1983), p. 364 ss.), secondo la quale l'occupante sarebbe libero di costruire strade nel territorio occupato anche per meri scopi militari, come, ad esempio, facilitare il movimento delle truppe d'occupazione.

²²⁰ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 225.

²²¹ *Ibidem*. Si veda anche: G. SCHWARZENBERGER, cit., p. 245.

²²² *Supra*, par. 2.1. Cfr. A. ANNONI, cit., p. 191.

²²³ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 132.

²²⁴ A. ANNONI, cit., p. 197.

privata, i quali potranno, dunque, essere oggetto di appropriazione da parte dell'occupante, purché si tratti di un'appropriazione temporanea e giustificata alla luce delle necessità dell'esercito di occupazione²²⁵. La Corte ha inoltre constatato la violazione dell'art. 53 della IV Convenzione di Ginevra²²⁶. Quest'ultimo vieta, infatti, alla Potenza occupante di “distruggere beni mobili o immobili appartenenti individualmente o collettivamente a persone private, allo Stato o a enti pubblici, a organizzazioni sociali o cooperative”, a meno che tali distruzioni non siano rese “assolutamente necessarie dalle operazioni militari”²²⁷. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la distruzione della proprietà privata al fine di permettere la costruzione della suddetta barriera non fosse “assolutamente necessaria” per le operazioni militari dell'occupante²²⁸. D'altronde, come osservato da A. Annoni:

La facoltà di distruggere beni mobili ed immobili costituisce l'eccezione più rilevante all'obbligo di rispettare la proprietà privata degli abitanti del territorio occupato; le norme che la prevedono, dunque, devono essere interpretate in maniera restrittiva²²⁹.

Secondo l'autrice, potrebbe quindi ritenersi lecita soltanto la distruzione di beni “immobili privati utilizzati dal nemico a scopo militare, se la sicurezza dell'Autorità

²²⁵ Si vedano, fra gli altri: G. Von GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, cit., p. 186; G. SCHWARZENBERGER, cit., p. 269; SILINGARDI, p. 1004-1005; H.P. GASSER, cit., p. 291 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 218 ss. Nello stesso senso, si è espressa anche la Corte Suprema israeliana. Si veda, fra gli altri: Supreme Court (Israel), *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, HCJ 2056/04, 30 June 2004, par. 32, disponibile presso: elyon1.court.gov.il/Files_ENG/04/560/020/A28/04020560.A28.pdf. *Contra*: A. Annoni ritiene che la prassi delle Potenze occupanti in tal senso possa essere ragionevolmente ricondotta all'esistenza di una norma consuetudinaria, soprattutto laddove si consideri che “l'utilizzo di beni immobili privati avviene generalmente senza che sia corrisposto alcun indennizzo ai proprietari”. A. ANNONI, cit., pp. 196-197. Nello stesso senso: Yoram Dinstein, pur negando che l'art. 52 del Regolamento dell'Aja riguardi anche beni immobili, sembra tuttavia riconoscere, in via generale, la facoltà dell'occupante di prendere temporaneo possesso di beni immobili. L'autore cita, in particolare, il Manuale militare del Regno Unito (UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, cit., Section 11.7, p. 300) e alcune pronunce della Corte suprema israeliana (fra le altre, Supreme Court (Israel), *Abu Riyan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*, HCJ 401/88, in *Israel Yearbook of Human Rights* 23 (1993), p. 323 ss.). Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 228.

²²⁶ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 124.

²²⁷ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

²²⁸ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 135.

²²⁹ A. ANNONI, cit., p. 199.

occupante non può essere garantita in altra maniera²³⁰, escludendo, invece, la liceità di distruzioni a scopo deterrente o punitivo²³¹.

È infine opportuno accennare brevemente alla possibilità che l'occupante riscuota tributi o contribuzioni in denaro nel territorio occupato. Ai sensi dell'art. 48 del Regolamento dell'Aja:

If, in the territory occupied, the occupant collects the taxes, dues, and tolls imposed for the benefit of the State, he shall do so, as far as is possible, in accordance with the rules of assessment and incidence in force, and shall in consequence be bound to defray the expenses of the administration of the occupied territory to the same extent as the legitimate Government was so bound.

La Potenza occupante potrà dunque prelevare, nel territorio occupato, le imposte, i diritti e i pedaggi precedentemente imposti dalle autorità dello Stato occupato²³². La disposizione in esame, però, prevede che l'occupante eserciti tale facoltà, per quanto possibile, in base all'imponibile e alla ripartizione in vigore e che da ciò derivi l'obbligo di provvedere alle spese dell'amministrazione del territorio nella stessa misura in cui vi provvedeva il governo legittimo²³³. L'espressione "per quanto possibile" sembra indicare che l'occupante possa discostarsi dalla prassi precedente in materia di tributi laddove ciò si renda necessario: si pensi, ad esempio, ai casi di occupazione prolungata, in cui è ragionevole aspettarsi che l'occupante modifichi l'imponibile, o alle situazioni in cui un'elevata inflazione porti ad un notevole incremento delle spese di amministrazione del territorio²³⁴. Per quanto riguarda, invece, l'imposizione di nuovi tributi, l'art. 49 del Regolamento dell'Aja ammette che l'occupante possa prelevare nel territorio occupato altre contribuzioni in denaro²³⁵; la disposizione in parola, però, prevede che ciò avvenga soltanto per le necessità dell'esercito o dell'amministrazione

²³⁰ A. ANNONI, cit., p. 199.

²³¹ Di particolare interesse è, al riguardo, la prassi della demolizione di abitazioni private da parte dello Stato di Israele quale misura antiterrorismo. Per la trattazione di tale questione, si rimanda a: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 156 ss.

²³² Non potrà invece prelevare i tributi dovuti alle autorità locali. *Ivi*, p. 125.

²³³ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

²³⁴ Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 126.

²³⁵ Si ritiene, generalmente, che tale disposizione non limiti la facoltà dell'occupante di prelevare contribuzioni in denaro a quelle *una tantum* ma che ammetta anche l'imposizione di nuovi tributi. In tal senso, si vedano, fra gli altri: G. BALLADORE PALLIERI, cit., p. 329; A. ANNONI, cit., pp. 219-220. *Contra*: G. Von GLAHN, *Taxation under Belligerent Occupation*, in PLAYFAIR (ed.), *International law and the administration of occupied territories: two decades of Israeli occupation of the West Bank and Gaza Strip: the proceedings of a conference organized by al-Haq in Jerusalem in January 1988*, Clarendon, Oxford, 1992, p. 341 ss.

del territorio occupato, escludendo, dunque, che i contributi così prelevati possano essere utilizzati dall'occupante per arricchirsi o per "alimentare il proprio sforzo bellico in altri teatri di battaglia"²³⁶ o, ancora, per punire la popolazione civile²³⁷.

2.5. Riflessioni sull'uso della forza nei territori occupati

Il diritto internazionale umanitario disciplina il ricorso alla forza in relazione alla condotta delle ostilità fra belligeranti nemici, consentendo alle truppe di uno Stato di attaccare i combattenti nemici ovunque essi si trovino ed indipendentemente dal fatto che essi siano impegnati nelle ostilità in un dato momento²³⁸.

La natura peculiare delle occupazioni militari, le quali si verificano ove uno Stato detenga il controllo effettivo sul territorio di uno Stato nemico, fa sì che i casi in cui le ostilità fra truppe regolari dello Stato occupato e truppe occupanti interessano delle porzioni di tali territori siano estremamente rari²³⁹. Sicuramente più frequenti sono, invece, i casi di resistenza della popolazione civile di un territorio occupato contro la Potenza occupante, sia laddove l'attività ostile provenga da civili organizzati in movimenti di resistenza collegati allo Stato occupato sia laddove essa provenga, invece, da "privati, più o meno organizzati, la cui condotta non sia riconducibile agli Stati parti in conflitto"²⁴⁰. In tale evenienza, le regole sulla condotta delle ostilità troveranno senz'altro applicazione. La trattazione approfondita di tale materia esula dagli scopi del presente lavoro di ricerca. Basti qui osservare che, laddove l'attività ostile provenga da movimenti di resistenza non collegati allo Stato occupato o da "abitanti del territorio occupato che isolatamente commettano atti ostili nei confronti dell'Autorità occupante"²⁴¹, è ragionevole ritenere che quest'ultima possa attaccarli solamente nel momento in cui prendano parte alle ostilità (art. 51, par. 3, del primo Protocollo addizionale)²⁴². Qualora, invece, l'attività ostile provenga da un movimento di resistenza collegato allo Stato occupato, la Potenza occupante potrà legittimamente

²³⁶ A. ANNONI, cit., p. 219.

²³⁷ Cfr. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 126.

²³⁸ Per la definizione dei combattenti nemici, si vedano, fra gli altri: Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, II Edition, Cambridge University Press, 2010, pp. 33-61; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., pp. 168-175.

²³⁹ *Supra*, cap. 1 del presente lavoro di ricerca.

²⁴⁰ A. ANNONI, p. 225.

²⁴¹ *Ivi*, p. 239. L'autrice precisa che, "al di fuori di tale contesto, la loro eliminazione fisica è possibile soltanto in seguito ad un regolare processo". *Ibidem*.

²⁴² Sulla questione, tuttora controversa, della partecipazione diretta alle ostilità, si vedano: N. MELZER, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2009; A. ANNONI, cit., pp. 229-230.

attaccarne i membri conformemente alle norme del diritto internazionale umanitario; allo stesso tempo, i membri di tale movimento di resistenza²⁴³ saranno considerati combattenti legittimi e godranno, se catturati, dello *status* di prigionieri di guerra purché rispettino una serie di condizioni, le quali variano a seconda che la Potenza occupante sia parte del primo Protocollo addizionale o che non lo sia: nel primo caso, i membri di un movimento di resistenza eventualmente catturati godranno dello status di prigionieri di guerra a condizione che portino le armi apertamente durante ogni fatto d'armi e durante il tempo in cui siano esposti alla vista dell'avversario, mentre prendono parte ad uno spiegamento militare che precede l'inizio di un attacco al quale devono partecipare²⁴⁴; nel secondo caso, vale a dire nell'eventualità che l'occupante non sia parte del primo Protocollo addizionale, troverà applicazione l'art. 4, par. 2, della III Convenzione di Ginevra²⁴⁵, il quale fa riferimento ai membri di milizie e corpi di volontari, "compresi quelli dei movimenti di resistenza organizzati, appartenenti ad una parte in conflitto e che operano fuori o all'interno del loro territorio, anche se questo territorio è occupato"²⁴⁶, purché tali milizie o corpi di volontari a) siano comandati da una persona responsabile dei propri subordinati, b) portino un segno distintivo fisso riconoscibile a distanza, c) portino apertamente le armi e d) si conformino, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi della guerra.

Sicuramente più complessa è la determinazione della legittimità del ricorso alla forza da parte dell'occupante nel caso in cui gli abitanti del territorio occupato pongano in essere delle attività violente contro altri abitanti del territorio in questione o per finalità non connesse al conflitto armato. Non bisogna infatti dimenticare che, ai sensi dell'art. 43 del Regolamento dell'Aja, l'occupante ha l'obbligo di ristabilire ed assicurare l'ordine e la vita pubblica. Il diritto dell'occupazione manca, tuttavia, di regolare in

²⁴³ Parte della dottrina ritiene che, affinché un membro di un movimento di resistenza di tale tipo goda dello status di prigioniero di guerra, sia necessario che le condizioni *ex art. 4, par. 2, della III Convenzione di Ginevra* o, laddove applicabile, *ex art. 44, par. 2, del primo Protocollo addizionale* siano rispettate dall'intero gruppo cui egli appartiene. Cfr. A. ANNONI, cit., pp. 226-227; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 172.

²⁴⁴ L'art. 44, par. 2, del primo Protocollo addizionale prevede infatti tale lista essenziale di condizioni limitatamente ai casi in cui, a causa della natura delle ostilità, un combattente armato non possa distinguersi dalla popolazione civile. Secondo il Comitato internazionale della Croce Rossa (Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN, cit., I Additional Protocol, Article 44) e in linea con le dichiarazioni interpretative formulate da un certo numero di Stati (tutti gli Stati membri della NATO così come Australia, Austria, Corea e Nuova Zelanda), tale particolare situazione potrà verificarsi solo in territorio occupato.

²⁴⁵ Si noti come la corrispondenza di tale articolo al diritto internazionale consuetudinario sia ormai generalmente riconosciuta. Sul punto, si veda: Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, cit., p. 43.

²⁴⁶ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

alcun modo il ricorso all'uso della forza in relazione a tale obbligo, limitandosi a prescrivere il rispetto per la vita degli individui (art. 46 del Regolamento dell'Aja) e proibire l'omicidio (artt. 32 della IV Convenzione di Ginevra²⁴⁷; art. 75 del primo Protocollo addizionale).

L'interesse di tale questione deriva, indubbiamente, dall'evidente differenza fra il già citato paradigma della condotta delle ostilità proprio del diritto internazionale umanitario e quello del mantenimento dell'ordine proprio della disciplina dei diritti umani²⁴⁸. Da un lato, come già accennato, il diritto internazionale umanitario consente di attaccare i combattenti nemici ovunque essi si trovino e a prescindere dalla loro partecipazione alle ostilità in un dato momento. Dall'altro lato, le norme a tutela dei diritti umani prevedono che i funzionari di polizia ("*law enforcement officials*") possano ricorrere all'uso della forza potenzialmente letale soltanto in ultima istanza²⁴⁹ e ad una serie di condizioni, vale a dire al fine di a) assicurare la difesa propria o di altri individui da un'imminente minaccia di morte o di lesioni gravi, b) impedire la commissione di un crimine particolarmente grave suscettibile di costituire una minaccia letale, c) arrestare una persona che costituisca un grave pericolo e che opponga resistenza, o d) impedirne la fuga²⁵⁰. Secondo le norme dei diritti umani, dunque, occorrerà rispettare dei principi di necessità, proporzionalità e precauzione che differiscono profondamente da quelli propri del diritto internazionale umanitario²⁵¹. Nel silenzio del diritto dell'occupazione, appare ragionevole ritenere che, qualora l'occupante si trovi a dovere affrontare attività violente di abitanti del territorio occupato che non siano in alcun modo connesse al

²⁴⁷ L'art. 147 della IV Convenzione di Ginevra include fra le infrazioni gravi della Convenzione l'omicidio intenzionale, qualificato anche come crimine di guerra ex art. 8(2)(a)(i) dello Statuto della Corte penale internazionale.

²⁴⁸ La mancanza di chiarezza su quale disciplina vada di volta in volta applicata nei territori occupati è particolarmente preoccupante, poiché crea un'incertezza di fondo sulle garanzie da accordare agli individui nei casi concreti. Tale incertezza, d'altronde, si riflette negativamente sulle regole d'ingaggio delle truppe d'occupazione, che potrebbero trovarsi a dover applicare entrambi i modelli nell'ambito della stessa operazione, con la confusione che ne consegue. Per una accurata analisi di tale questione, si veda: K. WATKIN, *Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (2012), pp. 267-315.

²⁴⁹ In un documento adottato in occasione dell'ottavo congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei criminali (*Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990, par. 4), si legge:

Law enforcement officials, in carrying out their duty, shall, as far as possible, apply non-violent means before resorting to the use of force and firearms.

²⁵⁰ *Ivi*, par. 9.

²⁵¹ Si veda, fra gli altri, M. PEDRAZZI, *La protezione del diritto alla vita tra diritto internazionale umanitario e diritti umani*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), cit., pp. 79-92, p. 85.

conflitto e che non mettano a repentaglio la sicurezza delle truppe d'occupazione (ad esempio, nel caso delle ordinarie operazioni di contrasto alla criminalità), la Potenza occupante sia “sottoposta alle stesse limitazioni che si applicano all'esercizio di funzioni di polizia in tempo di pace”²⁵², ammesso, naturalmente, che si riconosca l'applicabilità *ratione materiae* e *loci* delle norme dei diritti umani in caso di occupazione militare²⁵³.

3. Conclusioni

Dalla peculiare natura dell'occupazione militare discendono importanti conseguenze tanto in merito alla condizione giuridica del territorio occupato e ai poteri ivi svolti dalla Potenza occupante quanto in relazione alla tutela della popolazione civile di tale territorio.

L'analisi si è innanzitutto soffermata sulla condizione giuridica del territorio occupato, allo scopo di determinare la natura del potere cui tale territorio è sottoposto e, di conseguenza, gli obblighi e le facoltà della Potenza occupante così come i poteri residuali dello Stato occupato. Se è vero, infatti, che l'occupazione non comporta alcun trasferimento di sovranità in capo all'occupante, è anche vero che quest'ultimo si trova ad esercitare, nel territorio occupato, delle prerogative espressamente riconosciute dal diritto dell'occupazione. Al fine di comprendere a quale titolo egli agisca e quale sia la natura dei rapporti esistenti fra l'ordinamento locale, l'ordinamento della Potenza occupante e l'ordinamento internazionale, si è ritenuto opportuno soffermarsi sulle principali teorie elaborate, al riguardo, dalla dottrina. In ultima analisi, si è scelto di concordare con quella parte della dottrina che ritiene possibile la coesistenza di due ordinamenti nel medesimo territorio, rilevando come il titolo per l'esercizio di poteri di governo da parte della Potenza occupante sia rinvenibile nel fenomeno stesso dell'occupazione, “al concretarsi della quale lo Stato occupante è abilitato a compiere un complesso di attività *iure proprio* sul territorio occupato ma ivi continua pure ad essere svolta una (limitata) attività da parte dello Stato occupato”²⁵⁴. Si è infatti avuto modo di notare che, ai sensi del diritto dell'occupazione, l'occupante ha la facoltà di compiere attività di governo nel proprio interesse – disciplinando la vita della

²⁵² A. ANNONI, cit., p. 231. Dello stesso avviso è, fra gli altri, Arai-Takahashi, secondo il quale “*in occupied territories, the human rights standards applicable in respect of law enforcement operations should be the default rules*”, Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 440.

²⁵³ *Infra*, cap. 3 del presente lavoro di ricerca.

²⁵⁴ C. CURTI GIALDINO, cit., p. 731.

popolazione del territorio occupato mediante l’emanazione di atti normativi, amministrativi e giudiziari – e l’obbligo di tutelare l’esistenza della popolazione – tramite l’adozione di misure di ordine pubblico, approvvigionamento, e così via –, essendo però sottoposto, allo stesso tempo, ad una serie di limitazioni. D’altra parte, lo Stato occupato, oltre a godere di una certa autonomia dell’attività giurisdizionale e di una limitata autonomia amministrativa e normativa (a livello locale), ha anche l’obbligo di riconoscere l’efficacia dell’attività legittima dell’occupante.

La ricerca si è quindi concentrata sulle norme che il diritto internazionale umanitario pone a tutela della popolazione civile dei territori occupati. In particolare, si è osservato come la maggior parte delle disposizioni in materia sia rinvenibile nel Titolo III della IV Convenzione di Ginevra: la terza sezione del Regolamento dell’Aja – volta essenzialmente a disciplinare il rapporto di belligeranza fra l’occupante e lo Stato occupato – contiene infatti soltanto un nucleo minimo di garanzie poste a tutela dei civili. Nel presente lavoro di ricerca, si è dunque ritenuto opportuno far riferimento in via principale alle disposizioni della IV Convenzione di Ginevra, senza però dimenticare che, da un lato, le norme del Regolamento dell’Aja rimangono applicabili ai casi di occupazione militare e, dall’altro, il primo Protocollo addizionale del 1977 ha completato la disciplina delineata dagli strumenti precedenti prevedendo forme ulteriori di tutela. Dopo aver notato come la parte in conflitto in cui potere si trovino le persone protette sia responsabile del trattamento loro riservato dai suoi agenti (art. 29 della IV Convenzione di Ginevra) e aver sottolineato che nessun atto unilaterale della Potenza occupante (quale l’annessione) o accordo fra i belligeranti possono comportare la restrizione della tutela prevista a favore della popolazione civile dalla Convenzione stessa (art. 47), la ricerca ha tentato di offrire, pur senza pretese di completezza, una panoramica delle principali norme poste a tutela della popolazione civile nei territori occupati. A tal fine, si è scelto di soffermarsi, innanzitutto, su quelle volte alla tutela della persona umana, a partire dalla constatazione del valore “costituzionale” dell’art. 27 della IV Convenzione di Ginevra, il quale, prevedendo una serie di garanzie minime da accordare alle persone protette in qualunque circostanza, può essere inteso come la base su cui l’intero “diritto di Ginevra” si fonda²⁵⁵. L’analisi si è quindi concentrata sulla tutela della proprietà privata, mostrando come, a fianco della regola generale che vieta la confisca e la distruzione dei beni di proprietà privata, così come il saccheggio e

²⁵⁵ Cfr., fra gli altri, J.S. PICTET, cit., Article 27.

qualsiasi misura di rappresaglia, il diritto dell'occupazione preveda anche alcune eccezioni di un certo rilievo. Infine, la ricerca ha accennato brevemente alla delicata questione dell'uso della forza nei territori occupati, distinguendo fra i casi in cui il territorio occupato sia interessato da ostilità fra truppe occupanti e truppe fedeli allo Stato occupato o movimenti di resistenza (collegati o meno allo Stato occupato) e quelli in cui l'occupante, nell'adempiere all'obbligo ristabilire ed assicurare l'ordine e la vita pubblica ex art. 43 del Regolamento dell'Aja, si trovi a dovere contrastare attività violente eventualmente poste in essere dagli abitanti del territorio occupato contro altri abitanti di tale territorio o per finalità non connesse al conflitto armato. Se, nel primo caso, è indubbio che la disciplina applicabile sia quella del diritto internazionale umanitario, nel secondo caso appare ragionevole ritenere che la Potenza occupante sia "sottoposta alle stesse limitazioni che si applicano all'esercizio di funzioni di polizia in tempo di pace"²⁵⁶, ammesso, naturalmente, che si riconosca l'applicabilità *ratione materiae e loci* delle norme dei diritti umani in caso di occupazione militare²⁵⁷.

²⁵⁶ A. ANNONI, cit., p. 231.

²⁵⁷ *Infra*, cap. 3 del presente lavoro di ricerca.

CAPITOLO 3

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI NEI TERRITORI OCCUPATI

Il notevole sviluppo delle norme internazionali in materia di diritti umani, da un lato, e la c.d. “umanizzazione”⁶³³ del diritto internazionale umanitario, dall’altro, hanno suscitato il crescente interesse della dottrina internazionalistica verso la questione della contestuale applicazione e delle modalità d’interazione fra i due regimi giuridici. D’altra parte, quello che, secondo la dottrina tradizionale, costituiva il principale ostacolo al processo di convergenza fra le due discipline – vale a dire, la netta distinzione fra diritto di pace e diritto di guerra – sembra ormai superato, a tal punto che diritti umani e diritto internazionale umanitario “si presentano oggi, ancorché distinti, come strettamente correlati, con ampie zone di sovrapposizione”⁶³⁴.

In un lavoro di ricerca il cui fine è quello di proporre un’analisi delle norme poste a tutela della popolazione civile nei territori occupati, non è dunque pensabile limitare l’indagine al diritto dell’occupazione: occorrerà, invece, estenderla alla questione dell’applicabilità della disciplina dei diritti umani nei casi di occupazione, per poi concentrarsi sull’aspetto ancora problematico delle modalità d’interazione fra il diritto internazionale umanitario e i diritti umani. Prima di tutto, sarà però opportuno soffermarsi sulla questione –ampiamente dibattuta in dottrina – del rapporto tra i due regimi giuridici in esame, i quali, nonostante il comune fondamento e l’affinità degli scopi, presentano, come si avrà modo di vedere, notevoli differenze.

1. Diritti umani e diritto internazionale umanitario: caratteri distintivi dei due regimi giuridici

Da tempo, ormai, la dottrina internazionalistica si interroga sul rapporto fra diritto internazionale umanitario e diritti umani. Non può certo stupire l’affermazione di M. Milanović laddove osserva:

Much has been written on the relationship between international humanitarian law (IHL) and international human rights law (IHRL). So

⁶³³ T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, cit.

⁶³⁴ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *La Comunità internazionale* 1 (1996), pp. 473-498, p. 490.

much, in fact, that it is hard to find something new, yet remotely useful, to say⁶³⁵.

L'approfondita analisi dei validi contributi dottrinali in materia esula dagli scopi del presente lavoro di ricerca: ci si limiterà, piuttosto, a rilevare i tratti distintivi dei due regimi giuridici in esame, questione, si ritiene, preliminare rispetto all'oggetto del presente capitolo sulla tutela dei diritti umani nei territori occupati.

Con il termine 'diritto internazionale umanitario' si fa riferimento all'insieme delle norme internazionali, consuetudinarie e pattizie, volte a disciplinare l'uso della violenza bellica e a proteggere le vittime dei conflitti armati⁶³⁶. Usato per la prima volta in occasione delle conferenze internazionali che portarono all'adozione dei due Protocolli addizionali del 1977, tale termine è adesso generalmente utilizzato quale sinonimo di 'diritto internazionale dei conflitti armati'⁶³⁷, designando, dunque, tanto il c.d. diritto dell'Aja quanto il c.d. diritto di Ginevra⁶³⁸.

⁶³⁵ M. MILANOVIĆ, *A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *Journal of Conflict & Security Law* 14, 3 (2010), pp. 459-483, p. 459.

⁶³⁶ Si vedano, fra gli altri: G. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Anno XIV, Gennaio-Aprile 2001, pp. 49-60, p. 49; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 19; H.P. GASSER, D. THÜRER, *Humanitarian Law, International*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], March 2011, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2013, disponibile su rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510; C. GREENWOOD, *Historical Development and Legal Basis*, in D. FLECK (ed.), cit., pp. 1-43, p. 1 ss.; P. VERRI, *Dizionario di diritto dei conflitti armati*, Edizioni speciali della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Roma, 1984, alla voce *Diritto umanitario*, p. 32. Secondo E. Greppi, "il diritto internazionale umanitario 'in senso stretto' è, essenzialmente, un diritto 'di protezione' [e] oggetto della protezione sono le vittime della guerra nell'accezione più ampia, ricomprendente sia i militari 'fuori combattimento' a vario titolo (ferita, malattia, naufragio, prigionia), che i civili, le popolazioni disarmate investite dalla violenza bellica". E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 480.

⁶³⁷ Il termine 'diritto internazionale umanitario' è infatti ampiamente utilizzato tanto in ambito accademico quanto in seno alle organizzazioni internazionali (si pensi alle risoluzioni dell'Organizzazione delle Nazioni Unite o ai comunicati del Comitato internazionale della Croce Rossa), sebbene taluni preferiscano ancora definire tale regime giuridico come 'diritto internazionale dei conflitti armati' (fra questi, Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, cit., p. 19).

⁶³⁸ Si vedano, fra gli altri: N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 19; G. VENTURINI, cit., p. 49; H.P. GASSER, D. THÜRER, *Humanitarian Law, International*, cit.; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, cit., p. 19; R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, [on-line] October 2010, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2013, disponibile su rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510. Dello stesso avviso, la Corte internazionale di giustizia nel parere sulla liceità delle armi nucleari. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 75 ss.

La ragion d'essere del diritto internazionale umanitario è quella di alleviare, per quanto possibile, le sofferenze causate dalla guerra⁶³⁹. Dall'adozione della Convenzione di Ginevra del 1864 in poi, il fine dei redattori delle convenzioni internazionali in materia di diritto umanitario è stato quello di salvaguardare la dignità della persona umana, nella profonda convinzione che ad essa siano riconducibili, anche nel corso delle ostilità, dei diritti imprescrittibili ed inviolabili⁶⁴⁰. Non occorre però dimenticare che, come sottolineato da autorevole dottrina, ogni singola norma del diritto internazionale umanitario sembra essere il risultato della tensione fra necessità militare, da una parte, e considerazioni umanitarie, dall'altra:

[The Law of International Armed Conflicts] amounts to a check-and-balances system, intended to minimize human suffering without undermining the effectiveness of military operations⁶⁴¹.

Ad ogni modo, considerazioni d'umanità hanno svolto un ruolo sempre maggiore nel progressivo delinarsi del moderno diritto internazionale dei conflitti armati (o diritto internazionale, per l'appunto, umanitario)⁶⁴². Nell'ultimo secolo, infatti, tale regime giuridico sembra aver subito una sorta di “umanizzazione”⁶⁴³, essendo ormai sempre meno improntato a considerazioni di mera necessità militare; in tal senso, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha riconosciuto come il moderno diritto internazionale dei conflitti armati sia fortemente influenzato dalle dottrine dei diritti umani, al punto che la massima del diritto romano in base alla quale *hominum causa omne ius constitutum est* ha acquisito, in tempi recenti, una notevole importanza anche

⁶³⁹ Come ribadito nella Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868, “*the progress of civilization should have the effect of alleviating as much as possible the calamities of war*”. *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of certain Explosive Projectiles*, Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C.

⁶⁴⁰ J.S. PICTET, cit.

⁶⁴¹ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, cit., p. 5.

⁶⁴² Come rilevato da Provost (R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 55):

The language and philosophy of human rights has permeated international law as a whole, and humanitarian law is no exception, as testified by the change in its very name from ‘law of war’ to ‘humanitarian law’.

⁶⁴³ Su tale interessante processo, si rimanda a: T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, cit.

presso la comunità internazionale⁶⁴⁴. Tale umanizzazione del diritto internazionale dei conflitti armati è ben rappresentata dalla Clausola Martens⁶⁴⁵, ai sensi della quale:

Le Alte Parti contraenti reputano opportuno dichiarare che, nei casi non compresi nelle disposizioni regolamentari da esse adottate, le popolazioni e i belligeranti rimangono sotto la tutela e sotto l'imperio dei principi del diritto delle genti, quali risultano dagli usi stabiliti tra nazioni civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della pubblica coscienza⁶⁴⁶.

Si tratta, evidentemente, di una clausola residuale, il cui scopo è quello di tutelare “la persona umana in ogni situazione, per aspetti non specificamente coperti” dalle convenzioni di diritto internazionale umanitario⁶⁴⁷.

L'espressione ‘diritti umani’ è invece utilizzata sia in ambito internazionale che in ambito nazionale: se negli ordinamenti interni statali essa designa “le situazioni giuridiche soggettive che vengono riconosciute a beneficio dei singoli”⁶⁴⁸, a livello internazionale tale espressione fa riferimento alle norme internazionali, consuetudinarie e pattizie, che impongono agli Stati l'obbligo di rispettare i diritti degli individui⁶⁴⁹. In quest'ultima accezione, sarebbe forse più corretto utilizzare l'espressione ‘diritto internazionale dei diritti umani’, più simile all'inglese ‘*international human rights law*’ o al francese ‘*droit international des droits de l'homme*’; nel presente lavoro di ricerca, tuttavia, si sceglie di utilizzare, da ora in avanti, la più breve e diffusa espressione ‘diritti umani’.

L'origine della moderna nozione di diritti umani⁶⁵⁰ può essere rintracciata già nella filosofia del XVII e del XVIII secolo (si pensi alle opere di Locke, Montesquieu e

⁶⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 97.

⁶⁴⁵ Tale clausola figura nel preambolo alla II Convenzione dell'Aja del 1899, così come nella IV Convenzione dell'Aja del 1907, nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nei loro Protocolli addizionali del 1977.

⁶⁴⁶ Preambolo, IV Convenzione dell'Aja relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre, 1907 (traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.).

⁶⁴⁷ F. LATTANZI, *Il Confine fra Diritto internazionale umanitario e Diritti dell'uomo*, in *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, pp. 1985-2036, p. 1988.

⁶⁴⁸ G. VENTURINI, cit., p. 51.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ Per un'approfondita analisi dell'evoluzione storica dei diritti umani a livello internazionale, si rimanda all'opera di M. H. Randall (M.H. RANDALL, *The History of International Human Rights Law*, in R. KOLB, G. GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, 2013, pp. 3-34, p. 10), la quale fa notare:

Rousseau) e nei principi enunciati nel *Bill of Rights* inglese del 1689, nelle dichiarazioni americane del 1776 e del 1787⁶⁵¹ e nella Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, poi trasposte, "con diverse formulazioni e sfumature, [...] nelle Costituzioni moderne, soprattutto in Europa occidentale e in Nord America"⁶⁵². A livello internazionale, l'esigenza della tutela dei diritti umani si è affermata con forza all'indomani della seconda guerra mondiale⁶⁵³, sebbene il diritto internazionale riconoscesse già da tempo la necessità di tutelare determinate categorie di individui: non occorre infatti dimenticare, da una parte, le norme consuetudinarie in materia di trattamento degli stranieri e, dall'altra, la tutela dei diritti delle minoranze già esistente all'epoca della Società delle Nazioni, così come gli standard internazionali di tutela dei diritti dei lavoratori promossi dall'Organizzazione internazionale del lavoro (creata nel 1919)⁶⁵⁴. Tale moderna nozione di diritti umani, affermata a livello internazionale soltanto nell'ultimo secolo, si fonda sull'idea che l'individuo, per il solo fatto di appartenere al genere umano, sia titolare di una serie di diritti, indipendentemente da qualsiasi altra considerazione legata al ceto, al sesso, alla razza e così via⁶⁵⁵; la dottrina dei diritti umani si fonda su di una concezione degli esseri umani quali persone la cui

Whilst the legacy of the Enlightenment is without doubt crucial for our contemporary understanding of human rights, the latter did not 'materialize out of thin air' in the 17th and 18th Century but have 'deep roots'.

Si vedano anche, fra gli altri: T. BUERGENTHAL, *Human Rights*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], March 2007, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2013, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510; C. TOMUSCHAT, *Human Rights: between Idealism and Realism*, Second Edition, Oxford University Press, 2008, p. 7 ss.; R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 5 ss.; L. HENKIN, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, p. 13 ss.

⁶⁵¹ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 484.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ Infatti, come osservato da Smith (R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, cit., p. 22):

The tumultuous problems experienced in Europe at this time prompted the new world order to 'change tack': minority and sectorial protection was replaced by a concerted global attempt to secure basic rights for all, without distinction. Both the Council of Europe and the United Nations were established at this time. These organizations are known today for their advanced systems aimed at protecting human rights.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

⁶⁵⁵ Nelle parole di Tomuschat (C. TOMUSCHAT, cit., p. 69):

It is the quality of human being, without any additional qualification, which provides everyone with the rights considered to constitute the preconditions of a life in dignity.

dignità deve essere rispettata⁶⁵⁶. Secondo parte della dottrina, il concetto di dignità umana costituirebbe il fondamento di tutti gli altri diritti enunciati poi in maniera dettagliata nelle convenzioni internazionali⁶⁵⁷; la stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 fa riferimento a “*the inherent dignity and [...] the equal and inalienable rights of all members of the human family*”. In tal senso, come sottolineato da Tomuschat, “*human dignity constitutes the intellectual centre of the entire culture of human rights*”⁶⁵⁸.

Come già osservato, la dottrina⁶⁵⁹ si è ampiamente soffermata sul rapporto fra i due regimi giuridici in esame – diritto internazionale umanitario e diritti umani – rilevandone l'eguale fondamento filosofico nel concetto di umanità⁶⁶⁰. Tuttavia, a discapito di tale comune fondamento e dell'influenza reciprocamente esercitata in tempi recenti⁶⁶¹, il diritto internazionale umanitario e i diritti umani rimangono due regimi giuridici distinti. Come opportunamente sottolineato da E. Greppi:

L'ispirazione è riconducibile agli stessi principi, alle stesse matrici filosofiche e ideali, alle medesime preoccupazioni di proteggere la persona

⁶⁵⁶ C. TOMUSCHAT, cit., p. 69.

⁶⁵⁷ Si veda, fra gli altri, Klein, secondo il quale “*human dignity [...] implies a fundamental judgement of the intrinsic worth of human beings who need rights in order to be able to realize or defend this worth*”. E. KLEIN, *Human Dignity-Basis of Human Rights*, in H.P. HESTERMEYER et al. (ed.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, Volume I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 437 ss., p. 441.

⁶⁵⁸ C. TOMUSCHAT, *Human Rights: between Idealism and Realism*, cit., p. 3.

⁶⁵⁹ Si vedano, fra gli altri: R. KOLB, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions*, in *International Review of the Red Cross* 324 (September 1998), disponibile su www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jpg2.htm; G.I.A.D. DRAPER, Col., *The relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 1 (1971), pp. 191-207; D. SCHINDLER, *Human Rights and Humanitarian Law*, in *American University Law Review* 3 (1981-1982), pp. 935-977; L. DOSWALD-BECK, S. VITÉ, *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross* 293 (1993), disponibile su www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmrt.htm; R. PROVOST, cit.; H.J. HEINTZE, *On the Relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross* 86, 856 (2004), pp. 789-814; H.J. HEINTZE, *Theories on the Relationship between international humanitarian law and human rights law*, in R. KOLB, G. GAGGIOLI, cit., pp. 92-113; R. ARNOLD, N. QUÉNIVET, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. F.F. MARTIN, S.J. SCHNABLY, R. WILSON, J. SIMON, M. TUSHNET, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge University Press, 2006; O. BEN-NAFTALI, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Pas de deux*, Oxford University Press, 2011.

⁶⁶⁰ Si vedano, *ex multis*: R. PROVOST, cit., p. 2; H.J. HEINTZE, *Theories on the Relationship between international humanitarian law and human rights law*, cit., p. 97 ss.; R. KOLB, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit.; E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 490.

⁶⁶¹ Sul punto, si vedano: R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, cit.; R. KOLB, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit.; R. PROVOST, cit., p. 1 ss.

umana, [ma] sul piano degli strumenti, la protezione dell'essere umano dalla violenza bellica e la sua tutela a fronte dell'arbitrio dello Stato hanno prodotto risultati differenti e percorso vie parallele⁶⁶².

Il diritto internazionale umanitario affonda le sue radici in tempi antichi – dal momento che norme in materia di restrizioni alla condotta delle ostilità esistevano già all'epoca dei sumeri o del codice di Hammurabi⁶⁶³ – e la sua codificazione è iniziata sul finire del 1800⁶⁶⁴ con l'adozione della Convenzione di Ginevra del 1864 sulla protezione di feriti e malati nella guerra terrestre⁶⁶⁵. L'esigenza di tutelare i diritti umani a livello internazionale è invece emersa, come già ricordato, solo qualche decennio fa, sebbene la nozione di diritti umani avesse trovato fondamento negli ordinamenti interni sul finire del 1700, ben prima, dunque, di affermarsi a livello internazionale⁶⁶⁶. Le principali differenze derivano, indubbiamente, da tali diverse origini e finalità: mentre “il [diritto internazionale umanitario] si sviluppa e trova la sua stessa ragion d'essere nelle relazioni fra Stati, i [diritti umani] nascono e si radicano negli ordinamenti nazionali”⁶⁶⁷; ciò si riflette, inevitabilmente, sulle modalità in cui tali regimi giuridici si prefiggono di raggiungere i rispettivi scopi – da un parte, alleviare le sofferenze causate dalla guerra e, dall'altra, tutelare i diritti fondamentali dell'individuo⁶⁶⁸ – e, dunque, sui rispettivi ambiti d'applicazione, tanto su quello soggettivo (beneficiari della tutela), quanto su quello oggettivo (destinatari degli obblighi)⁶⁶⁹.

Per quanto riguarda i beneficiari della tutela, occorre innanzitutto rilevare una differenza fondamentale in merito al tipo di relazione che i due regimi giuridici si prefiggono di disciplinare: se, da un lato, le norme internazionali in materia di diritti umani si occupano dei rapporti fra uno Stato e i suoi sudditi, dall'altro lato, il diritto internazionale umanitario riguarda “una sfera più estesa di rapporti, ricomprendendo anche i rapporti tra lo Stato in conflitto e i sudditi nemici e, al di là ancora, quelli che fanno capo ad autorità o gruppi a prescindere dalla loro personalità giuridica internazionale”⁶⁷⁰.

⁶⁶² E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 485.

⁶⁶³ C. GREENWOOD, *Historical Development and Legal Basis*, cit., p. 15 ss.

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁶⁵ G. VENTURINI, cit., p. 52.

⁶⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁶⁸ R. PROVOST, cit., p. 6 ss.

⁶⁶⁹ G. VENTURINI, cit., p. 53 ss.

⁶⁷⁰ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., pp. 486-487.

Non bisogna poi dimenticare che il diritto internazionale umanitario non mira a tutelare la persona umana in quanto tale ma, piuttosto, a proteggere l'individuo "in quanto parte di una determinata categoria di persone appartenenti alla parte avversa in un conflitto armato"⁶⁷¹. Le norme dei diritti umani, dal canto loro, sono volte alla protezione dell'individuo in quanto tale: anche quando si indirizzano ad un gruppo specifico di persone, i diritti umani se ne occupano in quanto gruppo debole, indipendentemente dallo *status* di cittadini, stranieri, apolidi, nemici e così via⁶⁷². All'universalità della disciplina dei diritti umani si oppone, dunque, la condizionalità del diritto internazionale umanitario e, secondo parte della dottrina, è proprio su tale aspetto – il nemico o l'individuo in quanto tale quale beneficiario della tutela – che i due regimi giuridici in esame differiscono maggiormente⁶⁷³. Infatti, come sottolineato da Provost:

Contrary to human rights, where universality is the dominant characteristic, humanitarian law is applied in a highly irregular manner, creating an incomplete and inconsistent patchwork of protections for victims of armed conflicts, [...] based not on universality but on conditionality, with the benefit of humanitarian law depending on membership in a designated group⁶⁷⁴.

Occorre inoltre notare che, contrariamente a quanto avviene nell'ambito dei diritti umani, la possibilità stessa che il diritto internazionale umanitario conferisca dei diritti in capo agli individui è ancora controversa. Si tratta, ça va sans dire, di una questione di estremo interesse nell'ambito di un lavoro di ricerca sulla protezione della popolazione civile nei territori occupati; sebbene essa sia indissolubilmente legata al dibattito (tuttora acceso) sulla qualificazione dell'individuo come soggetto del diritto internazionale, la trattazione di quest'ultimo aspetto esula dagli scopi del presente lavoro di ricerca. Seguendo l'esempio di parte della dottrina internazionalistica in materia di soggettività dell'individuo⁶⁷⁵, sarà utile affrontare la questione del conferimento di diritti in capo

⁶⁷¹ F. LATTANZI, cit., p. 1993.

⁶⁷² *Ivi*, p. 1992.

⁶⁷³ *Ivi*, p. 1993.

⁶⁷⁴ R. PROVOST, cit., p. 34.

⁶⁷⁵ Si vedano, fra gli altri: C. NØRGAARD, *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Copenhagen, 1962; R. PROVOST, cit., p. 16 ss.; C. LOPES, N. QUÉNIVET, *Individuals as Subjects of International Humanitarian Law and Human Rights*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET, cit., pp. 199-235, p. 202 ss.

agli individui distinguendo due profili: da un lato, la *capacité de jouissance*⁶⁷⁶, vale a dire la stessa titolarità di situazioni giuridiche soggettive; dall'altro, la *capacité d'exercice*⁶⁷⁷, intesa come la concreta possibilità di esercitare tali situazioni giuridiche soggettive da parte dei soggetti cui esse sono attribuite⁶⁷⁸.

Per quanto riguarda il primo profilo (quello della *capacité de jouissance* o sostanziale), vale innanzitutto la pena di notare come parte della dottrina ritenga che il diritto internazionale umanitario non riconosca dei diritti in capo agli individui ma che si limiti, piuttosto, a stabilire degli standard di condotta: René Provost li definisce “*public order standards*” e, a sostegno della propria tesi, adduce, da un lato, la constatazione della natura non *self-executing* delle norme di diritto internazionale umanitario ad opera di alcuni tribunali nazionali⁶⁷⁹ e, dall'altro, l'impossibilità per la persona protetta di esercitare il proprio diritto o di rinunciarvi⁶⁸⁰. Ad una simile interpretazione si oppone, però, una parte della dottrina⁶⁸¹, la quale non esita a rilevare che svariate disposizioni di diritto internazionale umanitario sembrano fare riferimento proprio a dei diritti degli individui, dal momento che includono termini come ‘diritto’ (*right, entitlement, ecc.*) o ‘beneficio’ (*benefit*)⁶⁸². Naturalmente, all'epoca dell'adozione delle Convenzioni dell'Aja nel 1907 o di quella di Ginevra del 1929, l'idea di diritti umani internazionali non si era ancora affermata e, di conseguenza, sembra difficile poter interpretare tali norme nel senso di attribuire diritti in capo agli individui. Ad ogni modo, nel 1949, anno dell'adozione delle Convenzioni di Ginevra, la situazione era ormai mutata: basti pensare che già un anno prima era stata adottata la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e che l'anno seguente alcuni Stati europei avrebbero adottato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Molte delle disposizioni contenute nella Parte III, prima sezione, della IV Convenzione di Ginevra del 1949 riproducono quasi fedelmente alcune delle disposizioni del Regolamento dell'Aja annesso alla IV Convenzione

⁶⁷⁶ M. COSNARD, *Rapport introductif*, in *Le sujet en droit international*, Société française pour le droit international, Parigi, 2005, p. 13 ss., pp. 45, 50.

⁶⁷⁷ *Ivi*, p. 41 ss.

⁶⁷⁸ F. MASTROMARTINO, *La soggettività degli individui nel diritto internazionale*, in *Diritto e questioni pubbliche* 10 (2010), pp. 415-437, p. 428.

⁶⁷⁹ Si veda, fra le altre: Corte d'appello di Parigi, *Javor c. X*, 24 novembre 1994, in *Rivista di diritto internazionale* 78 (1995), pp. 826-829.

⁶⁸⁰ R. PROVOST, cit., p. 26 ss.

⁶⁸¹ Si vedano, in particolare: Y. DINSTEIN, *The International Law of Inter-State Wars and Human Rights*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 7 (1977), p. 139 ss.; T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, cit., p. 251 ss.; J.S. PICTET, cit., Article 2.

⁶⁸² Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 263.

dell'Aja relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre del 1907 da cui, secondo taluni, discenderebbero dei diritti in capo agli individui⁶⁸³. In tal senso, l'adozione delle Convenzioni di Ginevra al fine di completare, piuttosto che sostituire, il Regolamento dell'Aja⁶⁸⁴, permette forse di accettare la tesi in base alla quale da alcune norme di diritto internazionale umanitario discenderebbero dei diritti in capo agli individui⁶⁸⁵.

Per quanto riguarda il secondo profilo (quello della *capacité d'exercice* o procedurale), occorre innanzitutto notare che l'esistenza di un diritto ad un rimedio per violazioni delle norme di diritto internazionale umanitario è, se non altro, dubbia⁶⁸⁶. Contrariamente a quanto avviene nel sistema dei diritti umani – in cui i principali trattati in materia riconoscono agli individui tanto un diritto ad un rimedio a livello nazionale quanto quello ad un rimedio a livello internazionale –, nessuna disposizione delle convenzioni di diritto internazionale umanitario fa espresso riferimento ad un diritto ad un rimedio in caso di violazioni⁶⁸⁷. L'individuo presunta vittima di una violazione del

⁶⁸³ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 262 ss.; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, cit., p. 108 ss.

⁶⁸⁴ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 4 ss.

⁶⁸⁵ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 262 ss.; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, cit., p. 108 ss.

⁶⁸⁶ R. PROVOST, cit., p. 43 ss.

⁶⁸⁷ Ciò che, invece, tale regime giuridico prevede è l'obbligo al "pagamento di una indennità" che l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1907 – poi riprodotto nell'art. 91 del I Protocollo addizionale – pone in capo alla parte contraente che ne violi le disposizioni. Com'è noto, negli ultimi anni tale previsione ha dato spazio alla tendenza, riconducibile soprattutto alla giurisprudenza italiana – a partire dal noto caso *Ferrini* (Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 6 novembre 2003-11 marzo 2004, n. 5044/04), a riconoscere un diritto alla riparazione in capo agli individui; tuttavia, la recente sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Germania c. Italia* (ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, I.C.J. reports 2012, p. 99) ha confermato la posizione della dottrina prevalente e della giurisprudenza di altri Stati (si vedano, in particolare: caso *Distomo*, Federal Republic of Germany, Federal Court of Justice, 26 June 2003; *Shimoda et al. v. The State*, Tokyo District Court, 7 December 1963; *Philippine "comfort women" v. Japan*, Tokyo District Court, 9 October 1998) che, basandosi sul principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati, si limita a riconoscere tale obbligo di riparazione esclusivamente in capo ad uno Stato *vis-à-vis* altri Stati.

Si veda, però, la recente sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 238 del 22 ottobre 2014 (G.U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 45 del 29 ottobre 2014), la quale – pur riconoscendo che "l'interpretazione da parte della CIG della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti *iure imperii* è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali" – ribadisce nondimeno che

i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona [costituiscono] un "limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione" (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed [operano] quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea [...] oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato [...]. Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche

diritto internazionale umanitario non ha alcun *locus standi* a livello internazionale: i meccanismi di garanzia previsti da tale regime giuridico – la possibilità di ricorrere alle

alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988).

Nella specie, la Corte rileva che “la norma consuetudinaria internazionale sull’immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, con la portata definita dalla CIG, nella parte in cui esclude la giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l’umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona, determina il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle suddette vittime”. Così, sottolineando come “l’insussistenza della possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice” renda “manifesto il denunciato contrasto della norma internazionale, come definita dalla predetta CIG, con gli artt. 2 e 24 Cost.”, la Corte Costituzionale giunge a dichiarare “l’illegittimità costituzionale dell’art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno)” e “dell’art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), limitatamente all’esecuzione data all’art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona”.

Resta, certo, da vedere quali saranno le ripercussioni di tale pronuncia a livello internazionale. Allo stato attuale, non si può che rilevare come, nelle parole della Corte Costituzionale, lo stesso “giudice rimettente non [entri] nel merito dell’interpretazione resa dalla CIG della norma internazionale sull’immunità per atti ritenuti *iure imperii*, [prendendo] atto, sia pure con preoccupazione, che quella è la portata attuale della norma consuetudinaria internazionale in quanto così definita dalla CIG”. Non si può che ribadire, dunque, come il citato obbligo di riparazione esista, ad oggi, soltanto in capo ad uno Stato *vis-à-vis* altri Stati.

F. Kalshoven, ad esempio, pur ritenendo che l’intenzione dei redattori dell’art. 3 della Convenzione dell’Aja del 1907 fosse quella di conferire agli individui un diritto alla riparazione nei confronti dello Stato nemico, non manca di sottolineare come la prassi successiva degli Stati si sia invece orientata nel senso di limitarsi ad accordi internazionali mediante i quali lo Stato vinto si impegna a corrispondere una somma forfettaria allo Stato vincitore; la determinazione della somma, inoltre, risponde generalmente a considerazioni di disponibilità finanziaria più che ad una valutazione dei danni sofferti dalle vittime in conseguenza dell’atto illecito. F. KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *International and Comparative Law Quarterly* 40, 4 (1991), pp. 827-858, p. 830 ss.

Come sottolineato da Gillard, poi, una recente eccezione alla prassi generale degli Stati è rappresentata dalla *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, fra i cui compiti vi era anche quello di accordare a persone fisiche o giuridiche una riparazione per violazioni di diritto internazionale umanitario. E.C. GILLARD, *Reparation for violations of international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross* 85 (2003), pp. 529-553, p. 534.

Ad ogni modo, non ci si può esimere dall’accennare brevemente al fatto che un diritto al risarcimento del danno a favore della vittima tende ad essere previsto nell’ambito del diritto internazionale penale. Si veda, in tal senso: N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Rivista di Diritto internazionale* 1 (2002), pp.682-690, p. 687, nota 14. Dello stesso avviso, fra gli altri: E.C. GILLARD, cit., p. 545 ss.

Ai sensi dell’art. 75 dello Statuto della Corte penale internazionale, ad esempio, la Corte può accordare alla vittima un risarcimento del danno, che – a differenza di quanto previsto dai già citati artt. 3 della Convenzione dell’Aja del 1907 e 91 del I Protocollo addizionale del 1977 – sarà corrisposto dall’autore del crimine (e non dallo Stato). A livello nazionale, si può poi citare il codice penale militare di guerra italiano, il quale, in caso di condanna penale per crimini di guerra, prevede la possibilità di accordare il risarcimento del danno, ex art. 538 del codice di procedura penale, a favore della vittima o di aventi causa. N. Ronzitti ricorda anche che, nel caso *Priebke*, il Tribunale militare di Roma, con sentenza del 22 luglio 1997 (in *Rassegna Giustizia Militare*, disponibile presso: www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/Priebke_Erich/Pagine/default.aspx) ha constatato la violazione da parte degli imputati dell’art. 185 del c.p.m.g. e li ha condannati al risarcimento dei danni subiti dalle parti civili, da liquidare in separata sede. Cfr. N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, cit., p. 687, nota 14.

Rimane comunque il fatto che, relativamente ai casi in cui la violazione non sia qualificata come crimine di guerra, la dottrina prevalente e la prassi degli Stati tendono a negare l’esistenza di un diritto al risarcimento del danno esercitabile dall’individuo nei confronti dello Stato nemico.

Potenze protettrici o di richiedere una procedura d'inchiesta⁶⁸⁸ – non solo sono raramente applicati ma anche del tutto indipendenti dall'individuo vittima della violazione; nemmeno la creazione della Commissione internazionale d'accertamento dei fatti *ex art. 90* del I Protocollo addizionale sembra aver cambiato le cose, dal momento che l'individuo non può intervenire in alcuna fase della procedura (sebbene il regolamento interno adottato nel 1992 preveda la possibilità di ascoltare testimoni)⁶⁸⁹.

Il quadro muta drasticamente se ci si sofferma, invece, sui diritti umani. Infatti, la possibilità che le norme internazionali in materia conferiscano – tanto sotto il profilo sostanziale quanto sotto quello procedurale – dei diritti in capo agli individui è, ad oggi, generalmente accettato. Da un lato, per quanto riguarda la *capacité de jouissance*, parte della dottrina osserva come ciò sembri risultare dalla natura *self-executing* riconosciuta ad alcune di tali norme e dalla stessa incorporazione dei diritti umani negli ordinamenti nazionali tramite delle disposizioni costituzionali o dei *Bill of Rights*⁶⁹⁰. Dall'altro lato, per quanto riguarda la *capacité d'exercice*, essa sembra trovare conferma tanto nell'esplicita previsione di un diritto ad un rimedio effettivo in molte delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani⁶⁹¹ quanto nella possibilità che l'individuo attivi i meccanismi di garanzia creati da alcune convenzioni internazionali sui diritti umani⁶⁹².

Esiste, dunque, una differenza fondamentale nel modo in cui i due regimi giuridici individuano i titolari dei diritti garantiti: pur accettando la teoria che il diritto internazionale umanitario riconosca, in effetti, dei diritti in capo agli individui (che sarebbero dunque dotati della *capacité de jouissance*), non si può non rilevare come tale

⁶⁸⁸ Art. 52 della I Convenzione di Ginevra del 1949; art. 53 della II Convenzione di Ginevra; art. 132 della III Convenzione di Ginevra; art. 149 della IV Convenzione di Ginevra.

⁶⁸⁹ Secondo R. Provost, nemmeno la principale conseguenza della violazione di norme di diritto internazionale umanitario, vale a dire l'imputabilità degli individui responsabili, deriverebbe in alcun modo da un diritto della vittima quanto, piuttosto, dalla qualificazione delle norme di diritto internazionale umanitario come standard di condotta. R. PROVOST, cit., p. 43 ss.

⁶⁹⁰ R. PROVOST, cit., p. 18 ss.

⁶⁹¹ Si pensi all'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale "ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge" (traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.). Si vedano anche, fra gli altri: art. 2, par. 3, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici; art. 13 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; art. 25 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo; art. 7 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

⁶⁹² La trattazione di tali meccanismi di garanzia esula dagli scopi del presente lavoro di ricerca; ci si limita, quindi, a rimandare alla cospicua letteratura esistente in materia. Si vedano, fra gli altri: M.W. JANIS, R.S. KAY, A.W. BRADLEY, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, p. 24 ss.; R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, cit., p. 149 ss.; C. TOMUSCHAT, *Human Rights: between Idealism and Realism*, cit., p. 231 ss.; T. BUERGENTHAL, *The Evolving International Human Rights System*, in *The American Journal of International Law* 100, 4 (ottobre 2006), pp. 783-807, p. 787 ss.; T. BUERGENTHAL, *International Human Rights in a Nutshell*, Fourth Edition, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 2002.

regime giuridico non riconosca loro alcuna *capacité d'exercice*⁶⁹³, al contrario di quanto avviene ormai in maniera più o meno avanzata nei sistemi regionali e universali di tutela dei diritti umani⁶⁹⁴. D'altronde, non bisogna dimenticare che, se i diritti umani sono nati in ambito nazionale, il diritto internazionale umanitario è nato invece “nell'ambiente delle relazioni internazionali e per la tutela di interessi di potenza fortemente caratterizzati dal principio di reciprocità e non già da interessi individuali”⁶⁹⁵. In ragione di tale diversa origine, non può certo stupire la differenza appena rilevata in merito (se non altro) al profilo procedurale della titolarità dei diritti.

Sarà adesso opportuno soffermarsi sull'ambito d'applicazione oggettivo dei due regimi giuridici in esame, vale a dire sull'individuazione dei destinatari degli obblighi. Anche in questo caso, è forse utile distinguere la titolarità dell'obbligo dalle forme di responsabilità ricollegate agli inadempimenti o alle violazioni degli obblighi o dei divieti imposti⁶⁹⁶.

Per quanto riguarda la titolarità degli obblighi, è innanzitutto opportuno notare che le norme in materia di diritti umani pongono degli obblighi “sempre ed esclusivamente in capo agli Stati, proprio perché tali diritti caratterizzano i rapporti fra governo e cittadini”⁶⁹⁷; si tratta, in questo caso, di obblighi *erga omnes*⁶⁹⁸, il cui rispetto può (ma non deve) essere preteso da tutti i membri della Comunità internazionale⁶⁹⁹. Sebbene parte della dottrina sembri ritenere che alcune norme internazionali in materia di diritti umani impongano obblighi direttamente o indirettamente in capo agli individui⁷⁰⁰, si

⁶⁹³ Il diritto alla riparazione in caso di violazioni del diritto internazionale umanitario qualificabili come crimini di guerra attiene, infatti, al diritto internazionale penale piuttosto che al diritto internazionale umanitario stesso.

⁶⁹⁴ Ad ogni modo, come rilevato da parte della dottrina, il fatto che un individuo non possa direttamente far valere un proprio diritto non significa necessariamente che il regime giuridico in esame non riconosca diritti in capo agli individui. Come sottolineato da Provost (R. PROVOST, cit., p. 16):

The agent's lack of procedural capacity to enforce a given right does not necessarily establish the non-existence of that right. [...] Other actors, most often states, can act on behalf of the right-holder at the international level without transforming the nature of that right.

⁶⁹⁵ F. LATTANZI, cit., p. 1993.

⁶⁹⁶ F. MASTROMARTINO, cit., p. 428 ss. In tal senso, si veda anche: R. PROVOST, cit., p. 57 ss.

⁶⁹⁷ G. VENTURINI, cit., p. 54.

⁶⁹⁸ ICJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, par. 33.

⁶⁹⁹ G. VENTURINI, cit., p. 54.

⁷⁰⁰ Si veda, in particolare, quanto affermato da C. Lopes e N. Quéniwet, le quali citano a sostegno della propria tesi, da un lato, l'espressa previsione di doveri degli individui nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e, dall'altro, le limitazioni imposte dalla maggior parte delle convenzioni internazionali al godimento di determinati diritti (come, ad esempio, del diritto d'espressione), le quali

ritiene di poter concordare con Provost, laddove sostiene che “*the normative framework of Human Rights is still geared towards the granting of rights to individuals and the imposition of obligations on the State*”⁷⁰¹.

Il quadro normativo del diritto internazionale umanitario è molto diverso al riguardo. Le norme di tale regime giuridico vincolano, infatti, tutte le parti di un conflitto armato: destinatari degli obblighi sono tanto gli Stati⁷⁰² quanto “qualsiasi autorità o gruppo che dichiara l'accettazione dei relativi obblighi, indipendentemente dalla sua soggettività internazionale”⁷⁰³. Ad ogni modo, ciò che sembra differenziare maggiormente il diritto internazionale umanitario dai diritti umani è l'imposizione di obblighi in capo agli individui⁷⁰⁴, siano essi agenti statali o meno⁷⁰⁵: si pensi, ad esempio, alla possibilità che una norma di diritto internazionale umanitario venga violata da un non combattente, possibilità riconosciuta tanto dalla giurisprudenza del secondo dopoguerra quanto da quella del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia⁷⁰⁶ e di quello per il Ruanda⁷⁰⁷. In particolare, all'indomani della seconda guerra mondiale, il Tribunale militare internazionale di Norimberga ebbe modo di osservare:

That International Law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized. [...] Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities. [...] The very essence of the Charter [of the International Military Tribunal] is that individuals have international duties

imporrebbero all'individuo di godere di tali diritti entro certi limiti, così da prevenire un abuso di potere o di diritto. C. LOPES, N. QUÉNIVET, cit., p. 218 ss.

⁷⁰¹ R. PROVOST, cit., p. 73.

⁷⁰² Ai sensi dell'art. 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e dell'art. 1, n. 1, del I Protocollo addizionale, gli Stati sono tenuti “a rispettare e a far rispettare” le norme di diritto internazionale umanitario in ogni circostanza.

⁷⁰³ G. VENTURINI, cit., p. 54.

⁷⁰⁴ Si vedano, fra gli altri: Y. DINSTEIN, *The International Law of Inter-State Wars and Human Rights*, cit., 139 ss.; R. PROVOST, cit., p. 58 ss.

⁷⁰⁵ Come sottolineato da E. Greppi (E. GREPPI, *The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law*, in *International Review of the Red Cross* 81, 835 (1999), pp. 531-553, p. 542):

The scope of [Article 50 of the First Convention, Article 51 of the Second Convention, Article 130 of the Third Convention and Article 147 of the Fourth Convention] is, in fact, very wide since the word ‘person’ comprises both civilians and combatants, whether the latter are members of official or unofficial forces.

Dello stesso avviso anche: C. LOPES, N. QUÉNIVET, cit., p. 225 ss.; R. PROVOST, cit., p. 58 ss.

⁷⁰⁶ Si veda, fra gli altri: ICTY, *Prosecutor v. Mrksić, Radić, Slijivancanin and Dokmanović*, Case No. IT-95-13a, First Amended Indictment, 3 April 1996.

⁷⁰⁷ Si veda, fra gli altri: ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgment, 2 September 1998.

which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State⁷⁰⁸.

Quanto detto a proposito della titolarità degli obblighi si riflette, naturalmente, sul regime della responsabilità. Occorre innanzitutto rilevare come le norme sulla responsabilità internazionale degli Stati siano applicabili tanto nel caso di violazioni del diritto internazionale umanitario quanto in quello di violazioni dei diritti umani. Per quanto riguarda il diritto internazionale umanitario, specifiche disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1907 (art. 3), di quelle di Ginevra del 1949 (art. 12 della III Convenzione e art. 29 della IV Convenzione) e del I Protocollo addizionale (art. 91) stabiliscono un principio generale di responsabilità degli Stati, ad oggi parte del diritto consuetudinario⁷⁰⁹. Per quanto riguarda i diritti umani, pur in mancanza di simili disposizioni, la regola generale *ex art. 1 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati* trova applicazione, così che “ogni atto internazionalmente illecito di uno Stato comporta la sua responsabilità internazionale”⁷¹⁰.

Una certa differenza tra i due regimi giuridici è però riscontrabile, anche in questo caso, relativamente alla responsabilità dell'individuo. Diversamente dai trattati sui diritti umani, infatti, le Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 49 della I Convenzione, art. 50 della II Convenzione, art. 129 della III Convenzione e art. 146 della IV Convenzione), così come l'art. 86 del I Protocollo addizionale del 1977, pongono in capo agli Stati l'obbligo di adottare una legislazione penale in materia di infrazioni gravi delle Convenzioni e del Protocollo⁷¹¹ e introducono il principio della giurisdizione penale universale, in base al quale “ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai suoi propri tribunali”⁷¹²; tali disposizioni introducono, inoltre, il principio *aut dedere aut judicare*, così che la Parte contraente nel cui territorio si trovino le persone imputate “potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per

⁷⁰⁸ *Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg*, 1 October 1946, p. 80, disponibile presso: werle.rewi.hu-berlin.de/IMTJudgment.pdf.

⁷⁰⁹ R. PROVOST, cit., p. 102 ss.

⁷¹⁰ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

⁷¹¹ Ai sensi dell'art. 146, par. 1, della IV Convenzione di Ginevra, ad esempio, “le Alte Parti contraenti si impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, una delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente” (traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.).

⁷¹² *Ibidem*.

essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, purché questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti”⁷¹³. I due principi appena citati hanno sicuramente contribuito a dare attuazione agli obblighi posti in capo agli individui dal diritto internazionale umanitario. Con la nascita, poi, del moderno diritto internazionale penale (a partire dal processo di Norimberga e grazie all'attività dei tribunali penali internazionali *ad hoc*), il principio della responsabilità penale individuale ha acquisito un peso sempre maggiore nel sistema di repressione delle violazioni di diritto internazionale umanitario⁷¹⁴.

Nel caso dei diritti umani, invece, il ruolo svolto dal principio della responsabilità penale individuale non è certo paragonabile a quanto osservato a proposito del diritto internazionale umanitario. È vero che alcune convenzioni in materia di diritti umani fanno riferimento alla responsabilità penale individuale di coloro che violino le norme delle convenzioni in questione⁷¹⁵, ma si tratta, senza dubbio, di eccezioni nel sistema dei diritti umani: non si può negare, infatti, che la maggior parte delle convenzioni in materia – tanto a livello universale quanto a livello regionale – non pongono in capo agli Stati alcun obbligo di sanzionare penalmente gli individui che violino le norme dei diritti umani, diversamente da quanto previsto dalle norme del diritto internazionale umanitario⁷¹⁶. È anche vero, d'altronde, che il diritto internazionale penale prevede la perseguibilità di crimini contro l'umanità e del crimine di genocidio; tuttavia, la responsabilità penale per crimine di genocidio o crimini contro l'umanità trova fondamento solo in parte nei diritti umani. Infatti, come sottolineato da Provost:

There remains a clear collective dimension to the criminalisation of genocide and crimes against humanity, norms inspired by international human rights but protecting interests which are broader than those embodied in human rights norms⁷¹⁷.

⁷¹³ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁷¹⁴ Non bisogna dimenticare, però, che le infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra e al I Protocollo addizionale sono solo alcune delle violazioni qualificate come crimini di guerra dalle norme di diritto internazionale penale.

⁷¹⁵ Art. IV della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948; art. III della Convenzione internazionale sull'eliminazione e la repressione del crimine di apartheid del 1973; artt. 4-7 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1983; art. 3 della Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1954.

⁷¹⁶ In tal senso, nelle parole di Provost, “*the incorporation of individual penal responsibility in the framework of human rights law [...] remains unusual*”. R. PROVOST, cit., p. 107.

⁷¹⁷ *Ivi*, p. 108. *Contra*: C. LOPES, N. QUÉNIVET, cit., p. 225 ss.

In ultima analisi, dalla comparazione fra diritto internazionale umanitario e diritti umani risulta chiaramente che, nonostante il comune fondamento, l'affinità degli scopi e la progressiva convergenza⁷¹⁸, tali regimi giuridici presentano notevoli differenze tanto in relazione alla titolarità dei diritti quanto avuto riguardo alla titolarità degli obblighi. D'altronde, come si è già avuto modo di vedere, una differenza fondamentale fra i due regimi risiede proprio nel tipo di relazione che ciascuno di essi mira a disciplinare: da un lato, i diritti umani fanno riferimento ai rapporti fra uno Stato e i suoi sudditi; dall'altro, il diritto internazionale umanitario si interessa ai rapporti fra un belligerante e i sudditi nemici (o quelli riconducibili ad altri gruppi o autorità, indipendentemente dalla loro personalità giuridica internazionale⁷¹⁹). Nelle parole di Provost, "*the distinctive normative thrusts of human rights and humanitarian law are reflections both of their context of application and the resulting conceptualisation of the individual*"⁷²⁰.

2. Applicabilità della disciplina dei diritti umani ai casi di occupazione militare

Pur inscrivendosi nell'ambito di un conflitto armato internazionale, l'occupazione militare se ne distanzia notevolmente per alcuni aspetti di un certo rilievo. Perché si possa parlare di occupazione militare, infatti, è necessario che uno Stato eserciti, sul territorio di un altro Stato, il controllo effettivo, inteso come il controllo *de facto*, da cui deriva la capacità dell'occupante di sostituirsi al legittimo sovrano nell'esercizio dell'autorità sul territorio in questione⁷²¹. Così, come si è già avuto modo di accennare, l'occupazione militare si colloca, in un certo senso, a metà strada tra la guerra e la

⁷¹⁸ La questione del rapporto tra diritto internazionale umanitario e diritti umani è emersa negli anni Sessanta e Settanta, a partire dalla Conferenza internazionale sui diritti umani di Teheran del 1968, in occasione della quale le Nazioni Unite si interessarono per la prima volta al diritto internazionale umanitario, considerato, fino a quel momento, incompatibile con lo scopo stesso dell'organizzazione, vale a dire con il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali *ex art. 2, par. 4*, della Carta delle Nazioni Unite; la risoluzione XXIII adottata dalla Conferenza col titolo 'Respect for Human Rights in Armed Conflicts' è generalmente considerata una pietra miliare, poiché simboleggia il mutato atteggiamento delle Nazioni Unite nei confronti del rapporto tra diritti umani e diritto internazionale umanitario. Tale risoluzione è stata poi riaffermata dall'Assemblea generale con una serie di risoluzioni (fra le quali, la ris. 2444 del 1968 intitolata, anch'essa, 'Respect for Human Rights in Armed Conflict', disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=446CF82E4EC3576BC12563CD002D6C67), cui il Segretario generale ha dato seguito con due rapporti dallo stesso titolo. Altrettanto significativa, poi, la Dichiarazione di Turku sui '*Minimum Humanitarian Standards*', adottata da un gruppo di esperti riunitisi in Finlandia nel 1990 (*Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, reprinted in Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its Forty-sixth Session, Commission on Human Rights, 51st Sess., Provisional Agenda Item 19, at 4, U.N. Doc. E/CN.4/1995/116 (1995) (Declaration of Turku)).

⁷¹⁹ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 486 ss.

⁷²⁰ R. PROVOST, cit., p. 344.

⁷²¹ *Supra*, cap. 1, par. 2.2.1. del presente lavoro di ricerca.

pace⁷²²: sebbene il conflitto armato tra lo Stato occupante e quello occupato sia ancora in corso, si assiste, in caso di un'occupazione militare, alla graduale ripresa della vita civile e alla creazione di un particolare rapporto giuridico fra le forze d'occupazione e la popolazione civile del territorio occupato, una relazione che, per quanto indubbiamente influenzata dal conflitto armato ancora in corso, è per certi versi improntata a regole mutate dal diritto applicabile in tempo di pace⁷²³.

Non si può dunque non notare che, come sottolineato da O. Ben-Naftali e Y. Shany, “*the issue of the applicability of human rights standards in occupied territories is one of fundamental theoretical and practical importance*”⁷²⁴. Dal punto di vista puramente teorico, tale questione appare di particolare interesse, da un lato, in quanto strettamente connessa al principio dell'universalità dei diritti umani e, dall'altro, poiché attiene al complesso ma affascinante problema della simultanea applicazione e del coordinamento fra regimi giuridici diversi (in questo caso, diritto internazionale umanitario e diritti umani)⁷²⁵. Dal punto di vista pratico, la rilevanza di tale questione è dovuta ad una serie di ragioni desumibili dalle considerazioni già svolte in relazione ai caratteri distintivi dei due regimi giuridici⁷²⁶, in particolare in materia di titolarità dei diritti: in effetti, pur accettando la teoria che il diritto internazionale umanitario riconosca dei diritti in capo agli individui (i quali sarebbero quindi dotati della *capacité de jouissance*), si è già avuto modo di notare come tale regime giuridico non riconosca loro alcuna *capacité d'exercice*; al contrario, in caso di violazioni dei diritti umani commesse da truppe di uno Stato sul territorio di un altro Stato, potrebbe essere ammesso il ricorso agli strumenti di garanzia previsti in materia di diritti umani, sempre che si riconosca l'extraterritorialità delle convenzioni internazionali in materia⁷²⁷. Occorre poi considerare che i diritti riconosciuti dal diritto internazionale umanitario non sono derogabili e garantiscono, quindi, un certo grado di protezione della popolazione civile anche quando i diritti umani subiscono delle deroghe (come spesso avviene in caso di conflitto armato). Allo stesso tempo, però, non si può non notare come la disciplina dei diritti umani possa rivelarsi preziosa nel colmare alcune lacune del diritto umanitario: i diritti umani non derogabili, infatti, sono applicabili a chiunque si trovi nel territorio

⁷²² Come sottolineato da Campanelli, “*military occupation is indeed an intermediate situation between war and peace*”. D. CAMPANELLI, cit., p. 660.

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ O. BEN-NAFTALI, Y. SHANY, *Living in Denial: the Application of Human Rights Treaties in the Occupied Territories*, in *Israel Law Review* 37 (2003-2004), pp. 17-118, p. 22.

⁷²⁵ *Ibidem*.

⁷²⁶ *Supra*, par. 1 del presente capitolo.

⁷²⁷ *Infra*, par. 2.2. del presente capitolo.

occupato, estendendo così una protezione minima anche alle categorie di persone escluse dall'applicazione del diritto umanitario.

Pur tenendo in debita considerazione le citate peculiarità dell'occupazione militare, sarà opportuno inserire l'analisi dell'applicabilità dei diritti umani nei territori occupati nel contesto del più ampio dibattito sulla loro applicabilità in caso di conflitto armato. Non bisogna infatti dimenticare che l'occupazione militare si iscrive pur sempre nel contesto di un conflitto armato internazionale. D'altronde, quello che viene generalmente definito 'diritto dell'occupazione' altro non è che un insieme di norme di diritto internazionale umanitario volte a disciplinare, nello specifico, l'occupazione militare; la disciplina dell'occupazione è rinvenibile nel Regolamento riguardante le leggi e gli usi della guerra terrestre annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 (artt. 42-56), nella IV Convenzione di Ginevra del 1949 sulla protezione della popolazione civile in tempo di guerra (in particolare, artt. 27-33 e 47-78) e nel I Protocollo addizionale del 1977 (artt. 72 ss.)⁷²⁸. È dunque evidente che molte delle considerazioni relative al rapporto fra diritto internazionale umanitario e diritti umani non possono che valere, in linea di principio, anche per il rapporto fra questi ultimi e il diritto dell'occupazione.

Sarà dunque opportuno soffermarsi sulla questione generale dell'applicabilità dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare. Tale questione può essere analizzata sotto due diversi profili: innanzitutto, occorrerà verificare che i due

⁷²⁸ Occorre innanzitutto notare che tanto la Convenzione di Ginevra quanto il I Protocollo addizionale hanno lo scopo di completare le convenzioni preesistenti, non di sostituirle.

Inoltre, così come riconosciuto dal Tribunale Militare di Norimberga prima (*Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg*, 1 October 1946, p. 80, disponibile presso: werle.rewi.huberlin.de/IMTJudgment.pdf) e dalla Corte internazionale di giustizia poi, le norme del Regolamento dell'Aja corrispondono ormai al diritto consuetudinario internazionale e, come tali, vincolano anche gli Stati che non ne sono parti: per quanto riguarda il diritto internazionale umanitario in generale, nel parere sulle armi nucleari (ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 79), la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto che alcune norme fondamentali del diritto internazionale umanitario vincolano anche gli Stati che non hanno ratificato le Convenzioni in materia; per quanto riguarda, nello specifico, il diritto dell'occupazione, si veda il parere del 2004 sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati (ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 89), così come la sentenza del 2005 nel caso *Congo c. Uganda* (ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 217).

Per quanto attiene, invece, alle quattro Convenzioni di Ginevra, sebbene esse siano ormai universali nell'applicazione, la questione della loro corrispondenza al diritto internazionale consuetudinario è ancora controversa; infine, per quanto attiene al I Protocollo addizionale, è opportuno ricordare che esso vincola soltanto gli Stati che ne sono parti (fra cui non figurano, tra gli altri, gli Stati Uniti ed Israele), sebbene alcuni ritengano che determinate disposizioni riflettano il diritto internazionale consuetudinario e siano, quindi, applicabili a tutti gli Stati. In tal senso si è espressa, ad esempio, la Corte Suprema israeliana nel caso *Targeted Killings (Public Committee against Torture in Israel et al. v. Government of Israel et al. (Targeted Killings case))*, HCJ 769/02, 11, December 2005, par. 30, traduzione in inglese disponibile su: www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Israel/Targetted_Killings_Supreme_Court_13-12-2006.pdf.

regimi giuridici – diritti umani e diritto internazionale umanitario (e, naturalmente, diritto dell'occupazione) – abbiano un eguale ambito d'applicazione *ratione materiae*, che sia cioè possibile applicare le norme poste a tutela dei diritti umani anche nei casi di conflitto armato e occupazione militare⁷²⁹; in secondo luogo, sarà opportuno verificare l'ambito di applicazione *ratione loci* dei diritti umani, vale a dire il profilo dell'extraterritorialità delle principali convenzioni internazionali in materia di diritti umani⁷³⁰. In ragione delle evidenti differenze fra i diritti civili e politici da un lato e quelli economici, sociali e culturali dall'altro, l'analisi si concentrerà innanzitutto sui primi, per poi accennare brevemente alle specificità dei secondi e alla loro applicabilità nei territori occupati.

2.1. Applicabilità *ratione materiae*

Come già accennato, secondo un'impostazione tradizionale del diritto internazionale, esisterebbe una netta distinzione tra il diritto applicabile in tempo di pace e quello applicabile in tempo di guerra; in tal senso, i diritti umani – in quanto appartenenti al c.d. diritto di pace – non troverebbero alcuna applicazione nel corso di un conflitto armato⁷³¹. Tale tesi, d'altronde, è tuttora sostenuta da parte della dottrina⁷³² e da alcuni Stati. Si pensi, ad esempio, allo Stato d'Israele, il quale nega categoricamente la

⁷²⁹ Infatti, come sottolineato da Kolb e Vité (R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 304) :

Il s'agit de savoir si le droit international humanitaire et les droits de l'homme partagent une sphère d'application commune ou s'ils sont mutuellement exclusifs.

⁷³⁰ Nelle parole di Kolb e Vité (*Ibidem*) :

Il faut s'interroger sur la portée territoriale des droits de l'homme, en se demandant si et dans quelle mesure les instruments pertinents peuvent s'étendre en dehors des frontières des Etats obligés.

⁷³¹ Le norme del diritto internazionale umanitario, invece, trovano applicazione in caso di guerra o di conflitto armato, eccezion fatta per alcune norme la cui applicazione è prevista anche in tempo di pace: si pensi, ad esempio, all'art. 144 della IV Convenzione di Ginevra, ai sensi del quale gli Stati parti si impegnano a diffondere, sia tempo di pace che in tempo di guerra, il testo della Convenzione nei rispettivi Paesi e ad includerne lo studio nei programmi di istruzione militare e, se possibile, civile.

Come sottolineato da Ronzitti, però, non occorre trascurare la difficoltà di “stabilire con chiarezza il *dies a quo*”, sia perché è raro che una guerra venga ‘dichiarata’ ex art. 1 della III Convenzione dell'Aja sull'apertura delle ostilità, sia perché la stessa nozione di ‘conflitto armato’ è di difficile definizione. Al riguardo, l'autore cita l'art. 165 del codice penale militare di guerra italiano (emendato con L. 27 febbraio 2002, n. 15), il quale definisce il conflitto armato come “il conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento delle operazioni belliche”. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 152.

⁷³² M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *The American Journal of International Law* 99 (2005), pp. 119-141, p. 141.

possibilità di applicare i diritti umani nei Territori palestinesi occupati, ritenendo che i rispettivi campi d'applicazione *ratione materiae* del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani siano necessariamente distinti; in tal senso, soltanto con la fine dell'occupazione e del regime giuridico ad essa associato i diritti umani potrebbero trovare applicazione nei territori occupati⁷³³. Taluni, poi, ritengono che, pur riconoscendo che la disciplina dei diritti umani possa, in linea di principio, trovare applicazione durante i conflitti armati, il diritto internazionale umanitario debba in ogni caso prevalere, in quanto *lex specialis*, sull'intera disciplina dei diritti umani, con il risultato di negarne l'applicabilità⁷³⁴.

Ad ogni modo, come sottolineato da G. Venturini, "l'affermazione che il diritto internazionale umanitario si applica in tempo di guerra o di conflitto armato [...] mentre i diritti umani trovano normalmente applicazione in tempo di pace appare, oggi, quanto meno semplicistica"⁷³⁵. Gli sviluppi giurisprudenziali⁷³⁶ e dottrinali⁷³⁷ degli ultimi anni permettono invece di affermare che l'applicabilità *ratione materiae* della disciplina dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare è ormai generalmente accettata. Si pensi al parere del 1996 sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, in cui la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto come la protezione garantita dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici non cessi in tempo di guerra⁷³⁸; allo stesso modo, nel parere del 2004 sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati, la Corte ha ribadito che la tutela assicurata dalle convenzioni internazionali sui diritti umani non cessa

⁷³³ *Second periodic report of Israel on the implementation of the ICCPR*, 4 December 2002, CCPR/C/ISR/2001/2 *inter alia*, disponibile presso: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.

⁷³⁴ Secondo Dennis (M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, cit., p. 141):

Doctrinal clarity is likely to advance respect for human rights in conflict situations. This does not mean, however, that more law is necessarily better, or that the two branches of law – human rights and humanitarian law – should overlap. The obligations assumed by States under the main international human rights instruments were [not] intended to replace the *lex specialis* of international humanitarian law.

⁷³⁵ G. VENTURINI, cit., p. 52.

⁷³⁶ Per la giurisprudenza rilevante, si vedano, in particolare: ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 179; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 105 ss.

⁷³⁷ Si vedano, fra gli altri: Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 67 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 401 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 304 ss.; F. LATTANZI, cit., p. 1986 ss.; G. VENTURINI, cit., p. 52 ss.; E. GREPPI, *To what extent do the international rules on human rights matter?*, cit., p. 41.

⁷³⁸ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25.

nell'eventualità di conflitto armato, salvo che lo Stato in questione non adotti una deroga *ex art. 4 del Patto*⁷³⁹, sottolineando come possa, di conseguenza, verificarsi il caso di uno specifico diritto tutelato allo stesso tempo dal diritto internazionale umanitario e dai diritti umani⁷⁴⁰. Soltanto un anno dopo, la Corte ha ribadito la propria posizione nel caso *Congo c. Uganda*. Prendendo come punto di partenza proprio il diritto dell'occupazione, essa ha infatti sottolineato come l'obbligo di rispettare i diritti umani sia imposto alla Potenza occupante dallo stesso art. 43 del Regolamento dell'Aja, ai sensi del quale l'occupante "prenderà tutte le misure che dipendono da lui allo scopo di ristabilire e di assicurare, per quanto possibile, l'ordine e la vita pubblica, rispettando, salvo impedimento assoluto, le leggi in vigore nel paese"⁷⁴¹: secondo la Corte, l'espressione 'leggi in vigore' farebbe riferimento a tutte le norme applicabili nel territorio occupato, incluse, quindi, quelle dei diritti umani⁷⁴².

Non ci si può inoltre esimere dal notare come altre disposizioni di diritto internazionale umanitario sembrano confermare la tesi favorevole all'applicazione dei diritti umani nei territori occupati. In tal senso sembrerebbe propendere, ad esempio, l'art. 72 del I Protocollo addizionale, ai sensi del quale le disposizioni del Protocollo relative al trattamento delle persone in potere di una parte in conflitto completano non solo le norme della IV Convenzione di Ginevra ma anche tutte le altre norme applicabili che regolino la protezione dei diritti fondamentali dell'uomo durante un conflitto armato

⁷³⁹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 106.

⁷⁴⁰ In particolare, la Corte ha osservato (*ivi*, par. 106):

Some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.

⁷⁴¹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁷⁴² In tal senso, la Corte ha osservato (ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 178):

The Court thus concludes that Uganda was the occupying Power in Ituri at the relevant time. As such it was under an obligation, according to Article 43 of the Hague Regulations of 1907, to take all the measures in its power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety in the occupied area, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the DRC. This obligation comprised the duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party.

internazionale⁷⁴³. Si pensi, poi, all'art. 75 dello stesso Protocollo, ai sensi del quale nessuna disposizione di tale articolo "potrà essere interpretata nel senso di limitare o ledere ogni altra disposizione più favorevole che accordi, in virtù delle regole del diritto internazionale applicabile, una maggiore protezione alle persone comprese nel par. 1",⁷⁴⁴.

L'applicabilità dei diritti umani in caso di conflitto armato o occupazione militare trova altresì conferma nella stessa disciplina internazionale in materia di diritti umani⁷⁴⁵. Per quanto riguarda il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, nulla nell'art. 2, par. 1, sembra indicare che il Patto trovi applicazione soltanto in tempo di pace⁷⁴⁶; lo stesso Comitato dei diritti umani ha rigettato tale interpretazione, precisando che il Patto si applica anche in situazioni di conflitto armato rispetto alle quali il diritto internazionale umanitario trova applicazione e giungendo, poi, a rilevare la complementarità dei due regimi giuridici:

The Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be specially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive⁷⁴⁷.

Per quanto riguarda, invece, i sistemi regionali di promozione e protezione dei diritti umani, occorre osservare come tanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e

⁷⁴³ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, cit., p. 19 ss.; D. CAMPANELLI, cit., p. 657; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 307; Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN, cit., I Additional Protocol, Article 72.

⁷⁴⁴ Traduzione dell'art. 75 del I Protocollo addizionale tratta da: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁷⁴⁵ Infatti, come sottolineato da Kolb e Vité, "*un cheminement fondé sur la délimitation du champ d'application des instruments relevant des droits de l'homme permet d'aboutir à une conclusion similaire*". R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 307.

⁷⁴⁶ Infatti, ai sensi di tale disposizione:

Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

⁷⁴⁷ HRC, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004, par. 11, disponibile su www.refworld.org/docid/478b26ae2.html.

delle libertà fondamentali⁷⁴⁸, quanto la Convenzione interamericana dei diritti umani⁷⁴⁹ e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli⁷⁵⁰ abbiano un ambito d'applicazione *ratione materiae* sufficientemente ampio da includere anche le situazioni di conflitto armato e occupazione militare⁷⁵¹; d'altronde, l'applicabilità dei diritti in esse garantiti ai casi di occupazione o conflitto armato è stata più volte riconosciuta nelle pronunce degli organi giurisdizionali competenti⁷⁵².

Vale inoltre la pena di rilevare come alcune convenzioni in materia di diritti umani contengano delle disposizioni specificamente applicabili in caso di conflitto armato. È questo il caso, ad esempio, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo: non solo, ai sensi dell'art. 38, par. 1, gli Stati parti si impegnano a rispettare e a far rispettare, in caso di conflitto armato, le regole del diritto internazionale umanitario in materia di protezione dei fanciulli loro applicabili, ma il Protocollo facoltativo sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati prevede altresì una serie di obblighi che gli Stati parti si impegnano a rispettare tanto in tempo di pace quanto in caso di conflitto armato⁷⁵³.

Non bisogna inoltre dimenticare come alcuni trattati in materia di diritti umani prevedano espressamente la possibilità che, a determinate condizioni⁷⁵⁴, gli Stati parti

⁷⁴⁸ Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti umani, “*the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*”.

⁷⁴⁹ Ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Convenzione inter-americana dei diritti umani:

The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.

⁷⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, “*les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer*”.

⁷⁵¹ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 308.

⁷⁵² ECHR, *Loizidou v. Turkey* (GC), No. 15318/89, Preliminary Objection, 23 March 1995, par. 62; ECHR, *Loizidou v. Turkey* (GC), No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996, par. 52; ECHR, *Cyprus v. Turkey*, No. 25781/94, Judgment, 10 May 2000, par. 76; Inter-American Commission of Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina (La Tablada case)*, Case 11.137, 18 November 1997; Inter-American Court of Human Rights, *Las Palmeras*, Series C, No. 67, Preliminary Objections, 4 February 2000, par. 28 ss.

⁷⁵³ La stessa Corte internazionale di giustizia ne ha riconosciuto l'applicabilità nel caso delle attività armate nel territorio del Congo. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 217.

⁷⁵⁴ Art. 4 del Patto; art. 15 della Convenzione europea; art. 27 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo.

adottino delle deroghe ai diritti garantiti, ad eccezione di quelli cc.dd. inderogabili⁷⁵⁵. Ora, se l'ambito d'applicazione *ratione materiae* di tali trattati fosse davvero limitato al tempo di pace, la previsione di un sistema di eccezione come quello delle deroghe apparirebbe, senz'altro, priva di senso⁷⁵⁶; d'altra parte, tanto la Convenzione europea quanto quella americana fanno espresso riferimento alla guerra fra le situazioni suscettibili di giustificare l'adozione di una deroga⁷⁵⁷. Inoltre, non si può non notare come la stessa individuazione di un "noyau dur"⁷⁵⁸ di diritti inderogabili dimostri l'intenzione di far sì che una parte di diritti civili e politici rimanga applicabile in tutte le circostanze, tanto in tempo di pace quanto in tempo di guerra o conflitto armato (e occupazione militare). Dunque, come sottolineato da autorevole dottrina :

Le régime dérogatoire doit être compris comme une exception par rapport à la règle que les conventions relatives aux droits civils et politiques doivent être respectées en tous temps, y compris dans les situations dans lesquelles le droit international humanitaire est également applicable⁷⁵⁹.

Un ulteriore argomento a sostegno dell'applicabilità delle norme internazionali dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare è rinvenibile nella prassi degli Stati (a parte rare eccezioni rappresentate essenzialmente dagli Stati Uniti e da Israele), ricavabile dalle prese di posizione degli organi delle Nazioni Unite. L'Assemblea Generale si è ripetutamente occupata della questione, adottando una serie di risoluzioni dedicate al rispetto dei diritti umani durante i conflitti armati, fra le quali la ris. 2675 (XXV) del 1970 relativa ai principi fondamentali sulla protezione della popolazione civile nei conflitti armati, in cui l'Assemblea afferma che i diritti umani fondamentali continuano ad essere applicabili anche in situazioni di conflitto armato⁷⁶⁰. A partire dal 1999, poi, anche il Consiglio di Sicurezza ha affrontato la questione:

⁷⁵⁵ Nel sistema del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, si tratta del diritto alla vita, del divieto di tortura e di altri trattamenti o pene inumani e degradanti, del divieto di schiavitù e servitù, del principio *nulla poena sine lege*, del riconoscimento della personalità giuridica, del divieto di incarcerazione per inadempimento di un obbligo contrattuale e della libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 4). Anche la Convenzione europea (art. 15) e quella americana (art. 27) prevedono la possibilità di adottare delle deroghe, ma la lista dei diritti inderogabili varia da un sistema all'altro. Sul punto, si veda: R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 309 ss.

⁷⁵⁶ *Ivi*, p. 310.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

⁷⁵⁸ *Ibidem*.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

⁷⁶⁰ General Assembly, Resolution 2675 (XXV)/1970, Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts, A/RES/2675, 9 December 1970, disponibile presso: daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/40/IMG/NR034940.pdf?OpenElement.

esprimendo la propria preoccupazione circa l'inosservanza del diritto internazionale umanitario, dei diritti umani e del diritto dei rifugiati durante i conflitti armati, il Consiglio ha spesso chiesto alle parti interessate di osservare rigorosamente tali norme, in particolare quelle racchiuse nelle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel Protocollo addizionale del 1977⁷⁶¹. Il Segretario Generale, inoltre, ha adottato un certo numero di rapporti sulla protezione dei civili nei conflitti armati: nel rapporto dell'8 settembre 1999, ad esempio, egli ha ribadito che il diritto internazionale umanitario e le norme in materia di diritti umani forniscono degli standard precisi sui doveri dei combattenti e sui diritti dei civili e delle altre persone protette nel corso di un conflitto armato, ricordando anche l'esistenza di un nucleo duro di diritti inderogabili che non possono essere sospesi in caso di emergenza pubblica⁷⁶².

Alla luce dell'analisi fin qui svolta, si ritiene dunque di potere concludere che diritti umani e diritto internazionale umanitario non si escludono a vicenda ma, al contrario, possono essere contestualmente applicati in caso di conflitto armato⁷⁶³. Così, come rilevato da F. Lattanzi:

È ormai datato il tentativo di trovare un criterio scriminante fra le due discipline nella superficiale affermazione che il diritto internazionale umanitario si applicherebbe in tempo di conflitto armato, mentre i diritti dell'uomo si applicherebbero in tempo di pace. [...] Le norme in materia di diritti dell'uomo proteggono dunque ogni persona umana, a prescindere dal suo *status*, in ogni situazione, in tempo di pace come in tempo di conflitto armato e di conflitto armato di qualsiasi natura⁷⁶⁴.

Ad ogni modo, nel caso specifico dell'occupazione militare, una volta riconosciuta l'applicabilità delle norme internazionali in materia di diritti umani, occorre anche chiedersi quali norme trovino applicazione. In altri termini, occorre domandarsi se le

⁷⁶¹ Si veda, in particolare: Security Council, Res. 1265 on the Protection of Civilians in Armed Conflicts, S/RES/1265, 17 September 1999, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/54C4EBF2D22090720525681100532442.

⁷⁶² *Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, S/1999/957, 8 September 1999, disponibile presso: www.un.org/Docs/sc/committees/sanctions/s99957.pdf.

⁷⁶³ In tal senso, d'altronde, propende anche il Comitato internazionale della Croce Rossa nel suo studio sul diritto consuetudinario. ICRC, *Customary International Humanitarian Law Database*, Introduction to Fundamental Guarantees, disponibile su www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

⁷⁶⁴ F. LATTANZI, cit., p. 1994.

norme dei diritti umani applicabili siano, oltre a quelle consuetudinarie⁷⁶⁵, quelle convenzionali vincolanti lo Stato occupato o, piuttosto, quelle vincolanti la Potenza occupante. Naturalmente, *nulla quaestio* nel caso in cui gli Stati interessati siano parti delle medesime convenzioni: nel caso *Congo c. Uganda*, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto l'applicabilità di svariati trattati, avendo cura di precisare che, nel caso di specie, si trattava di trattati vincolanti entrambi gli Stati⁷⁶⁶. Tuttavia, non sono poi così rari i casi di occupazione militare in cui Potenza occupante e Stato occupato non sono parte delle medesime convenzioni. In tale eventualità, dottrina e prassi sembrano propendere verso l'applicazione di tutti i trattati vincolanti sia l'uno che l'altro Stato, sebbene tale soluzione non possa che destare qualche perplessità: da un lato, infatti, imporre allo Stato occupante il rispetto di convenzioni di cui non sia parte sembra confliggere col principio fondamentale del consenso a vincolarsi; dall'altro lato, obbligare l'occupante a rispettare le convenzioni da esso stesso ratificate anche nei territori occupati comporterebbe l'imposizione alla popolazione locale di norme cui essa non ha mai acconsentito⁷⁶⁷. Vale però la pena di ricordare che, per quanto riguarda le convenzioni sui diritti umani ratificate dallo Stato occupato, l'obbligo di rispettarle sembra essere imposto alla Potenza occupante dallo stesso diritto dell'occupazione⁷⁶⁸: come rilevato dalla Corte internazionale di giustizia nel già citato caso *Congo c. Uganda*, infatti, l'espressione 'leggi in vigore' ex art. 43 del Regolamento dell'Aja (cui si è già avuto modo di accennare) può essere interpretata nel senso di includere tutte le norme applicabili nel territorio occupato, ivi comprese quelle internazionali in materia di diritti umani⁷⁶⁹. D'altra parte, una simile interpretazione sembra conforme, da un lato, alla stessa "natura delle convenzioni sui diritti umani, le quali, stabilendo obblighi *erga omnes*, tutelano valori che l'ordinamento internazionale

⁷⁶⁵ Non sembra che vi sia alcun ostacolo all'applicazione delle norme consuetudinarie: è stato osservato, infatti, come i diritti e libertà fondamentali (come il diritto alla vita, la libertà da detenzioni arbitrarie o il divieto di tortura) vincolino tutti gli Stati in ragione della loro natura consuetudinaria. Si vedano, fra gli altri: N. LUBELL, cit., p. 334 ss.; R.B. LILLICH, *The growing importance of customary international human rights law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25, 1 (1996), pp. 1-30, pp. 5-6; ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, par. 153-157; ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, No. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, par. 60-61; HRC, *General Comment No. 24 on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant of the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant*, cit., par. 8.

⁷⁶⁶ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 217.

⁷⁶⁷ N. LUBELL, cit., p. 334 ss.; A.M. GROSS, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, in *The European Journal of International Law* 18, 1 (2007), pp. 1-35, p. 7 ss.

⁷⁶⁸ N. LUBELL, cit., p. 334 ss.; A. ANNONI, cit., p. 110 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 314.

⁷⁶⁹ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 178.

ha interesse a conservare, se del caso, anche flettendo il tradizionale principio del consenso a vincolarsi”⁷⁷⁰, e, dall’altro, al principio di continuità degli obblighi in materia di diritti umani riconosciuto dal Comitato dei diritti umani nel Commento generale n. 26 in relazione agli Stati successori⁷⁷¹. Per quanto riguarda, poi, le norme vincolanti solo l’occupante, nonostante le già citate perplessità, la giurisprudenza in materia di applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani sembra confermarne l’applicabilità anche nei territori occupati⁷⁷².

2.2. Applicabilità *ratione loci*

La questione dell’ambito di applicazione territoriale (o *ratione loci*) delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani è particolarmente rilevante in caso di occupazione militare, poiché la Potenza occupante si trova ad esercitare la propria autorità al di fuori dei propri confini, sul territorio di un altro Stato. Tale questione è però, ancora oggi, oggetto di controversia. Alcuni Stati, infatti, continuano a negare che l’obbligo di rispettare e garantire il rispetto di tali norme valga anche nei confronti di

⁷⁷⁰ A. ANNONI, cit., p. 121. Si veda anche quanto affermato da N. Lubell, secondo il quale, in tali casi, non si tratterebbe certo di obbligare l’occupante a rispettare norme cui non abbia acconsentito ma ci si limiterebbe, piuttosto, ad imporre il rispetto del diritto dell’occupazione, il quale, a sua volta, impone il rispetto delle “leggi in vigore” nel territorio occupato. N. LUBELL, cit., p. 324 ss. Nello stesso senso, Kolb e Vité, i quali sottolineano che “*l’application du droit international humanitaire conditionne ici par renvoi l’applicabilité des droits de l’homme*”. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 314.

⁷⁷¹ In particolare, il Comitato (HRC, *General Comment No. 26: continuity of obligations*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 December 1997, par. 4, disponibile su: www.refworld.org/docid/453883fde.html) ha affermato quanto segue:

The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State party. [...] Once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant.

Si veda anche: F. POCAR, *Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 279-293.

Naturalmente, si potrebbero nutrire dei dubbi sulla possibilità di applicare tale interpretazione con riferimento ad una Potenza occupante, dal momento che si tratterebbe dell’esercizio di un’autorità meramente temporanea piuttosto che di una successione tra Stati. Cfr. N. LUBELL, cit., p. 334 ss.

Ad ogni modo, si può forse concordare con A. Annoni, laddove ritiene che, “nel caso dell’occupazione, si [verifichi] una sorta di ‘successione funzionale’ [nel senso che] l’occupante [...] ‘succede’ allo Stato occupato nell’esercizio dei poteri di governo”. A. ANNONI, cit., p. 122 (nota 66).

⁷⁷² *Infra*, par. 2.2. del presente capitolo.

persone che si trovino al di fuori del loro territorio⁷⁷³, sebbene alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali⁷⁷⁴ – almeno in materia di diritti civili e politici – abbiano riconosciuto l'applicazione extraterritoriale delle principali convenzioni in materia di diritti umani⁷⁷⁵.

Sarà dunque opportuno soffermarsi sulla giurisprudenza rilevante in materia di applicazione extraterritoriale delle principali convenzioni internazionali sui diritti umani: a tal fine, l'analisi si concentrerà, innanzitutto, sul Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e, in un secondo momento, sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per poi trarre delle brevi considerazioni conclusive alla luce dei più recenti contributi dottrinali.

2.2.1. Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici

L'ambito di applicazione *ratione loci* del Patto delle Nazioni Unite del 1966 è definito dall'art. 2, par. 1, ai sensi del quale gli Stati parti si impegnano a rispettare e garantire a tutti gli individui che si trovino sul loro territorio e siano sottoposti alla loro giurisdizione i diritti riconosciuti sanciti nel Patto. Da una lettura in chiave letterale di tale disposizione, i due criteri del territorio e della giurisdizione sembrerebbero essere cumulativi⁷⁷⁶, così che il Patto trovi applicazione solo con riferimento agli individui presenti sul territorio di uno Stato parte e sottoposti alla sua giurisdizione; secondo questa interpretazione, dunque, si dovrebbe necessariamente escludere l'applicazione

⁷⁷³ Si veda, ad esempio, il rapporto periodico presentato dagli Stati Uniti al Comitato dei diritti umani nel 2003 (CCPR/C/USA/3, Annex I, disponibile presso: www.state.gov/documents/organization/124143.pdf), in cui – in relazione al Patto sui diritti civili e politici, si afferma:

Article 2(1) of the Covenant states that '[e]ach State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind'. Hence, based on the plain and ordinary meaning of its text, this Article establishes that States Parties are required to ensure the rights in the Covenant only to individuals who are both within the territory of a State Party and subject to that State Party's sovereign authority.

⁷⁷⁴ Si sceglie, da ora in avanti, di riferirsi alle pronunce del Comitato dei diritti umani con il termine 'giurisprudenza' pur nella consapevolezza della natura peculiare di tale organo di controllo del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici.

⁷⁷⁵ Si vedano, in particolare: HRC, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004, par. 10, disponibile su www.refworld.org/docid/478b26ae2.html; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 107 ss.; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 205 ss.; Committee Against Torture, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture (United States Of America)*, CAT/C/USA/CO/2, par. 14-15, disponibile presso: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.USA.CO.2.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.USA.CO.2.En?Opendocument).

⁷⁷⁶ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 315.

extraterritoriale del Patto nei territori occupati. Tale tesi, sostenuta da parte della dottrina⁷⁷⁷, sembra trovare conferma anche nei lavori preparatori del Patto⁷⁷⁸: è infatti ragionevole ritenere che l'emendamento proposto dagli Stati Uniti nel maggio del 1950 al fine di inserire nel testo del suddetto articolo l'espressione "*within its territory*" rappresentasse proprio il tentativo di evitare che il Patto trovasse applicazione relativamente agli atti delle forze armate statunitensi nei territori occupati di Germania, Austria e Giappone⁷⁷⁹; d'altra parte, tanto l'emendamento presentato dal rappresentante francese nel giugno del 1952 al fine di eliminare il riferimento al territorio degli Stati parte⁷⁸⁰ quanto l'ulteriore proposta in tal senso avanzata nel 1963⁷⁸¹ furono respinti in sede di votazione.

Com'è noto, tuttavia, il Comitato dei diritti umani ha ritenuto di interpretare la disposizione in esame nel senso di permettere una lettura disgiunta dei due criteri "*within its territory*" e "*subject to its jurisdiction*". Nell'interpretare l'ambito d'applicazione del Patto ai sensi dell'art. 2, par. 1, il Comitato ha infatti affermato:

The enjoyment of Covenant rights [...] applies to those within the power *or* effective control of the forces of a State party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained⁷⁸².

⁷⁷⁷ M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, cit., p. 122 ss.; E. SCHWELB, *Civil and Political Rights – The International Measures of Implementation*, in *American Journal of International Law* 62 (1968), p. 827 ss.

⁷⁷⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 553 ss.; M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, cit., p. 123; M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2nd Revised edition, Arlington-N.P. Engel, Kehl-Strasbourg, 2005, p. 41 ss. *Contra*: D. MCGOLDRICK, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, pp. 41-72, p. 44 ss. Di avviso contrario anche la Corte internazionale di giustizia, la quale ha avuto modo di affermare che "*the travaux préparatoires of the Covenant confirm the Committee's interpretation of Article 2 of that instrument*". ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 109.

⁷⁷⁹ Ciò si evince dalla presa di posizione del rappresentante degli Stati Uniti, Eleonor Roosevelt, all'atto di presentazione dell'emendamento. *Summary Record of the Hundred and Ninety-Third Meeting*, Human Rights Commission, 6th session, 193rd meeting, UN Doc. E/CN.4/SR.193, 1950 (Statements of Eleonor Roosevelt).

⁷⁸⁰ *Summary Record of the Three Hundred and Twenty-Ninth Meeting*, Human Rights Commission, 8th session, UN Doc. E/CN.4/SR.329, 27 June 1952.

⁷⁸¹ *Official Records of the General Assembly, 18th session, Third Committee, Social and Humanitarian and Cultural Questions, Summary Records of Meetings 17 September-11 December 1963*, United Nations, UN Doc.A/C3/SR.1211-1287.

⁷⁸² HRC, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, cit., par. 10 [corsivo aggiunto].

Allo stesso modo, in alcune Osservazioni conclusive relative a diversi Stati parti⁷⁸³, il Comitato ha ribadito l'applicabilità extraterritoriale del Patto, tanto nel caso di occupazione militare quanto in quello di truppe operanti all'estero nell'ambito di un'operazione di pace⁷⁸⁴. In tal senso, si può ritenere che il Comitato abbia inteso interpretare l'art. 2, par. 1, nel senso di consentire l'applicazione extraterritoriale del Patto anche relativamente alla condotta di uno Stato parte su di un territorio del quale non detenga il controllo effettivo, purché un individuo si trovi in potere di tale Stato parte⁷⁸⁵. Si pensi, ad esempio, al caso *López Burgos*, in cui il Comitato ha osservato:

It 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. [...] The reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever occurred⁷⁸⁶.

Secondo parte della dottrina, l'approccio adottato dal Comitato (seppure non conforme alla lettera dell'art. 2, par. 1, né confermato dall'analisi dei lavori preparatori) potrebbe essere interpretato ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, ai sensi del quale l'interprete dovrà tenere conto, oltre che del contesto, anche di qualsiasi prassi successivamente seguita dalle parti nell'applicazione del trattato mediante la quale si sia formato un accordo sull'interpretazione del trattato stesso: sebbene tale disposizione faccia generalmente riferimento alla prassi successiva degli Stati parti di un trattato, è forse possibile ritenere che, nel caso del Patto, gli Stati parti abbiano inteso delegare al Comitato – quale

⁷⁸³ Si vedano, fra gli altri: *Concluding Observations of Human Rights Committee: Germany*, CCPR/CO/80/DEU, 4 May 2004, par. 11; *Concluding Observations of Human Rights Committee: Israel*, CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, par. 10; *Concluding Observations of Human Rights Committee: Israel*, CCPR/C/78/ISR, 21 August 2003, par. 11; *Concluding Observations: Morocco*, CCPR/C/79/Add.113, 1 November 1999, par 9; *Concluding Observations: Morocco*, CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, par. 8, 18 (Western Sahara).

⁷⁸⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp. 557-558.

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

⁷⁸⁶ In particolare, il caso riguardava la presunta tortura di un individuo da parte di forze di sicurezza uruguaiane prima in territorio argentino e poi in Uruguay. HRC, *López Burgos v. Uruguay*, No. 52/1979, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 July 1981, par. 12.2-12.3 [corsivo aggiunto].

organo di controllo del Patto stesso – la funzione di interpretazione autentica delle norme convenzionali⁷⁸⁷.

Non bisogna d'altronde dimenticare che la stessa Corte internazionale di giustizia si è espressa a favore dell'applicazione extraterritoriale del Patto, sia nel parere consultivo sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati⁷⁸⁸ sia nel caso *Congo c. Uganda*⁷⁸⁹. In particolare, nel parere consultivo del 2004, la Corte ha affermato:

While the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions⁷⁹⁰.

La dottrina⁷⁹¹, a parte rare eccezioni⁷⁹², sembra condividere l'approccio del Comitato, sottolineando come l'interpretazione dei due criteri (“*within its territory*” e “*subject to its jurisdiction*”) quali condizioni cumulative possa condurre a dei risultati contrari all'oggetto e allo scopo del trattato o manifestamente assurdi: da un lato, infatti, alcuni dei diritti garantiti dal Patto non possono che trovare applicazione relativamente alla situazione di individui che si trovino al di fuori dei confini di uno Stato parte⁷⁹³; dall'altro, appare impensabile, ad esempio, che l'individuo che eserciti il diritto a lasciare il proprio Paese (sancito dall'art. 12, par. 2, del Patto) si trovi poi privato, per il

⁷⁸⁷ D. MCGOLDRICK, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., p. 44 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 559.

⁷⁸⁸ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 107 ss.

⁷⁸⁹ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 205 ss.

⁷⁹⁰ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 109.

⁷⁹¹ Si vedano, fra gli altri: Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 553 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 315 ss.; D. MCGOLDRICK, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., p. 44 ss.; T. BUERGENTHAL, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, pp. 72-91, p. 73 ss.; T. MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *American Journal of International Law* 89, 1 (1995), pp. 78-82, p. 79 ss.

⁷⁹² M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, cit., p. 122 ss.; M. NOWAK, cit., p. 41 ss.

⁷⁹³ Si pensi all'art. 12, par. 4, del Patto, il quale sancisce il diritto di entrare nel proprio paese o all'art. 14, par. 3, lett. d, che vieta i processi penali in contumacia: per quanto riguarda quest'ultimo, in particolare, è stato osservato che “*interpreting the Covenant as providing that a criminal defendant is entitled to protection against in absentia trials only when he is in the territory of the state, but not when he is outside, is patently absurd*”. T. BUERGENTHAL, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, cit. p. 74.

fatto stesso di non trovarsi più nel territorio dello Stato parte in questione, di tutti gli altri diritti garantiti dal Patto, incluso quello di rientrare nel proprio Paese (*ex art. 12, par. 4, del Patto*)⁷⁹⁴.

Si ritiene, dunque, di poter concordare con la dottrina maggioritaria, laddove riconosce – in linea con l’interpretazione fornita dal Comitato dei diritti umani – l’applicabilità extraterritoriale del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, tanto nel caso di occupazione militare quanto in quello in cui un individuo si trovi in potere dello Stato parte in questione⁷⁹⁵. In particolare, in materia di occupazione militare, il Comitato ha avuto modo di esprimersi a più riprese sull’applicabilità delle disposizioni del Patto nei Territori palestinesi occupati, rilevando “*the long-standing presence of Israel in these territories, Israel’s ambiguous attitude towards their future status, as well as the exercise of effective jurisdiction by Israeli security forces therein*”⁷⁹⁶.

2.2.2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali

Ai sensi dell’art. 1 della Convenzione europea, “le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione”⁷⁹⁷. La Convenzione, dunque, definisce espressamente il proprio ambito d’applicazione *ratione loci* in termini di giurisdizione. Il problema che si pone, però, è quello di stabilire cosa si intenda per ‘giurisdizione’ e se tale nozione sia sufficientemente ampia da permettere l’applicazione delle disposizioni della Convenzione anche alla condotta degli organi di uno Stato parte al di

⁷⁹⁴ D’altronde, relativamente all’art. 12, par. 2, del Patto, il Comitato stesso (HRC, *Samuel Lichtensztein v. Uruguay*, No. 77/1980, UN Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), 1983, par. 6.1) ha avuto modo di notare:

The issue of a passport to a Uruguayan citizen is clearly a matter within the jurisdiction of the Uruguayan authorities and he is ‘subject to the jurisdiction’ of Uruguay for that purpose. [...] Therefore, article 2 (1) of the Covenant could not be interpreted as limiting the obligations of Uruguay under article 12(2) to citizens within its own territory.

⁷⁹⁵ Si vedano, fra gli altri: Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 553 ss.; T. BUERGENTHAL, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, cit. p. 73 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 315 ss.; Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, in *The Law & Ethics of Human Rights* 7, 1 (2013), pp. 47-71, p. 65 ss.; M. SCHEININ, *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., p. 75 ss.; T. MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, cit., p. 79 ss.

⁷⁹⁶ HRC, *Concluding Observations on Israel*, CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, par. 10.

⁷⁹⁷ Traduzione italiana disponibile presso: www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf.

fuori dei confini dello Stato stesso. Un ulteriore problema consiste poi nella difficoltà di stabilire se le disposizioni della Convenzione siano applicabili anche nei casi in cui uno Stato parte agisca sul territorio di uno Stato terzo: in tal caso, infatti, “l’applicazione extraterritoriale degli obblighi pattizi si rifletterebbe in una parallela estensione della portata geografica dell’accordo”⁷⁹⁸. Tali questioni sono, *ça va sans dire*, particolarmente rilevanti nell’ambito di un lavoro di ricerca sull’occupazione militare: ai fini della protezione della popolazione civile nei territori occupati, è infatti necessario chiedersi se uno Stato parte della Convenzione europea il quale si trovi ad occupare militarmente il territorio di un altro Stato (che sia parte della Convenzione o meno) sia tenuto a rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione anche nei confronti della popolazione civile del territorio occupato.

In linea di principio, l’approccio della Corte europea dei diritti umani si differenzia notevolmente da quello del Comitato dei diritti umani, nella misura in cui tende ad adottare una concezione prettamente territoriale della nozione di giurisdizione; allo stesso tempo, però, essa riconosce delle eccezioni a tale principio⁷⁹⁹, in relazione alle situazioni in cui le truppe di uno Stato parte stazionino sul territorio di un altro Stato parte (come nel caso della Turchia a Cipro del Nord⁸⁰⁰ o della Russia in Transnistria⁸⁰¹), così come relativamente agli atti degli agenti diplomatici di uno Stato parte⁸⁰² e ai casi di rapimento all’estero⁸⁰³. Secondo parte della dottrina⁸⁰⁴, dall’analisi della giurisprudenza della Corte è possibile individuare due principali titoli di giurisdizione extraterritoriale.

Il primo titolo di giurisdizione extraterritoriale individuato dalla Corte è rinvenibile già in alcuni dei casi trattati dalla “defunta”⁸⁰⁵ Commissione europea dei diritti umani⁸⁰⁶

⁷⁹⁸ A. ANNONI, cit., p. 115.

⁷⁹⁹ Si vedano, fra gli altri: *ivi*, p. 110 ss.; M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *The European Journal of International Law* 23, 1 (2012), pp. 121-139, p. 122; B. MILTNER, *Broadening the scope of extraterritorial application of the European Convention on Human Rights?*, in *European Human Rights Law Review* 2 (2007), pp. 172-182, p. 172.

⁸⁰⁰ ECHR, *Loizidou v. Turkey* (GC), No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996, par. 39 ss.

⁸⁰¹ ECHR, *Ilascu et al. v. Moldova and Russia* (GC), No. 48787/99, Judgment, 8 July 2004, par. 300 ss.

⁸⁰² European Commission on Human Rights, *X v. The Federal Republic of Germany*, No. 1611/62, Decision on Admissibility, 25 September 1965, par. 168 ss.

⁸⁰³ ECHR, *Öcalan v. Turkey* (GC), No. 46221/99, Judgment, 12 May 2005, par. 91.

⁸⁰⁴ N. LUBELL, cit., p. 318 ss.; M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, cit., p. 122; B. MILTNER, *Broadening the scope of extraterritorial application of the European Convention on Human Rights?*, cit., p. 173 ss. Nello stesso senso, la stessa Corte europea nel caso *Al-Skeini*. ECHR, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* (GC), No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, par. 130 ss.

⁸⁰⁵ M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, cit., p. 122.

⁸⁰⁶ Si veda, ad esempio, quanto affermato dalla Commissione in un caso del 1992 (*M. v. Denmark*, No.17392/90, Decision, 14 October 1992, par. 1):

ed è designato dalla stessa Corte e dalla dottrina con l'espressione 'autorità e controllo sugli individui' (o '*state agent authority and control*'): la Corte ritiene che uno Stato eserciti la propria giurisdizione extraterritorialmente qualora degli individui (o i loro beni) si trovino sottoposti all'autorità e al controllo diretto di organi dello Stato. È questa l'interpretazione dell'art. 1 fornita dalla Corte in alcuni casi rilevanti: si pensi al caso *Isaak* del 2006⁸⁰⁷, al caso *Pad et al. c. Turchia* del 2007⁸⁰⁸, a *Solomou et al. C. Turchia*⁸⁰⁹ e *Andreou c. Turchia*⁸¹⁰, entrambi del 2008.

Il secondo titolo di giurisdizione, individuato dalla Corte a partire dagli anni Novanta, viene generalmente designato con l'espressione 'controllo territoriale effettivo' (o '*effective overall control of an area*'). Così, nel caso *Loizidou c. Turchia* del 1996⁸¹¹, la Corte ha sottolineato come le disposizioni della Convenzione trovino applicazione anche nei casi in cui, in seguito ad un'azione militare (sia essa lecita o illecita), lo Stato parte in questione si trovi ad esercitare il controllo effettivo su di un territorio sito al di fuori dei propri confini; essa ha così riconosciuto la responsabilità della Turchia per gli atti compiuti dal proprio personale militare e civile nel territorio di Cipro del Nord e, qualche anno dopo, ha confermato tale impostazione in occasione dei casi *Cipro c. Turchia* del 2001⁸¹² e *Andreas Manitaras et al. c. Turchia* del 2008⁸¹³.

Non si può non notare come la stessa definizione di tale titolo di giurisdizione mediante l'espressione 'controllo territoriale effettivo' sembri richiamare la terminologia utilizzata in diritto internazionale umanitario in relazione all'occupazione militare, situazione in cui, perché si possa qualificare uno Stato come Potenza occupante, è necessario che esso eserciti, per l'appunto, il controllo effettivo sul

The Commission notes that these complaints are directed mainly against Danish diplomatic authorities in the former DDR. It is clear, in this respect, from the constant jurisprudence of the Commission that authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents, bring other persons or property within the jurisdiction of that State to the extent that they exercise authority over such persons or property. In so far as they affect such persons or property by their acts or omissions, the responsibility of the State is engaged [...]. Therefore, in the present case the Commission is satisfied that the acts of the Danish ambassador complained of affected persons within the jurisdiction of the Danish authorities within the meaning of Article 1 of the Convention.

⁸⁰⁷ ECHR, *Isaak and others v. Turkey*, No. 44587/98, Decision, 28 September 2006.

⁸⁰⁸ ECHR, *Pad and others v. Turkey*, No. 60167/00, Decision, 28 June 2007.

⁸⁰⁹ ECHR, *Solomou and others v. Turkey*, No. 36832/97, Judgment, 24 June 2008, par. 37 ss.

⁸¹⁰ ECHR, *Andreou v. Turkey*, No. 45653/99, Decision, 3 June 2008.

⁸¹¹ ECHR, *Loizidou v. Turkey* (GC), No. 15318/89, Preliminary Objections, 23 March 1995, par. 62; ECHR, *Loizidou v. Turkey* (GC), No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996, parr. 52, 56.

⁸¹² ECHR, *Cyprus v. Turkey*, No. 25781/94, Judgment, 10 May 2001, parr. 74-80.

⁸¹³ ECHR, *Manitaras and Others v. Turkey*, No. 54591/00, Decision, 3 June 2008.

territorio in questione⁸¹⁴. Il richiamo al concetto di controllo territoriale effettivo potrebbe dunque lasciar supporre che, nei casi in cui una situazione sia qualificabile come occupazione militare ai sensi del diritto dell'occupazione, le disposizioni della Convenzione europea trovino applicazione extraterritorialmente. In tal senso:

One could be forgiven for assuming that a military occupation might automatically be considered a situation in which human rights obligations are applicable as a result of effective control over the area⁸¹⁵.

Tuttavia, per quanto auspicabile, non si ritiene di poter giungere a tale conclusione: almeno allo stato attuale, infatti, la giurisprudenza della Corte in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione è tutt'altro che univoca: come sottolineato da uno dei giudici della Camera dei Lord in occasione del caso *Al-Skeini*, “*the problem which the House has to face, quite squarely, is that the judgments and decisions of the European Court do not speak with one voice*”⁸¹⁶.

Nel famoso caso *Banković* del 2001, ad esempio, la Corte ha innanzitutto ribadito il carattere eccezionale dell'applicazione extraterritoriale della Convenzione europea, affermando:

Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case⁸¹⁷.

Inoltre, essa ha adottato quello che Y. Shany definisce un “*‘all-or-nothing’ approach*”⁸¹⁸, nella misura in cui ha ritenuto che la Convenzione dovesse trovare applicazione per intero o per nulla, negando, quindi, che essa potesse essere “*divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extraterritorial act in question*”⁸¹⁹. L'elemento che ha destato maggior confusione, però, risiede soprattutto

⁸¹⁴ Per la nozione di controllo effettivo ai sensi del diritto dell'occupazione, *supra*, cap. 1, par. 2.2.1., del presente lavoro di ricerca.

⁸¹⁵ N. LUBELL, cit., p. 321.

⁸¹⁶ House of Lords, *R (on the application of Al Skeini and Others) v the Secretary of State for Defence*, SESSION 2006–07, [2007] UKHL 26 (on appeal from: [2005] EWCA Civ 1609), par. 67.

⁸¹⁷ ECHR, *Banković et al. v. Belgium et al.*, No. 52207/99, Decision, 12 December 2001, par. 61.

⁸¹⁸ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 55.

⁸¹⁹ ECHR, *Banković et al. v. Belgium et al.*, No. 52207/99, Decision, 12 December 2001, par. 75.

nell'utilizzo che la Corte ha fatto, in questo caso, dei titoli di giurisdizione del controllo territoriale effettivo e dell'autorità e controllo sugli individui adoperati nella sua precedente giurisprudenza. Infatti, nel caso *Banković*, la Corte ha, da un lato, riformulato i citati titoli di giurisdizione riassumendoli in un unico principio, e, dall'altro, ha introdotto un'ulteriore condizione per riscontrare l'esercizio della giurisdizione *ex art. 1*, vale a dire l'esercizio di poteri pubblici:

When the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises *all or some of the public powers normally to be exercised by that Government*⁸²⁰.

In tal senso, la Corte sembra avere negato che i suddetti titoli di giurisdizione extraterritoriale fossero sufficienti a determinare l'applicazione delle disposizioni della Convenzione, richiedendo invece l'ulteriore elemento dell'esercizio di poteri pubblici. Altro elemento problematico del caso *Banković* è poi il riferimento al concetto di “*espace juridique*” della Convenzione e, dunque, alla sua dimensione regionale, in ragione della quale la Corte ha finito per negare che la Convenzione potesse, in alcun caso, trovare applicazione nel territorio di uno Stato non parte della stessa.

La soluzione prospettata dalla Corte nel caso *Banković* è stata, probabilmente a ragione, aspramente criticata⁸²¹: gli anni successivi sono stati caratterizzati, infatti, da una “*considerable legal confusion*”⁸²², sia perché il caso *Banković* ha rappresentato una deviazione dalla giurisprudenza precedente, sia in considerazione del fatto che, nelle decisioni successive – almeno relativamente al c.d. *espace juridique européen* – la Corte non sembra aver seguito lo stesso approccio, giungendo invece a riconoscere l'applicazione extraterritoriale delle disposizioni della Convenzione in più di un caso.

⁸²⁰ ECHR, *Banković et al. v. Belgium et al.*, No. 52207/99, Decision, 12 December 2001, par. 71 [corsivo aggiunto].

⁸²¹ O. DE SCHUTTER, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook on International Law* 6 (2006), p. 183 ss.; R.A. LAWSON, *Life After Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), cit., p. 83 ss.; M. SCHEININ, *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), cit., pp. 73-81, p. 77 ss.; M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, cit., p. 123 ss.

⁸²² Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 57.

Nel caso *Issa c. Turchia* del 2004⁸²³, ad esempio, la Corte ha escluso l'esercizio della giurisdizione da parte della Turchia, ma la sua argomentazione non si basava sulla constatazione che l'Iraq non facesse, evidentemente, parte dell'*espace juridique* europeo, quanto sull'impossibilità di provare tanto il titolo di giurisdizione del controllo territoriale effettivo quanto quello dell'autorità e controllo sugli individui⁸²⁴. Nel caso *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* del 2009⁸²⁵, così come nei casi *Al-Skeini*⁸²⁶ e *Al-Jedda*⁸²⁷ del 2011 e nel recente caso *Hassan c. Regno Unito* del settembre 2014⁸²⁸, la Corte ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione del Regno Unito in Iraq, al di fuori, quindi, dell'*espace juridique* della Convenzione⁸²⁹.

Ad ogni modo, non si può non notare come una certa confusione permanga in relazione al rapporto fra i due titoli di giurisdizione extraterritoriale individuati dalla giurisprudenza della Corte⁸³⁰: in considerazione del fatto che, in svariati casi, la Corte ha scelto di richiamare tali titoli di giurisdizione congiuntamente, non ci si può esimere dal constatare come essa non sembri voler interpretare il titolo di giurisdizione del controllo territoriale effettivo nel senso di permettere l'applicazione extraterritoriale delle disposizioni convenzionali ogni qualvolta uno Stato parte si trovi ad assumere il ruolo di Potenza occupante in un territorio posto al di fuori dei propri confini. Si pensi al già citato *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* del 2009: pur qualificando il Regno Unito come Potenza occupante in Iraq, la Corte ha fondato la propria decisione sulla constatazione che le truppe in questione detenevano il controllo totale ed esclusivo delle prigionie e, di conseguenza, esercitavano un'autorità diretta sugli individui⁸³¹. Essa ha infatti affermato:

During the first months of the applicants' detention, the United Kingdom was an occupying power in Iraq. The two British-run detention facilities in which the applicants were held were established on Iraqi territory through the exercise of military force. The United Kingdom

⁸²³ ECHR, *Issa et al. v. Turkey*, No. 31821/96, Judgment, 16 November 2004, par. 72 ss.

⁸²⁴ A. ANNONI, cit., p. 110 ss.

⁸²⁵ ECHR, *Al-Saadoon e Mufdhi v. United Kingdom*, No. 61498/08, Decision, 3 July 2009, par. 84 ss.; ECHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, No. 61498/08, Judgment, 2 March 2010, par. 140.

⁸²⁶ ECHR, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* (GC), No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, par. 109 ss.

⁸²⁷ ECHR, *Al-Jedda v. the United Kingdom* (GC), No. 27021/08, Judgment, 7 July 2011, par. 74 ss.

⁸²⁸ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), No. 29750/09, Judgment, 16 September 2014, par. 75 ss.

⁸²⁹ Attualmente pendente dinanzi alla Grande Camera: *Jaloud v. the Netherlands*, No. 47708/08.

⁸³⁰ M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, cit., p. 130 ss.

⁸³¹ ECHR, *Al-Saadoon e Mufdhi v. United Kingdom*, No. 61498/08, Decision, 3 July 2009, par. 88.

exercised control and authority over the individuals detained in them initially solely as a result of the use or threat of military force. Subsequently, the United Kingdom's *de facto* control over these premises was reflected in law. [...]

The Court considers that, given the total and exclusive *de facto*, and subsequently also *de jure*, control exercised by the United Kingdom authorities over the premises in question, the individuals detained there, including the applicants, were within the United Kingdom's jurisdiction⁸³².

La stessa confusione risulta, poi, dall'analisi del citato caso *Al-Skeini*: sebbene tale sentenza sia da apprezzare nella misura in cui abbandona definitivamente la dottrina dell'*espace juridique européen*, essa non manca di destare qualche perplessità nella misura in cui la Corte fa riferimento ai due titoli di giurisdizione già citati⁸³³ applicandoli, anche in questo caso, congiuntamente, in quello che N. Lubell ha definito un "*badly mixed cocktail*"⁸³⁴. Infatti, essa procede a dimostrare la sussistenza della giurisdizione del Regno Unito *ex art. 1* facendo affidamento sull'autorità esercitata dagli organi statali sugli individui:

The United Kingdom, (together with the United States) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised *authority and control over individuals* killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention⁸³⁵.

⁸³² ECHR, *Al-Saadoon e Mufdhi v. United Kingdom*, No. 61498/08, Decision, 3 July 2009, par. 87-88.

⁸³³ Da un lato, infatti, la Corte riconosce che "*whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual*" (titolo di giurisdizione dell'autorità e controllo sugli individui). Dall'altro lato, essa ribadisce che la giurisdizione dello Stato parte sussiste anche "*when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory*" (titolo di giurisdizione del controllo territoriale effettivo). ECHR, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* (GC), No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, par. 137-138.

⁸³⁴ N. LUBELL, cit., p. 321.

⁸³⁵ ECHR, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* (GC), No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, par. 149 [corsivo aggiunto].

Dunque, pur riconoscendo l'autorità territoriale del Regno Unito quale Potenza occupante in Iraq, la Corte manca di prendere posizione su alcune questioni di rilevanza primaria: da un lato, essa non si pronuncia sulla possibilità che il controllo territoriale effettivo esercitato dal Regno Unito nell'area di Basrah costituisca titolo di giurisdizione sufficiente ai sensi dell'art. 1 della Convenzione; dall'altro lato, essa non si preoccupa di stabilire se il controllo territoriale effettivo individuato quale titolo di giurisdizione extraterritoriale dalla sua precedente giurisprudenza sia di grado e intensità uguali, o maggiori, di quanto richiesto dal diritto dell'occupazione⁸³⁶. Quindi, come sottolineato da A. Annoni, resta ancora da chiarire se la Convenzione europea "possa costituire parametro di valutazione della condotta dell'autorità che occupa il territorio di uno Stato terzo anche in assenza di circostanze ulteriori, che consentano di affermare l'esistenza di un controllo puntuale sugli abitanti del territorio occupato"⁸³⁷. In altri termini, occorre stabilire se il titolo di giurisdizione del controllo territoriale effettivo sia sufficiente a determinare l'applicabilità extraterritoriale della Convenzione e, soprattutto, se esso possa considerarsi soddisfatto per il solo fatto dell'occupazione militare.

Si ritiene di poter concordare con quella parte della dottrina la quale sostiene che, una volta acquisito il controllo effettivo del territorio occupato ai sensi del diritto dell'occupazione, tale territorio entri a far parte della sfera di giurisdizione della Potenza occupante *ex art. 1* della Convenzione europea⁸³⁸; non occorre però dimenticare che, alla luce delle precedenti considerazioni, non si può certo affermare che, ad oggi, tale visione sia condivisa dalla Corte europea.

2.2.3. Considerazioni conclusive in materia di extraterritorialità

Ai fini del presente lavoro di ricerca, vale la pena di osservare come uno degli aspetti di maggior rilievo della sentenza *Al-Skeini* sia quello di aver abbandonato l'approccio "tutto o niente" adottato dalla Corte nel precedente caso *Banković*, almeno in relazione al titolo di giurisdizione extraterritoriale dell'autorità e del controllo sugli individui; la Grande Camera ha infatti affermato:

⁸³⁶ M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, cit., p. 129 ss.

⁸³⁷ A. ANNONI, cit., p. 119.

⁸³⁸ Si vedano, fra gli altri: *ivi*, p. 110 ss.; N. LUBELL, cit., p. 318 ss. Nello stesso senso, si veda l'opinione di Lord Sedley nella già citata sentenza d'appello *Al-Skeini* (England and Wales Court of Appeal, *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 December 2005, par. 195 ss., disponibile presso: www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1609.html).

It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are *relevant to the situation of that individual*. In this sense, therefore, the Convention rights can be “divided and tailored.”⁸³⁹

Tuttavia, per quanto riguarda il titolo di giurisdizione del controllo territoriale effettivo – quello di maggior rilievo ai fini della nostra indagine – la Corte europea sembra aver mantenuto il suddetto approccio “tutto o niente”:

The controlling State has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control, the *entire range* of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those rights⁸⁴⁰.

Come sottolineato da parte della dottrina⁸⁴¹, il principale ostacolo all’applicazione extraterritoriale della Convenzione europea nei territori eventualmente occupati da uno Stato parte – ma ciò vale anche per il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e, in generale, per qualsiasi convenzione internazionale sui diritti umani – consiste nella evidente difficoltà (se non impossibilità) di pretendere che una Potenza occupante dia attuazione all’intero catalogo di diritti garantiti dalla Convenzione. Da un lato, infatti, è possibile che, seppure in presenza di una situazione di occupazione militare ai sensi del diritto internazionale umanitario, la Potenza occupante non disponga di sufficienti truppe sul campo per adempiere a tutti gli obblighi posti dalle Convenzioni sui diritti umani. Dall’altro lato, non bisogna dimenticare che lo stesso diritto dell’occupazione pone dei limiti ai poteri dell’occupante nei territori occupati: ai sensi dell’art. 43 del Regolamento dell’Aja, infatti, la Potenza occupante è tenuta a rispettare, salvo impedimento assoluto, le leggi in vigore nel Paese. Non si può dunque negare che “*practical impossibilities of life on the ground and legal obstacles may all play a part in*

⁸³⁹ ECHR, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* (GC), No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, par. 137 [corsivo aggiunto].

⁸⁴⁰ *Ivi*, par. 138 [corsivo aggiunto].

⁸⁴¹ N. LUBELL, cit., p. 319; Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 67 ss.

*limitations on the Occupying Power's ability to implement the obligations in the same manner as it does domestically*⁸⁴².

Ad ogni modo, sebbene sia irrealistico pretendere che una Potenza occupante garantisca nei territori occupati lo stesso livello di tutela dei diritti umani che essa è tenuta a garantire nel proprio territorio, ciò non può ragionevolmente risultare nell'assenza di qualsivoglia obbligo⁸⁴³. Il dibattito dottrinale in materia di extraterritorialità delle norme in materia di diritti umani si è recentemente incentrato proprio su tale questione, tentando di elaborare un modello che consenta di garantire, per quanto possibile, la tutela dei diritti umani nei territori occupati, pur prendendo in debita considerazione la realtà di un'occupazione militare.

Parte della dottrina⁸⁴⁴, basandosi sulla distinzione fra obblighi negativi e positivi, propone di attribuire diversi ambiti d'applicazione agli uni e agli altri: in tal senso, uno Stato parte sarebbe tenuto ad adempiere a tutti gli obblighi negativi posti dalle convenzioni sui diritti umani in qualunque luogo esso si trovi ad operare, indipendentemente, quindi, da qualsiasi considerazione territoriale; ciascuno Stato parte, però, sarebbe tenuto al rispetto degli obblighi positivi soltanto nel proprio territorio nazionale o nelle aree di cui detenga il controllo effettivo. Non si può non notare, però, come tale approccio – pur prendendo in considerazione l'innegabile difficoltà di farsi carico di obblighi positivi in determinate situazioni – sembri non offrire una valida soluzione ai problemi dell'approccio “tutto o niente” adottato dalla Corte europea: infatti, secondo tale teoria, qualora uno Stato detenga il controllo effettivo di un territorio sito al di fuori dei propri confini, esso sarebbe tenuto a rispettare l'intero catalogo degli obblighi – negativi e positivi – derivanti dalle convenzioni internazionali sui diritti umani⁸⁴⁵.

⁸⁴² N. LUBELL, cit., p. 322.

⁸⁴³ *Ivi*, p. 318 ss. Si veda anche l'opinione di Lord Sedley in merito al caso *Al-Skeini* (England and Wales Court of Appeal, *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 December 2005, par. 197, disponibile presso: www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1609.html):

It is not an answer to say that the UK, because it is unable to guarantee everything, is required to guarantee nothing.

⁸⁴⁴ M. MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, 2011, p. 209 ss.

⁸⁴⁵ Nelle parole di Y. Shany (Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 63-64):

Ultimately, [...] there remains the refusal to allow for partial application of the relevant IHRL treaty (the notion that the ECHR cannot be 'divided and

Un'altra parte della dottrina⁸⁴⁶, invece, ritiene che il citato approccio “tutto o niente” vada abbandonato a favore di un approccio che prenda, invece, in considerazione l'effettiva *capacità* di uno Stato parte di adempiere agli obblighi imposti dalle convenzioni sui diritti umani, pretendendone quindi l'applicazione in qualunque situazione in cui tale Stato possa effettivamente farlo e solo relativamente a quei diritti che esso sia in grado di garantire⁸⁴⁷; in tal senso, è stato osservato che:

Considerations derived from the universal ideal, as well as concerns about the effectiveness of IHRL (in both senses – i.e. that governments should not be required to provide more rights that they can deliver and that human rights should be effectively protected), militate in favor of a flexible or functional approach to extraterritorial applicability: A state should be obliged to respect and protect the human rights of those it is in a position to respect and protect, to the extent that is in a position to do so⁸⁴⁸.

Tale tesi si fonda sulla constatazione che, anche in caso di occupazione militare – situazione in cui, per definizione, l'occupante detiene il controllo territoriale effettivo – l'occupante possa non essere in grado di rispettare e tutelare l'intero catalogo dei diritti sanciti dai trattati rilevanti in materia: si pensi al diritto di voto per l'elezione dei propri rappresentanti, così come alle riforme in campo sociale ed economico che, seppur necessarie al fine di assicurare il pieno godimento di determinati diritti, potrebbero comportare la violazione dell'obbligo, posto in capo alla Potenza occupante *ex art. 43* del Regolamento dell'Aja, di rispettare, salvo impedimento assoluto, le leggi in vigore nel territorio occupato. In tali situazioni, piuttosto che negare del tutto l'applicabilità dei diritti umani, sarebbe forse preferibile adottare un approccio funzionalista, abbandonando quindi l'idea dell'indivisibilità dei diritti umani e, di conseguenza, il citato approccio “tutto o niente”:

tailored in accordance with the particular circumstances of the extraterritorial act in question'). Milanović [...] insists on effective spatial control as a prerequisite for applying all positive obligations or none of them (except prophylactic and procedural obligations). The position taken by the Court in *Al-Skeini* also retains some of the same rigidity: while direct control over individuals (e.g. in cases of detention) may lead to partial application, control over area entails an all-or-nothing outcome.

⁸⁴⁶ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 67 ss.

⁸⁴⁷ Come osservato da Shany (*ivi*, p. 67), “States should protect human rights wherever in the world they may operate, whenever they may reasonably do so”.

⁸⁴⁸ *Ivi*, p. 65.

If IHRL treaties can be “divided and tailored” on the basis of the nature of the obligation (negative or positive) or the nature of control (control over persons or over area), then why should we accept an all-or-nothing method of application under any circumstances? And, more fundamentally, [...] should we accept the inability to protect all individuals as a justification for not protecting any individuals?⁸⁴⁹

La tesi in esame si fonda sulla necessità di spostare il *focus* dal *luogo* in cui uno Stato parte si trovi ad agire alla *natura del rapporto* che viene a crearsi fra tale Stato e gli individui; in tal senso, i diritti umani troverebbero applicazione nei territori occupati in ragione del particolare rapporto giuridico esistente fra l’occupante e la popolazione civile del territorio occupato:

An occupier should protect – as suggested by the [European Court of Human Rights] in *Al-Skeini* – the rights of the occupied population, because it fills the power-*vacuum* created following the invasion of the territory in question and has assumed relevant legal obligations *vis-à-vis* the occupied population (e.g. to maintain law and order in the area), even if in actuality it fails to exercise day-to-day control over the area in question⁸⁵⁰.

Non distante da tale tesi è poi quella di un’altra parte della dottrina⁸⁵¹, la quale, partendo dalla medesima critica all’approccio “tutto o niente”, ritiene che sia auspicabile, nel determinare la portata degli obblighi posti in capo ad una Potenza occupante dalle convenzioni internazionali sui diritti umani, prendere in considerazione il *contesto*. Secondo tale interpretazione, in caso di occupazione militare, il controllo territoriale effettivo sarebbe sufficiente a determinare l’applicabilità dell’intero catalogo di diritti garantiti dalle convenzioni in materia di diritti umani, ma la condotta effettivamente richiesta allo Stato al fine di soddisfare tali obblighi dovrebbe dipendere dall’analisi del contesto⁸⁵². Così, “*while the context may modify the substance of the*

⁸⁴⁹ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 64.

⁸⁵⁰ *Ivi*, p. 70. In alternativa al citato criterio della “*special legal relationship*”, l’autore individua un altro criterio valido al fine di determinare l’applicabilità extraterritoriale dei diritti umani, in base al quale “*an extraterritorial projection of power by a state would qualify as encompassing affected individuals within that state’s jurisdiction, if and when, the potential impact of the act or omission in question is direct, significant and foreseeable*”. *Ivi*, pp. 68-69.

⁸⁵¹ N. LUBELL, cit., p. 318 ss.

⁸⁵² In tal senso, Shany osserva (Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 324):

*obligation, it does not remove it altogether*⁸⁵³. Al fine di determinare l'esatto contenuto degli obblighi imposti agli Stati membri, tale approccio – pur riconoscendo l'utilità della distinzione tra obblighi negativi e positivi – ritiene che sia opportuno rilevare, piuttosto, come molti degli obblighi imposti dalle convenzioni sui diritti umani siano, in realtà, scomponibili tanto in elementi negativi quanto in elementi positivi; in particolare:

These distinctions can be understood through referring to the three-tiered approach of 'respect, protect, fulfil'. [...] The respect/negative element of a right obliges the state to refrain from taking action that would directly contravene the right. [...] In most contexts negative obligations are unlikely to present a challenge for implementation. [...] Positive duties of protecting and fulfilling a right are, however, likely to raise further concerns that must be examined, especially in situations such as military occupation⁸⁵⁴.

Dunque, secondo tale tesi, ciascun obbligo sarebbe scomponibile in tre elementi: rispetto, protezione e realizzazione. In una situazione di occupazione militare, vi sarebbe una presunzione di piena applicabilità dell'intero catalogo dei diritti umani garantiti dalle convenzioni internazionali in materia, almeno per quanto riguarda l'elemento negativo del 'rispetto'; tuttavia, in base al contesto – inteso tanto come l'insieme degli ostacoli di ordine pratico quanto come i limiti posti dallo stesso diritto dell'occupazione –, sarà necessario investigare sulla effettiva capacità della Potenza occupante di adempiere agli altri due elementi, questa volta positivi, di 'protezione' e 'realizzazione'. In tal senso, *“as for the substance of the human rights obligations, clearly the negative tier of respecting the rights can be demanded, while the positive elements will, at the very least, be the same ones as required by the already existing IHL obligations”*⁸⁵⁵.

In ultima analisi, si ritiene di poter concordare con l'ultima tesi citata, laddove ritiene che, anche nei casi di occupazione militare, la determinazione della condotta imposta all'occupante debba dipendere dalle circostanze del caso. D'altronde, come già

International human rights law obligations are applicable to situations of military occupation, but the precise behaviour considered sufficient to satisfy the obligation must be determined in the light of the legal and practical context in which the Occupying Power is operating.

⁸⁵³ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, cit., p. 323.

⁸⁵⁴ *Ivi*, p. 325-326.

⁸⁵⁵ N. LUBELL, cit., p. 327.

sottolineato, la stessa Corte internazionale di giustizia sembra aver adottato un simile approccio con riferimento ai Territori palestinesi occupati: nel parere del 2004, infatti, la Corte ha avuto modo di affermare che, sebbene, in linea di principio, il Patto sui diritti economici, sociali e culturali debba ritenersi interamente applicabile ad Israele in quanto Potenza occupante, l'effettiva portata degli obblighi vada determinata alla luce dell'esistenza dell'autorità palestinese e dei compiti da essa svolti nei territori occupati⁸⁵⁶; come osservato da N. Lubell, il fatto che la Corte abbia seguito questo approccio con specifico riferimento al Patto sui diritti economici, sociali e culturali non esclude che esso possa valere – e che non sia, anzi, auspicabile – anche in materia di diritti civili e politici⁸⁵⁷.

2.3. Specificità dei diritti economici, sociali e culturali e occupazione militare

Come si è già avuto modo di sottolineare, ai fini di un'accurata analisi della questione dell'applicabilità dei diritti umani nei territori occupati, è senz'altro preferibile trattare separatamente i diritti civili e politici da quelli economici, sociali e culturali. Infatti, contrariamente a quanto generalmente riscontrabile in materia di diritti civili e politici, nel campo di quelli economici, sociali e culturali, il diritto internazionale umanitario, almeno in caso di occupazione militare, sembra contenere disposizioni più dettagliate e puntuali di quanto non lo siano quelle dei diritti umani⁸⁵⁸. Ad ogni modo, non si può certo negare che, al pari di quanto riscontrato in merito ai diritti civili e politici, l'applicazione delle norme in materia di diritti economici, sociali e culturali nei territori occupati risulti di primaria importanza nei territori occupati. Non bisogna infatti dimenticare come gli organismi di controllo istituiti nel sistema dei diritti umani (si pensi al Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, così come, ad esempio, a quello sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna) abbiano svolto un'importante opera di interpretazione delle disposizioni convenzionali, fornendo delle indicazioni sui diritti economici, sociali e culturali valide anche in caso di occupazione militare e, generalmente, più dettagliate delle norme di diritto umanitario; d'altra parte, accade, a volte, che alcuni diritti siano tutelati dai trattati sui diritti economici, sociali e culturali ma non dal diritto

⁸⁵⁶ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 112.

⁸⁵⁷ N. LUBELL, cit., p. 327.

⁸⁵⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 370. In tal senso, si pensi, ad esempio, alla disciplina della proprietà privata nel diritto dell'occupazione. *Supra*, cap. 2, par. 2.4., del presente lavoro di ricerca.

internazionale umanitario, sebbene essi possano assumere rilievo in caso di occupazione militare, specialmente se prolungata (si pensi, ad esempio, al congedo retribuito per maternità)⁸⁵⁹.

Risulta quindi evidente l'utilità di applicare contestualmente, anche nel caso dei diritti economici, sociali e culturali, le norme dei diritti umani e quelle di diritto internazionale umanitario nei territori occupati. Nelle prossime pagine, sarà quindi opportuno incentrare l'analisi sul Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, al fine di verificarne l'applicabilità *ratione materiae* e *loci* ai casi di occupazione militare. Non bisogna, però, dimenticare che *“the application of economic, social and cultural rights it's a subtle matter [which] varies according to the circumstances of each individual case and is required to evolve over time”*⁸⁶⁰; pertanto, prima di soffermarsi sull'ambito di applicazione del Patto, sarà utile accennare brevemente alle specificità dei diritti economici, sociali e culturali.

Vale innanzitutto la pena di notare come il Patto riconosca la natura programmatica dei diritti in esso sanciti, prevedendone la realizzazione progressiva⁸⁶¹. In tal senso, l'art. 2, par. 1, prevede che:

Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna ad operare, sia individualmente sia attraverso l'assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente nel campo economico e tecnico, con il massimo delle risorse di cui dispone, al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente Patto⁸⁶².

Gli Stati parti sono dunque tenuti ad operare (*“take steps”*⁸⁶³) al fine di assicurare progressivamente la piena realizzazione dei diritti garantiti dal Patto. Tale nozione di realizzazione progressiva – ritenuta, generalmente, la caratteristica principale del

⁸⁵⁹ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 370.

⁸⁶⁰ S. VITÉ, *The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property*, in *The International Review of the Red Cross* 90, 871 (September 2008), pp. 629-651, p. 631.

⁸⁶¹ CSECR, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, E/1991/23, 14 December 1990, par. 2, disponibile presso: www.refworld.org/docid/4538838e10.html. Si veda anche: *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/C.12/2000/13, 2 October 2000, No. 8.

⁸⁶² Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

⁸⁶³ La versione in lingua inglese fa riferimento all'obbligo di ciascuno Stato parte di *“take steps [...] to the maximum extent of its available resources, with the view to achieving progressively the full realization of the rights recognised in the present Covenant by all appropriate means”*.

sistema dei diritti economici, sociali e culturali creato dal Patto – è stata da più parti additata come un pretesto per non adempiere alle disposizioni convenzionali⁸⁶⁴. In effetti, se, da un lato, l'art. 2, par. 1, non specifica le modalità in cui gli Stati sono tenuti ad operare al fine di garantire progressivamente la piena realizzazione di tali diritti (mancando, in particolare, di indicare quali “*steps*” debbano essere presi), dall'altro lato, appare se non altro problematica l'individuazione di criteri utili a valutare, alla luce del “massimo delle risorse disponibili”, la realizzazione progressiva di tali diritti⁸⁶⁵.

Il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali ha tentato di superare tali difficoltà in diversi modi. In primo luogo, seguendo l'approccio delle Linee guida di Maastricht⁸⁶⁶, esso ha fatto riferimento alla già citata necessità di scomporre ciascun diritto nei tre elementi del rispetto (“*respect*”), della protezione (“*protect*”) e della realizzazione (“*fulfil*”): l'elemento del ‘rispetto’ imporrebbe a ciascuno Stato parte di astenersi da qualsiasi interferenza nel godimento dei diritti da parte di ciascun individuo; quello della ‘protezione’ imporrebbe invece allo Stato di assicurarsi che i diritti garantiti dal Patto non vengano violati da terzi; l'elemento della ‘realizzazione’ farebbe, poi, riferimento all'obbligo di prendere tutte le misure necessarie al fine di assicurare un livello soddisfacente di godimento di tali diritti⁸⁶⁷. Così, il Comitato

⁸⁶⁴ Per una rassegna della dottrina critica, si veda: A. MÜLLER, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health-Related Issues in Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013, p. 69, note 5 e 6.

⁸⁶⁵ *Ivi*, p. 107.

⁸⁶⁶ In tali linee guida (*Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., No. 6), si legge:

Like civil and political rights, economic, social and cultural rights impose three different types of obligations on States: the obligations to respect, protect and fulfil. Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights.

⁸⁶⁷ In tal senso, nel Commento generale n. 18 (CESCR, *General Comment No. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Adopted on 24 November 2005, E/C.12/GC/18, 6 February 2006, par. 22, disponibile presso: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.18.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.18.En)), il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali ha sottolineato:

Like all human rights, the right to work imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, protect and fulfil. The obligation to respect the right to work requires States parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of that right. The obligation to protect requires States parties to take measures that prevent third parties from interfering with the enjoyment of the right to work. The obligation to fulfil includes the obligations to provide, facilitate and promote that right. It implies that States parties should adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures to ensure its full realization.

sembra aver definito gli obblighi imposti dal Patto nel senso di pretendere il rispetto dei diritti sanciti in qualunque circostanza, per poi valutare la violazione o meno degli altri due elementi (‘protezione’ e ‘realizzazione’) in base alle risorse disponibili: gli obblighi imposti agli Stati parti diverrebbero, infatti, sempre più “positivi” e richiederebbero risorse sempre maggiori man mano che ci si muova dall’elemento del ‘rispetto’ a quello della ‘realizzazione’, passando per la ‘protezione’⁸⁶⁸.

In secondo luogo, il Comitato ha avuto modo di rilevare come, nonostante la natura programmatica del Patto, ciascuna disposizione abbia un contenuto essenziale minimo (“*minimum core content*”) che gli Stati sono tenuti a garantire in ogni circostanza, indipendentemente da condizioni economiche, situazione politica o struttura istituzionale; in tal senso, il Comitato ha osservato:

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 Covenant⁸⁶⁹.

Così, il Comitato ha inteso individuare una soglia minima (quantitativa e qualitativa) di godimento dei diritti economici, sociali e culturali da parte di qualsiasi individuo, a prescindere dalle circostanze (e dalle risorse disponibili)⁸⁷⁰. In tal senso, il Comitato stesso sembra ritenere che, giacché la mancata attuazione di tale contenuto essenziale minimo costituisce una violazione *prima facie* del Patto, gli individui debbano avere la possibilità di adire i tribunali nazionali (o le istanze giurisdizionali e semi-

Si vedano anche: CESCR, *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health*, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, par. 33-37, disponibile presso: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En); CESCR, *General Comment n. 12: The right to adequate food (Art. 11)*, E/C.12/1999/5, 12 May 1999, par. 15, disponibile presso: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument).

⁸⁶⁸ Come osservato da Müller (A. MÜLLER, *The Relationship*, cit., p. 71):

The typology builds on the assumption that the obligation becomes ever more ‘positive’, pro-active and resource-intense as one moves along from the obligation to *respect* through the obligation to *protect* to the obligation to *fulfil*.

⁸⁶⁹ CSECR, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, cit., par. 10. Si vedano anche, fra gli altri: CESCR, *Statement on Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/C.12/2001/10, 10 May 2001, par. 18, disponibile presso: www.acpp.org/RBAVer1_0/archives/CESCR%20Statement%20on%20Poverty.htm; CESCR, *General Comment n. 12: The right to adequate food (Art. 11)*, cit., par. 6.

⁸⁷⁰ A. MÜLLER, cit., p. 75.

giurisdizionali internazionali⁸⁷¹) al fine di far valere l'eventuale violazione di tale contenuto minimo⁸⁷².

In terzo luogo, il Comitato ha individuato quattro elementi dei diritti economici, sociali e culturali che, a suo avviso, potrebbero rivelarsi utili al fine di valutare l'adeguatezza degli "steps" presi dagli Stati *ex art. 2, par. 1, del Patto*: si tratta, in particolare, della disponibilità, dell'accessibilità, dell'accettabilità e della qualità delle strutture, dei beni, dei servizi e dei programmi forniti dagli Stati parti al fine di adempiere agli obblighi (di contenuto minimo ma non solo) derivanti dal Patto⁸⁷³.

Vale poi la pena di accennare a quanto previsto dal recente Protocollo facoltativo adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2008 ed entrato in vigore nel maggio del 2013, il quale introduce, fra l'altro, la possibilità che il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali riceva comunicazioni individuali al pari di quanto avviene già da tempo nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici. Ai sensi di tale Protocollo, infatti, il Comitato dovrà procedere alla valutazione dell'adeguatezza degli "steps" intrapresi dagli Stati parti *ex art. 2, par. 1, del Patto* alla luce del principio di ragionevolezza; in tal senso, l'art. 8, par. 4, del Protocollo prevede che:

When examining communications under the present Protocol, the Committee shall consider the *reasonableness* of the steps taken by the State party in accordance with part II of the Covenant. In doing so, the Committee shall bear in mind that the State party may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ Vale la pena di ricordare la recente entrata in vigore (maggio 2013) del Protocollo facoltativo che introduce, anche nel sistema dei diritti economici, sociali e culturali, il meccanismo delle comunicazioni individuali.

⁸⁷² Si pensi al Commento generale n. 18, in cui, auspicando l'incorporazione delle norme internazionali in materia di diritto al lavoro negli ordinamenti nazionali, il Comitato rileva che "*Courts would then be empowered to adjudicate violations of the core content of the right to work by directly applying obligations under the Covenant*". CESCR, *General Comment No. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., par. 49. Si vedano, inoltre: CESCR, *General Comment n. 12: The right to adequate food (Art. 11)*, cit., par. 34; *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health*, cit., par. 60.

⁸⁷³ CESCR, *General comment 4: The right to adequate housing (Art.11 (1))*, E/1992/23, 13 December 1991, par. 8, disponibile presso: www.refworld.org/docid/47a7079a1.html; CESCR, *General Comment n. 12: The right to adequate food (Art. 11)*, cit., par. 7-13. Per un'accurata analisi di tale approccio, si rimanda a: A. MÜLLER, cit., pp. 102-106.

⁸⁷⁴ Corsivo aggiunto.

Come sottolineato da parte della dottrina, si tratta, indubbiamente, di una formula di compromesso⁸⁷⁵ che sembra aggiungere ben poco a quanto già affermato dal Comitato in sede di commenti generali e analisi dei rapporti degli Stati parti. Resta da vedere, quindi, in quale modo il Comitato stesso farà uso di tale principio di ragionevolezza nella sua (futura) giurisprudenza in materia di comunicazioni individuali.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si ritiene di poter affermare che, sebbene ciascuno Stato parte sia tenuto ad operare (“*take steps*”) al fine di assicurare la piena realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali, la condotta di volta in volta richiesta non possa che variare in base alle risorse disponibili. Appare quindi evidente come la questione dell’applicabilità di tali diritti nei territori occupati sia particolarmente delicata: come già osservato in merito ai diritti civili e politici, infatti, un contesto di occupazione militare non può che influire sulla capacità della Potenza occupante di adempiere ai propri obblighi in materia di diritti umani, sia per ragioni connesse al perdurare di un conflitto armato sia per la prevedibile scarsità delle risorse, così come per l’impossibilità di pretendere che un occupante garantisca in territorio occupato lo stesso livello di godimento dei diritti economici, sociali e culturali assicurato sul proprio territorio. D’altra parte, non bisogna trascurare l’importanza di tali diritti nel contesto di una occupazione militare; come sottolineato da Lubell, infatti:

For the populations of an occupied territory, it is often precisely these rights that are of the greatest concern. While there can be no true expectation that a military occupation will guarantee the same civil and political freedoms as a self-governing democracy, the inhabitants of the territory require their health, education, and employment situation to continue in as uninterrupted a manner as possible⁸⁷⁶.

Sarà ora utile, quindi, soffermarsi sull’ambito di applicazione del Patto delle Nazioni Unite, così da verificarne l’applicabilità in caso di occupazione militare. Per quanto

⁸⁷⁵ Come osservato da Melish (T.J. MELISH, *Introductory Note to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *International Legal Materials* 48, 2 (2009), pp. 256-261, p. 258):

This construction was included as a compromise between persistent proposals to include a direct reference to States’ ‘broad margin of appreciation’ and those insisting that such a margin is not always ‘broad’ and must be determined on a case-by-case basis.

⁸⁷⁶ N. LUBELL, cit., pp. 329-330.

riguarda l'ambito di applicazione *ratione materiae*, dottrina⁸⁷⁷ e giurisprudenza internazionale⁸⁷⁸ sembrano confermare come l'applicabilità delle norme del Patto non sia limitata al tempo di pace ma si estenda anche ai casi di conflitto armato: naturalmente, è ragionevole aspettarsi che uno Stato sia in grado di adempiere agli obblighi derivanti dal Patto soltanto qualora esso eserciti il controllo effettivo su di un territorio, dunque in caso di occupazione militare. La Corte internazionale di giustizia, nel già citato parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati, ha precisato che l'obbligo di rispettare il Patto al di fuori dei propri confini si basa proprio sulla *competenza territoriale* della Potenza occupante nei territori da essa occupati, competenza che deriva dalla circostanza che il territorio in questione sia posto sotto l'autorità dell'esercito nemico⁸⁷⁹. Come sottolineato da Kolb e Vité, dunque, nel caso dei diritti economici, sociali e culturali, dalla constatazione dell'applicabilità *ratione materiae* delle disposizioni del Patto consegue necessariamente la loro applicabilità *ratione loci*⁸⁸⁰: il Patto, d'altronde, nel determinare il proprio ambito d'applicazione, non fa espresso riferimento né al territorio né alla giurisdizione degli Stati parti⁸⁸¹. Sebbene alcuni Stati, primo fra tutti Israele, abbiano interpretato il silenzio del citato art. 2, par. 1, del Patto nel senso di negare l'applicabilità di tale trattato nei territori soggetti al loro controllo⁸⁸², dottrina⁸⁸³ e giurisprudenza internazionale sembrano averne riconosciuto, proprio in ragione della citata applicabilità *ratione materiae*, anche l'applicabilità extraterritoriale. Oltre al già

⁸⁷⁷ Sul rapporto fra diritti economici, sociali e culturali e diritto internazionale umanitario, si veda: A. MÜLLER, cit., p. 13 ss. In materia di occupazione militare, si vedano, fra gli altri: S. VITÉ, *The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property*, cit., p. 630 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 324 ss.; N. LUBELL, cit., p. 329 ss.

⁸⁷⁸ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 112.

⁸⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁸⁰ Come rilevato da Kolb e Vité (R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 325-326) :

En définitive, l'applicabilité *ratione loci* du Pacte est étroitement liée à son applicabilité *ratione materiae* jusqu'à se fondre dans cette dernière. Le critère spatial découle du critère matériel. Dès lors, si l'on admet que le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels couvre les conflits armés et les occupations, il est inéluctable de reconnaître son extraterritorialité.

⁸⁸¹ Si veda il già citato art. 2, par. 1, del Patto.

⁸⁸² R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 324 ss.

⁸⁸³ Si vedano, fra gli altri: S. VITÉ, *The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property*, cit., p. 630 ss.; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 324 ss.; N. LUBELL, cit., p. 329 ss.

citato parere della Corte internazionale di giustizia⁸⁸⁴, si pensi, infatti, alle prese di posizione del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, il quale ha avuto modo di affermare, tra l'altro, che “*the State Party's obligations under the Covenant apply to all territories and populations under its effective control*”⁸⁸⁵.

Non bisogna però dimenticare che, soprattutto in materia di diritti economici, sociali e culturali (in ragione delle specificità rilevate), il pieno godimento di tali diritti incontra necessariamente dei limiti derivanti dalla natura stessa dell'occupazione militare. Da una parte, infatti, è stato osservato come, almeno in un primo momento, l'instabilità della situazione sul campo possa determinare l'incapacità dell'occupante di adempiere pienamente all'insieme degli obblighi imposti in materia di diritti economici, sociali e culturali. Ad ogni modo, nonostante la natura programmatica dei diritti sanciti dal Patto e la conseguente flessibilità del sistema creato da tale trattato, il citato approccio generale del Comitato sembra confermare la tesi che la Potenza occupante sia comunque tenuta a prendere – nei limiti delle proprie possibilità – tutte le misure necessarie alla piena realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali della popolazione civile del territorio occupato⁸⁸⁶. A sostegno di tale interpretazione degli obblighi posti in capo ad una Potenza occupante, si può notare come l'amministrazione delle forze d'occupazione in Iraq abbia giustificato l'adozione di un nuovo codice di diritto del lavoro nel Paese proprio alla luce dell'obbligo imposto dalle Convenzioni n. 138 e 182 dell'Organizzazione internazionale del lavoro di “*take affirmative steps towards eliminating child labor*”⁸⁸⁷.

D'altra parte, nel valutare l'estensione degli obblighi posti in capo alla Potenza occupante in materia di diritti economici, sociali e culturali, un altro aspetto peculiare dell'occupazione militare viene in rilievo: non solo essa ha carattere temporaneo ma, per di più, l'art. 43 del Regolamento dell'Aja prevede che l'occupante rispetti, salvo impedimento assoluto, le leggi in vigore nel territorio occupato⁸⁸⁸. La piena attuazione dei diritti economici, sociali e culturali, però, richiede cambiamenti significativi nella

⁸⁸⁴ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 107 ss.

⁸⁸⁵ CESCR, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel*, 23 May 2003, E/C.12/1/Add.90, par. 31, disponibile presso: www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/b313a3503107f1e6c1256d33002cea38?Opendocument.

⁸⁸⁶ S. VITÉ, *The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property*, cit., p. 632 ss.

⁸⁸⁷ Coalition Provisional Authority, Order No. 89, *Amendments to the Labor code – Law No. 71 of 1987*, CPA/ORD/05 May 2004/89.

⁸⁸⁸ *Supra*, cap. 2, par. 1.2.1. del presente lavoro di ricerca.

struttura economica, sociale e culturale del territorio in questione. Nelle parole di S. Vité:

The question which then arises is how to reconcile the occupier's obligation to apply human rights – which may at times imply legal reforms – with the principle of the continuity of the internal legal system which is at the heart of the law of occupation⁸⁸⁹.

Ad avviso di chi scrive, tale apparente incompatibilità è in realtà risolvibile alla luce di quanto già osservato a proposito del significato dell'espressione "salvo impedimento assoluto". Come si è già avuto modo di accennare⁸⁹⁰, infatti, è ragionevole ritenere che l'*empêchement absolu* citato dall'art. 43 debba includere anche considerazioni connesse al benessere della popolazione locale e, dunque, al rispetto, alla protezione e alla realizzazione delle norme internazionali in materia di diritti umani⁸⁹¹. La Corte internazionale di giustizia, d'altronde, sembra giungere alla stessa conclusione laddove riconosce il dovere dello Stato d'Israele di rispettare il Patto sui diritti economici, sociali e culturali nell'esercizio dei poteri di cui dispone in qualità di Potenza occupante⁸⁹².

Vale infine la pena di accennare brevemente alla delicata questione delle limitazioni e delle deroghe ai diritti economici, sociali e culturali. Occorre innanzitutto notare come la possibilità che uno Stato parte del Patto deroghi ai diritti in esso sanciti in caso di circostanze straordinarie (come potrebbe essere un'occupazione militare) sia tuttora controversa: da una parte, l'assenza, nel Patto, di qualsiasi disposizione in materia di deroghe, così come il silenzio dei lavori preparatori al riguardo⁸⁹³, sembrano suggerire che la già citata natura programmatica dei diritti sanciti dal Patto (art. 2, par. 1) fosse ritenuta, all'epoca della redazione di tale trattato, sufficientemente flessibile da rendere

⁸⁸⁹ S. VITÉ, *The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property*, cit., p. 635.

⁸⁹⁰ *Supra*, cap. 2, par. 1.2.1. del presente lavoro di ricerca.

⁸⁹¹ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., pp. 135-136; M. SASSÒLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by the Occupying Powers*, cit., p. 676 ss.

⁸⁹² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 112. Di avviso contrario sono, invece, Kolb e Vité, secondo i quali, se è indubbio che la Potenza occupante debba rispettare i diritti economici, sociali e culturali nei territori occupati, è anche indubbio che essa possa farlo soltanto nei limiti posti dal diritto dell'occupazione, vale a dire rispettando, salvo impedimento assoluto, le leggi in vigore nei territori in questione. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 391 ss.

⁸⁹³ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 371 ss.; A. MÜLLER, cit., p. 111 ss.

superflua la previsione di una specifica disposizione in materia di deroghe⁸⁹⁴; d'altra parte, è stato osservato come, la prassi degli Stati e delle organizzazioni internazionali (fra le quali, ad esempio, l'Organizzazione internazionale del lavoro) in materia di diritti economici, sociali e culturali sembra propendere a favore della derogabilità di alcuni diritti in caso di emergenza: si tratta, segnatamente, di quelli sindacali, gli unici, fra i diritti sanciti dal Patto, ad essere stati inclusi nella lista dei diritti maggiormente soggetti a deroghe elaborata dal Rappresentante speciale Despouy nel 1997⁸⁹⁵.

Per quanto riguarda, poi, la possibilità di adottare limitazioni ad alcuni dei diritti garantiti dal Patto, l'art. 4 prevede quanto segue:

Gli Stati parte del presente Patto riconoscono che, nell'assicurare il godimento dei diritti in conformità del presente Patto, lo Stato potrà assoggettarli esclusivamente a quei limiti che siano stabiliti per legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica⁸⁹⁶.

Tale disposizione permette, dunque, che gli Stati parti pongano delle limitazioni al godimento dei diritti sanciti dal Patto ma, allo stesso tempo, richiede che tali limitazioni non siano incompatibili con la natura di tali diritti e che abbiano il solo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica. Tale questione è di primaria importanza in caso di occupazione militare, poiché, come già accennato, la valutazione della condotta degli Stati parti in materia di diritti economici, sociali e culturali dovrà necessariamente tener conto della natura peculiare dell'occupazione e dell'obbligo fondamentale, posto in capo alla Potenza occupante, di assicurare “*l'ordre et la vie publics*”⁸⁹⁷ nei territori occupati. Sarà dunque utile soffermarsi brevemente su tale disposizione, al fine di stabilire quali condizioni possano giustificare l'adozione, da parte dell'occupante, di limitazioni al godimento dei diritti nei territori occupati.

Come sottolineato da A. Müller, sia la dottrina internazionalistica che lo stesso Comitato hanno prestato ben poca attenzione alla disposizione in esame, facendo invece riferimento, in più casi, alla nozione di misure “regressive” adottate dagli Stati in

⁸⁹⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 371 ss.; M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 27.

⁸⁹⁵ *Final Report of the Special Rapporteur, Mr. Leandro Despouy, to the UN Sub-Commission – Questions of Human Rights and States of Emergency*, E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1, 9 June 1997, par. 158.

⁸⁹⁶ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

⁸⁹⁷ Art. 43, Regolamento dell'Aja del 1907.

ragione della scarsità delle risorse (e inquadabili, quindi, nell'ambito dell'art. 2, par. 1, piuttosto che dell'art. 4)⁸⁹⁸. Ad ogni modo, l'analisi dei lavori preparatori e l'approccio adottato dal Comitato in materia di misure "regressive" sembrerebbero indicare che considerazioni connesse alla scarsità delle risorse non rientrino nella nozione di 'benessere generale' ex art. 4, così come considerazioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, e così via; in tal senso, l'espressione 'benessere generale' sembrerebbe piuttosto fare riferimento al benessere economico e sociale degli individui e della comunità in questione⁸⁹⁹. In una situazione di occupazione, quindi, l'occupante potrebbe ragionevolmente giustificare l'adozione di determinate misure (come, ad esempio, quelle in materia di razionamento del cibo) alla luce della necessità di garantire il benessere generale della popolazione locale, sebbene le misure in questione contribuiscano, di fatto, anche al mantenimento dell'ordine nel territorio occupato⁹⁰⁰.

Per quanto riguarda, poi, il riferimento alla "natura di tali diritti", è stato rilevato come, dall'analisi della prassi del Comitato, sia ragionevole supporre che le limitazioni eventualmente adottate da un occupante risultino incompatibili con la natura dei diritti economici, sociali e culturali qualora esse interessino anche il contenuto essenziale minimo di tali diritti⁹⁰¹: infatti, è già stato osservato come, secondo l'approccio del "*minimum core content*" adottato dal Comitato, ciascuna disposizione del Patto abbia un contenuto essenziale minimo che gli Stati sono tenuti a garantire in ogni circostanza, a meno di non incorrere in una violazione *prima facie* del Patto⁹⁰².

In ultima analisi, nonostante l'evidente rigidità dell'art. 4, non ci si può esimere dal notare come, da un lato, tale disposizione sia stata, almeno in un primo momento, raramente invocata dal Comitato e dagli stessi Stati parti, e come, dall'altro, questi ultimi godano, in definitiva, di un'ampia libertà di manovra nell'attuazione del Patto, in ragione della natura programmatica dei diritti in esso sanciti e della possibilità di invocare la scarsità delle risorse (ex art. 2, par. 1, del Patto) allo scopo di sottrarsi all'obbligo di assicurarne la piena realizzazione⁹⁰³. Così, in caso di conflitto armato (e

⁸⁹⁸ A. MÜLLER, cit., pp. 111-137.

⁸⁹⁹ *Ivi*, pp. 115-120.

⁹⁰⁰ *Ibidem*.

⁹⁰¹ *Ivi*, pp. 133-134. Naturalmente, la definizione di tale contenuto essenziale minimo è tutt'altro che agevole; per l'analisi di tale questione, si veda: *Ibidem*.

⁹⁰² CSECR, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, cit., par. 10; *Statement on Poverty and the the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., par. 18; *General Comment n. 12: The right to adequate food (Art. 11)*, cit., par. 6.

⁹⁰³ A. MÜLLER, cit., p. 132.

occupazione militare), se è vero che gli Stati parti sono tenuti a giustificare eventuali limitazioni adottate *ex art. 4* alla luce del già citato ‘interesse generale’, è anche vero, però, che essi potranno invocare l’art. 2, par. 1, al fine di giustificare l’adozione di misure “regressive” in ragione della scarsità delle risorse inevitabilmente connessa al perdurare di un conflitto armato⁹⁰⁴.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte in materia di diritti economici, sociali e culturali, è forse possibile ritenere che, in una situazione di occupazione militare, vi sia una presunzione di piena applicabilità dell’intero catalogo dei diritti umani garantiti dalle convenzioni internazionali in materia – almeno per quanto riguarda l’elemento negativo del ‘rispetto’ – tanto nel caso dei diritti civili e politici quanto in quello dei diritti economici, sociali e culturali; tuttavia, è già stato osservato come, in base al contesto, sia necessario investigare sulla effettiva capacità della Potenza occupante di adempiere agli altri due elementi, questa volta positivi, di ‘protezione’ e ‘realizzazione’. Le conclusioni cui si è giunti in materia di diritti civili e politici valgono dunque, in linea di principio, anche per i diritti economici, sociali e culturali. D’altronde, proprio con riferimento a tali diritti, la stessa Corte internazionale di giustizia sembra aver adottato un simile approccio in relazione ai Territori palestinesi occupati: nel citato parere del 2004, infatti, essa ha avuto modo di affermare che, sebbene, in linea di principio, il Patto sui diritti economici, sociali e culturali debba ritenersi interamente applicabile ad Israele in quanto Potenza occupante, l’effettiva portata degli obblighi vada determinata alla luce dell’esistenza dell’autorità palestinese e dei compiti da essa svolti nei territori occupati⁹⁰⁵.

3. Modalità d’interazione tra diritto internazionale umanitario e diritti umani nei territori occupati

Accertata l’applicabilità *ratione materiae* e *ratione loci* delle norme internazionali in materia di diritti umani in caso di conflitto armato e di occupazione militare, si pone ora il problema di analizzare il rapporto fra tali norme e il diritto internazionale umanitario. Nelle prossime pagine, ci si propone, innanzitutto, di dimostrare la c.d. complementarità dei due regimi giuridici in esame, per poi soffermarsi sulle modalità di risoluzione di eventuali conflitti fra le loro norme.

⁹⁰⁴ A. MÜLLER, cit., pp. 132-133.

⁹⁰⁵ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 112.

3.1. Complementarità

A partire dall'inclusione della promozione dei diritti umani fra gli scopi dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1945, la comunità internazionale non ha potuto fare a meno di interrogarsi sul rapporto fra i due regimi⁹⁰⁶. È stato già osservato come, all'inizio, tale relazione sembrasse essere improntata ad una netta separazione fra tali due rami del diritto internazionale pubblico⁹⁰⁷; con il passare del tempo, tale approccio "separatista"⁹⁰⁸ – secondo il quale vi era una netta distinzione fra il diritto applicabile in tempo di pace e quello applicabile in caso di guerra – è stato gradualmente superato⁹⁰⁹.

Com'è noto, la Corte internazionale di giustizia si è pronunciata per la prima volta su tale questione nel 1996, seppure in relazione, in particolare, alla privazione del diritto alla vita e all'applicabilità dell'art. 6 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici; in occasione dell'adozione del parere sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, infatti, la Corte ha avuto modo di affermare:

The test of what is an arbitrary deprivation of life [...] 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 [...] 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 itself⁹¹⁰.

Nel successivo parere sulla costruzione di un muro in Palestina del 2004, la Corte ha ribadito l'applicabilità dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare, sottolineando, inoltre, come alcuni diritti siano tutelati esclusivamente dal diritto internazionale umanitario, altri siano protetti dalle norme internazionali in materia di diritti umani e altri ancora siano tutelati da entrambe le sfere giuridiche⁹¹¹. Si

⁹⁰⁶ Per una approfondita analisi dei contributi dottrinali e istituzionali in materia, si veda, fra gli altri: N. PRUD'HOMME, *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex And Multifaceted relationship?*, in *Israel Law Review* 40, 2 (2007), pp. 355-395, pp. 359-366.

⁹⁰⁷ *Supra*, par. 2.1 del presente capitolo.

⁹⁰⁸ N. PRUD'HOMME, cit., p. 357.

⁹⁰⁹ Sul punto, si rinvia al par. 2.1. in materia di applicazione *ratione materiae* dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare.

⁹¹⁰ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25.

⁹¹¹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 106.

pensi ai diritti dei prigionieri di guerra, tutelati dal diritto internazionale umanitario ma non dalle norme dei diritti umani, o alle libertà di espressione e di associazione, specificamente previste dalle norme dei diritti umani ma non dal diritto internazionale umanitario, o, ancora, al diritto alla vita, al divieto di tortura e ad una lunga serie di altri diritti tutelati, in forma e gradi diversi, da entrambi i regimi giuridici⁹¹². Nel caso di specie, la Corte aveva dunque concluso che, al fine di rispondere alla domanda postale dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite in merito alla conseguenze giuridiche della costruzione di un muro in Palestina, sarebbe stato necessario applicare entrambi i regimi giuridici, facendo riferimento, nell'affrontare – peraltro *en passant* – il problema della loro interazione, alla natura di *lex specialis* del diritto internazionale umanitario:

As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible solutions: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law⁹¹³.

Si pone, a questo punto, il problema di stabilire cosa abbia inteso la Corte con il suddetto riferimento al diritto internazionale umanitario quale *lex specialis*. Infatti, l'interpretazione letterale di quanto affermato dalla Corte sembra suggerire che, in caso di conflitto armato od occupazione militare, il diritto internazionale umanitario, in quanto *lex specialis*, debba prevalere *en bloc* sul regime dei diritti umani⁹¹⁴. Sebbene

⁹¹² C. DROEGE, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts*, in *Israel Law Review* 40, 2 (2007), pp. 310-355, p. 322 ss.

⁹¹³ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 106.

⁹¹⁴ Come osservato da Bianchi (A. BIANCHI, *Dismantling the Wall: the ICJ's Advisory Opinion and its Likely Impact on International Law*, in *German Yearbook of International Law* (2004) 47, p. 343 ss., p. 371):

The consequences of the latter statement can be far-reaching were one to interpret it in the sense that whenever in times of armed conflict there are rights that are provided for in both human rights and humanitarian law, the latter's regulation should always prevail as *lex specialis*. Incidentally, this is precisely what the literal interpretation of the Court's opinion seems to purport. [...] International humanitarian law *en bloc* [would] systematically and invariably operate as *lex specialis* with regard to human rights law.

questa sia l'opinione di alcuni Stati⁹¹⁵ e di parte della dottrina⁹¹⁶, la dottrina maggioritaria⁹¹⁷ ritiene che tale interpretazione del parere della Corte non sia ragionevole: da una parte, infatti, una siffatta interpretazione del riferimento alla *lex specialis* appare se non altro improbabile alla luce di quanto ribadito dalla Corte stessa circa l'applicabilità dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare⁹¹⁸; d'altra parte, è stato osservato che la stessa possibilità, prevista dalle principali convenzioni sui diritti umani, di derogare ai diritti garantiti in caso di emergenza pubblica⁹¹⁹, così come la previsione di un catalogo di diritti inderogabili, non può che apparire in netto contrasto con la tesi che tali convenzioni non trovino applicazione in caso di conflitto armato o occupazione militare, situazioni che, indubbiamente, rientrano nell'ambito di applicazione delle citate disposizioni in materia di deroghe⁹²⁰.

La dottrina maggioritaria⁹²¹, le pronunce dei tribunali internazionali e degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani⁹²², così come alcune risoluzioni dei principali

⁹¹⁵ *Summary Legal Position of the Government of Israel*, Annex I to the Report of the Secretary-General Prepared Pursuant to GA Resolution ES-10713, UN Doc. A/ES-10/248, 24 November 2003 (relating to the construction of a wall in the occupied Palestinian territory), disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/A5A017029C05606B85256DEC00626057.

⁹¹⁶ M.J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, cit., p. 132 ss.

⁹¹⁷ Si vedano, fra gli altri: R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 304 ss.; A. BIANCHI, cit., p. 371 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 419 ss.; C. DROEGE, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts*, cit., p. 322 ss.; M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in O. BEN-NAFTALI (ed.), *International Human Rights and International Humanitarian Law: Pas de Deux*, cit., pp. 95-125, pp. 100-103.

⁹¹⁸ F. J. HAMPSON, *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* 90, 871 (2008), pp. 549-572, p. 559 ss.

⁹¹⁹ Art. 15 della Convenzione europea; art. 4 del Patto sui diritti civili e politici; art. 27 della Convenzione americana.

⁹²⁰ In tal senso, Bianchi (A. BIANCHI, cit., p. 373) osserva:

The idea that international humanitarian law can automatically and entirely replace human rights law is inconsistent with derogation clauses. The latter are subject to the respect of the strict conditions therein provided and, in any event, would allow only for a partial substitution of the standards otherwise applicable in peacetime, as non-derogable rights must be respected at all times, regardless of the circumstances or characterization of the state of emergency.

⁹²¹ Si vedano, fra gli altri: D. CAMPANELLI, cit., p. 658 ss.; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 67 ss.; L. DOSWALD-BECK, *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?*, in *International Review of the Red Cross* 88, 864 (December 2006), pp. 881-904, p. 892 ss.; C. DROEGE, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts*, cit., p. 335 ss.; S. VITÉ, *L'Articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels: les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété*, in *Revue internationale de la Croix-Rouge* 90,

organi ONU⁹²³ indicano tutti nella direzione della complementarità fra i due regimi giuridici. Il riferimento della Corte al diritto internazionale umanitario quale *lex specialis* non può quindi essere interpretato nel senso di indicare la prevalenza di un intero regime sull'altro. In tal senso, l'analisi dell'interazione fra disciplina dei diritti umani e diritto dell'occupazione potrà essere affrontata soltanto con riferimento a specifiche norme⁹²⁴. Come sottolineato da R. Kolb:

The correct way of conceiving the mutual relationship of the two areas is not to imagine any fusion of both. It is rather to work out with precision areas and questions where the co-ordinated application of provisions of both branches of the law leads to satisfactory – if not innovative – solutions, securing progress of the law or filling its gaps. [...] The point is not one of derogation by priority, as the maxim of the *lex specialis* could suggest, but rather one of complex case-by-case mutual reinforcement and complement always on concrete issues⁹²⁵.

Naturalmente, l'applicazione parallela dei due regimi, con la conseguenza che, come riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nel 2004, alcuni diritti sono tutelati da entrambi, potrebbe portare a dei casi di conflitto fra norme. Vale però la pena di ribadire che tale problema non si pone a livello di interi regimi giuridici ma a livello di singole norme; d'altronde, tale impostazione sembra essere confermata dalla stessa

871 (settembre 2008), disponibile su www.icrc.org/fre/assets/files/other/vite-fra-pr-web.pdf; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 421; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 332 ss.; E. GREPPI, *To what extent do the international rules on human rights matter?*, cit., p. 43 ss.

⁹²² Si veda, ad esempio: Interamerican Court of Human Rights, *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Preliminary Objections, Series C, No. 118, 23 November 2004, par. 112. Si consideri, poi, la posizione del Comitato dei diritti umani, il quale, nel pronunciarsi sul rapporto fra i due regimi giuridici in esame (HRC, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, cit., par. 11), ha affermato:

While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of International Humanitarian Law may be specially relevant for the purposes of the interpretation of the Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.

La posizione del Comitato sembra quindi essere quella di riconoscere la complementarità fra i due regimi e permetterne, così, l'applicazione parallela.

⁹²³ Si vedano, fra le altre: General Assembly, Res. 2444 (XXIII): Respect for Human Rights in Armed Conflict, 19 December 1968, disponibile presso: [www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/72C6025818313E24C12574E30054381C/\\$file/A+RES+2444+XXIII.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/72C6025818313E24C12574E30054381C/$file/A+RES+2444+XXIII.pdf); General Assembly, Resolution 2675 (XXV)/1970, Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts, A/RES/2675, 9 December 1970, disponibile presso: daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/40/IMG/NR034940.pdf?OpenElement; UNSC, Res. 1882 (2009): Children and Armed Conflict, S/RES/1882 (2009), 4 August 2009, disponibile presso: www.unrol.org/files/SC-RESOLUTION1882-2009.pdf.

⁹²⁴ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 332 ss.

⁹²⁵ R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, cit., pp. 7-8.

distinzione operata dalla Corte internazionale di giustizia fra tre diversi tipi di norme, riguardanti rispettivamente il diritto umanitario, i diritti umani o entrambi i regimi giuridici. Sarà quindi al concetto di conflitto fra norme nel diritto internazionale che si dovrà ricorrere al fine di analizzare le modalità di interazione fra i diritti umani e il diritto umanitario in territori occupati.

3.2. Conflitto fra norme

Dato il comune scopo di tutela e protezione della persona umana, è raro che, nei casi concreti, l'applicazione concorrente delle norme internazionali in materia di diritti umani e di quelle del diritto internazionale umanitario si riveli problematica. È tuttavia innegabile che, almeno in alcuni casi, un conflitto fra norme possa sorgere. L'estensione della protezione da garantire alla popolazione civile di un territorio occupato dipenderà proprio, in ultima analisi, dalle modalità di risoluzione di tali eventuali conflitti. Sarà dunque opportuno fornire, innanzitutto, una definizione di conflitto fra norme, per poi soffermarsi sulle modalità di risoluzione di tali conflitti, avendo, naturalmente, particolare riguardo al caso specifico dell'interazione fra le norme internazionali in materia di diritti umani e quelle di diritto internazionale umanitario.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, è necessario adottare una definizione ampia di conflitto fra norme. Tale scelta è necessariamente dettata dalla peculiare natura dell'ordinamento internazionale, caratterizzato, com'è noto, da una presunta gerarchia fra fonti⁹²⁶ dalla quale, però, non deriva, tendenzialmente, diversa forza obbligatoria delle norme da esse prodotte (ad eccezione delle norme di *ius cogens*) e dalla progressiva frammentazione in quelli che è possibile definire come “regimi specializzati”⁹²⁷. Con l'espressione ‘conflitto fra norme’ si intenderà, dunque, far riferimento al caso in cui una norma costituisca, abbia portato, porti o possa portare alla

⁹²⁶ Tale questione è ancora al centro del dibattito dottrinale. Nel senso dell'assenza di qualsiasi gerarchia fra fonti, si vedano, fra gli altri: G. SPERDUTI, *Lezioni di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 64 ss.; F. CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 87 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 197 ss. A sostegno della tesi opposta, si vedano, ad esempio: B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, IX edizione, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 185 ss.; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2013, p. 179 ss.; A. GIOIA, *Manuale breve. Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 11-12.

⁹²⁷ A. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, in *Nordic Journal of International Law* 74 (2005), pp. 27-66, p. 27.

violazione di un'altra norma⁹²⁸. Si tratta, evidentemente, di una definizione più ampia di quella adottata dalla Commissione di diritto internazionale, la quale ha invece definito il conflitto fra norme come il caso in cui “*two norms that are both valid and applicable point to incompatible decisions so that a choice must be made between them*”⁹²⁹. Ad avviso di chi scrive, tale approccio – seppure condiviso da buona parte della dottrina⁹³⁰ – non sarebbe adeguato a cogliere le peculiarità della relazione fra il diritto internazionale umanitario e i diritti umani, poiché non includerebbe i casi di conflitto fra divieti (“*prohibitions*”) e autorizzazioni (“*permissions*”) finendo per risolvere tali conflitti sempre e comunque a favore della norma più stringente⁹³¹. L’inadeguatezza di tale definizione appare evidente se si considera che, nel caso dell’interazione fra i due regimi giuridici in esame, il pieno adempimento da parte degli Stati degli obblighi imposti dai trattati sui diritti umani non comporterebbe, in genere, alcuna violazione di quelli del diritto internazionale umanitario⁹³², così che nulla vieta loro di applicare gli standard più stringenti imposti dai trattati sui diritti umani. Non ci si può però esimere dal notare come uno dei due regimi giuridici (i diritti umani) qualifichi come illecite delle situazioni che l’altro regime giuridico (il diritto internazionale umanitario) invece ammette⁹³³, con la conseguenza che, qualora gli Stati decidessero di applicare soltanto gli standard (in un certo senso) minimi di tutela delineati dal secondo, essi si troverebbero a violare le norme del primo. È dunque evidente come l’adozione di una

⁹²⁸ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 175-176.

⁹²⁹ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, p. 1, disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.

⁹³⁰ Si veda, in particolare, la definizione adottata da Jenks (W. JENKS, *Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law* 30 (1953), p. 401 ss., p. 426) secondo il quale:

A conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties.

Si vedano anche, fra gli altri: W. KARL, *Conflicts between Treaties*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* 7 (1984), p. 467 ss.; W. CZAPLINSKI, G. DANILENKO, *Conflicts of Norms in International Law*, in *The Netherlands Yearbook of International Law* 21, 3 (1990), pp. 3-42, pp. 12-13; A.E. CASSIMATIS, *International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly* 56, 3 (July 2007), pp. 623-639.

⁹³¹ J. PAUWELYN, cit., pp. 170-171. Per un’accurata ed interessante analisi delle ragioni atte a giustificare l’adozione di una definizione più ampia, si rimanda a: E. VRANES, *The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory*, in *The European Journal of International Law* 17, 2 (2006), pp. 395-418, pp. 403-405.

⁹³² Si vedano, fra gli altri: M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 122; A.E. CASSIMATIS, cit., p. 633.

⁹³³ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 122.

definizione particolarmente stretta di conflitto fra norme possa portare a trascurare del tutto dei casi, seppure rilevanti, di conflitto fra norme dei diritti umani e norme di diritto internazionale umanitario. Per tale ragione, come già accennato, il presente lavoro di ricerca si baserà sulla citata definizione di ‘conflitto fra norme’ come il caso in cui una norma costituisca, abbia portato, porti o possa portare alla violazione di un’altra norma⁹³⁴, così che, nelle parole di M. Milanović, un conflitto si verificherebbe “[whenever] one branch of the law regards a situation as perfectly lawful, while the other doesn’t”⁹³⁵.

Come rilevato da Pauwelyn, sulla base di tale definizione, è possibile distinguere alcuni diversi tipi di conflitto: da un lato, quello che l’autore definisce ‘conflitto intrinseco’, generato dalla mera esistenza di una norma (si pensi al caso del conflitto con una norma di *ius cogens*); dall’altro, il c.d. ‘conflitto nel diritto applicabile’, caratterizzato dall’esistenza di una norma la cui applicazione risulta *necessariamente* nella violazione di un’altra norma (c.d. ‘conflitto necessario’, il quale si verifica qualora le due norme impongano degli obblighi incompatibili) o *può* risultare in tale violazione (c.d. ‘conflitto potenziale’, il quale si verifica soltanto qualora uno Stato decida di esercitare un diritto sancito da una norma ma tale diritto confligga con un divieto imposto da un’altra norma)⁹³⁶. Generalmente, i conflitti fra norme di diritto internazionale umanitario e norme dei diritti umani rientrano nella categoria dei conflitti potenziali: è già stato osservato, infatti, che le norme internazionali in materia di diritti umani qualificano, alle volte, come illecite delle situazioni che, invece, il diritto internazionale umanitario ammette⁹³⁷ e che, in questi casi, il pieno adempimento da

⁹³⁴ J. PAUWELYN, cit., pp. 175-176. Occorre però precisare che, come osservato da E. Sciso (E. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Cacucci editore, Bari, 1986, p. 78):

Perché un conflitto tra due accordi sia in concreto configurabile, occorre che i sistemi da essi individuati entrino in collisione. A tal fine, è necessario il concorso di due circostanze: la prima, è data dall’identità della materia oggetto delle discipline, diverse, dei due accordi; l’altra, è costituita dalla coincidenza, anche solo parziale, dei contraenti. Ove manchi una di queste condizioni, gli accordi non potranno venire in conflitto, a meno che non si accetti la configurabilità di una particolare categoria di trattati, contenenti obblighi *erga omnes* (o originanti situazioni “obiettive”), come tali opponibili anche ai terzi non contraenti.

⁹³⁵ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 122.

⁹³⁶ J. PAUWELYN, cit., p. 176. In tal senso, E. Sciso ha sottolineato come “talvolta due accordi, pur non disciplinando a stretto rigor di termini la stessa materia, [entrano] in conflitto, poiché la loro esecuzione determina *in concreto* regimi confliggenti”. E. SCISO, cit., p. 82.

⁹³⁷ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 122.

parte degli Stati degli obblighi imposti dalle prime non comporta alcuna violazione del secondo⁹³⁸. Si tratterebbe, in ultima analisi, di una scelta degli Stati, che potranno evitare di violare le norme dei diritti umani rinunciando ad applicare gli standard (in un certo senso) minimi di tutela delineati dal diritto internazionale umanitario.

Prima di soffermarsi sulle modalità di risoluzione dei conflitti fra norme, sarà opportuno distinguere i conflitti veri e propri da quelli cc.dd. ‘apparenti’⁹³⁹, i quali si verificano qualora vi sia, in apparenza, un conflitto fra due norme, ma tale conflitto possa essere evitato in via interpretativa⁹⁴⁰. L’art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede, infatti, che un trattato debba essere interpretato in buona fede secondo il senso ordinario da attribuirsi ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo (par. 1) e che l’interprete tenga altresì conto di (a) ogni accordo successivo intervenuto fra le parti o (b) qualsiasi prassi seguita dalle parti in materia di interpretazione e applicazione del trattato, così come (c) qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti⁹⁴¹ (par. 3). Come sottolineato da Pauwelyn, la lett. c) della disposizione in esame permetterebbe di interpretare una norma internazionale alla luce di un’altra norma internazionale al fine

⁹³⁸ Si vedano, fra gli altri: *ibidem*; A.E. CASSIMATIS, cit., p. 633.

⁹³⁹ J. PAUWELYN, cit., p. 178; M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 104. Al riguardo, si veda anche quanto osservato da Sciso (E. SCISO, cit., p. 80), secondo la quale:

In taluni casi, [...] l’incompatibilità può risolversi in una mera difformità di disciplina che una corretta interpretazione degli accordi, alla luce dell’oggetto e dello scopo degli accordi medesimi, consente di superare anche in assenza di una esplicita dichiarazione di volontà delle parti, incorporata in una disposizione *ad hoc*.

La Commissione di diritto internazionale fa, dal canto suo, riferimento al concetto di “*systemic integration*”. International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 17-19.

⁹⁴⁰ Pauwelyn (J. PAUWELYN, cit., pp. 237-240) identifica altri metodi atti ad evitare l’insorgere di conflitto fra due norme, fra i quali, ad esempio, il coordinamento *ex ante* fra disposizioni di un medesimo trattato o di trattati in qualche modo connessi.

⁹⁴¹ Si ritiene, generalmente, che l’espressione “altra regola di diritto internazionale” sia sufficiente ampia da permettere di tenere conto tanto dei principi generali di diritto quanto delle norme consuetudinarie e di norme di altri trattati (ad alcune condizioni). International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 18.

La Corte internazionale di giustizia ha, ad esempio, fatto ricorso al diritto internazionale generale al fine di interpretare una norma pattizia nel caso *Oil Platforms*. ICJ, *Oil Platforms case (Iran v. The United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports, 2003, p. 161, par. 41.

La Corte europea dei diritti umani, nell’interpretare le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ha anche fatto riferimento alle pronunce di altri tribunali internazionali (ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, No. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, par. 30 ss.) e ad alcuni atti di organizzazioni internazionali, quali, ad esempio, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (ECHR, *Loizidou v. Turkey (GC)*, No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996, par. 44). Sul punto, si veda: J. PAUWELYN, cit., pp. 254-256.

di evitare che si verifichi un conflitto fra tali due norme⁹⁴². Perché ciò sia possibile, però, è necessario che il termine oggetto di interpretazione sia sufficientemente vago da permettere all'interprete di tenere conto di un'altra regola di diritto internazionale e che quest'ultima sia pertinente, vale a dire che vi sia un collegamento con la norma oggetto di interpretazione⁹⁴³. La Commissione di diritto internazionale distingue, in particolare, il caso in cui l'interprete faccia ricorso ad una norma consuetudinaria da quello in cui si basi, invece, su di una norma convenzionale. Nel primo caso, la Commissione sottolinea come il diritto internazionale generale si riveli particolarmente utile qualora:

- (a) The treaty rule is unclear or open-textured;
- (b) The terms used in the treaty have a recognized meaning in customary international law or under general principles of law;
- (c) The treaty is silent on the applicable law and it is necessary for the interpreter [...] to look for rules developed in another part of international law to resolve the point⁹⁴⁴.

Nel secondo caso, la Commissione osserva come le norme di un trattato siano utili ai fini dell'interpretazione di una norma di un altro trattato qualora le parti dell'uno siano anche parti dell'altro o il trattato le cui norme vengono invocate a fini interpretativi siano espressione del (o siano divenute norme di) diritto consuetudinario o, ancora, tali altre regole di diritto internazionale dimostrino l'opinione condivisa delle parti circa l'oggetto e lo scopo del trattato oggetto di interpretazione o il significato di un determinato termine⁹⁴⁵.

Ad ogni modo, occorre tenere presente che il processo interpretativo non può portare alla creazione di nuove norme ma esclusivamente attribuire un significato ai termini della disposizione in esame; in altre parole, se è vero che un conflitto fra norme può essere risolto in via interpretativa, è anche vero che l'interpretazione arriva soltanto fino ad un certo punto, dovendosi escludere la possibilità di interpretazioni *contra legem*⁹⁴⁶. In tal senso, come osservato da Pauwelyn:

⁹⁴² J. PAUWELYN, cit., pp. 244-274.

⁹⁴³ *Ivi*, pp. 245.

⁹⁴⁴ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 20.

⁹⁴⁵ *Ivi*, par. 21.

⁹⁴⁶ J. PAUWELYN, cit., pp. 245.

[...] The input of other rules of international law in the interpretation of a treaty norm is limited to *giving meaning* to explicit treaty terms. It is a question of definition and importing meaning, not one of incorporating legal rights and obligations set out in the foreign rule which are not included under the ‘clear meaning of the term’ of the treaty norm under interpretation⁹⁴⁷.

Ogni qualvolta non sia possibile evitare il conflitto fra due norme in via interpretativa, ci si troverà, evidentemente, in presenza di un conflitto vero e proprio e non di un c.d. ‘conflitto apparente’⁹⁴⁸. Come già accennato, potrà trattarsi tanto di un conflitto intrinseco quanto di un conflitto nel diritto applicabile. Data la natura peculiare del rapporto fra diritto internazionale umanitario e diritti umani, cui si è già avuto modo di accennare, l’analisi si concentrerà soprattutto sulla risoluzione dei conflitti nel diritto applicabile, rinviando, per la trattazione approfondita dei conflitti intrinseci, ai validi contributi dottrinali già esistenti in materia⁹⁴⁹. Basti qui osservare che, in caso di conflitto intrinseco, una delle due norme cessa di esistere: riprendendo l’esempio dello *ius cogens*, l’art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede espressamente che sia nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, risulti in contrasto con una norma di *ius cogens*, mentre l’art. 64 aggiunge che, nell’eventualità che una nuova norma imperativa si formi, qualsiasi trattato esistente che sia in contrasto con tale norma diventa nullo e si estingue⁹⁵⁰. Naturalmente, nel caso dell’interazione fra diritto internazionale umanitario e diritti umani tale questione potrebbe sembrare particolarmente delicata – data la presunta appartenenza allo *ius cogens* di alcune delle norme di ciascuno dei due regimi giuridici in esame⁹⁵¹ – ma, probabilmente, di scarsa rilevanza pratica. Infatti, come osservato da Milanović:

There is probably no concept that has attracted so much scholarly attention, yet so little practical application, as *jus cogens*. And by little, I mean zero. There is, to my knowledge, not a single case where *jus cogens*

⁹⁴⁷ *Ivi*, p. 262 [corsivo aggiunto].

⁹⁴⁸ *Ivi*, pp. 272-273; M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 104.

⁹⁴⁹ Si veda, in particolare: J. PAUWELYN, cit., pp. 275-326.

⁹⁵⁰ La Commissione di diritto internazionale ribadisce che “*a rule conflicting with a norm of jus cogens becomes [...] ipso facto void*”. International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 41.

⁹⁵¹ Si vedano, fra gli altri: International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 33; A.E. CASSIMATIS, cit., pp. 629-630.

was unambiguously the basis for a court ruling that a conflicting rule of international law was null and void⁹⁵².

Diversamente da quanto osservato a proposito dei conflitti intrinseci, nel caso di un conflitto nel diritto applicabile, entrambe le norme confliggenti resteranno valide: al fine di risolvere tale conflitto (sempre che sia possibile), si dovrà però stabilire la prevalenza di una delle due norme nei casi concreti, escludendo così la responsabilità dello Stato per la violazione della norma che non trovi applicazione, la quale, però, non cesserà per questo di esistere⁹⁵³. Come rilevato da parte della dottrina, perché il conflitto possa essere risolto, è necessario che la prevalenza di una norma sull'altra sia chiaramente desumibile dall'espressione della volontà delle parti⁹⁵⁴. In via generale, quest'ultima può risultare chiaramente dalla presenza di cc.dd. 'clausole di compatibilità' o 'subordinazione' inserite "con sempre maggiore frequenza [...] nei trattati onde salvaguardare i rapporti giuridici derivanti da altri accordi"⁹⁵⁵; in assenza di tali clausole, è a volte possibile desumere la volontà delle parti mediante l'applicazione di principi generali di diritto quali, ad esempio, il principio *lex posterior derogat legi priori* o quello *lex specialis derogat legi generali*. Come si dimostrerà nelle pagine seguenti, però, nessuno di tali meccanismi è davvero utile all'identificazione dell'esatta volontà delle parti nei casi di conflitto fra norme dei diritti umani e norme di diritto internazionale umanitario.

Per quanto riguarda il principio della *lex posterior*, è innanzitutto opportuno notare come i principali contributi dottrinali in materia di interazione fra i due regimi non facciano, in genere, alcun riferimento a tale principio. D'altra parte, sebbene la

⁹⁵² M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 105. L'autore nota inoltre come la Convenzione di Vienna preveda la nullità di ogni *trattato* contenente una norma contraria allo *ius cogens*, non della singola norma di tale trattato eventualmente contraria allo *ius cogens*. In tal senso, osserva come, nel caso dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, ciò possa portare a dei risultati assurdi (*ivi*, p. 11):

Now, assuming the general validity of Article 53 VCLT, imagine if we were to say that an IHRL rule prevails over an IHL rule contained in one or more of the Geneva Conventions because it has the status of *jus cogens* – this would mean the voidness of the Geneva Conventions, not just of that particular rule.

⁹⁵³ Si veda, fra gli altri: J. PAUWELYN, cit., pp. 327-328.

⁹⁵⁴ Secondo Pauwelyn, le modalità di risoluzione di un conflitto nel diritto applicabile si fondano su tre principi fondamentali: (a) la libertà contrattuale degli Stati; (b) il principio *pacta sunt servanda*; (c) il principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. L'autore ritiene che il primo di tali principi abbia un'importanza particolare, poiché esprimerebbe il principio secondo il quale, nella maggior parte dei casi, l'ultima espressione della volontà delle parti dovrà prevalere. *Ivi*, pp. 327-328.

⁹⁵⁵ B. CONFORTI, cit., p. 99.

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati faccia espresso riferimento alla *lex posterior* all'art. 30 (in materia di applicazione dei trattati nel tempo), l'applicazione di tale principio nell'ambito del diritto internazionale non può che incontrare dei limiti derivanti dalla natura peculiare dell'ordinamento internazionale. In primo luogo, occorre tenere presente che, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti interni, l'individuazione dell'esatto "intento legislativo"⁹⁵⁶ può risultare problematica, se non impossibile, nei casi in cui due trattati siano conclusi in un contesto diverso o gli Stati parti siano diversi⁹⁵⁷. Come osservato da Pauwelyn:

The two treaties are then clearly the result of a *different 'legislature'*, i.e., a different composition of states. They will hence be the reflection of a different balance of interests and one state may well have been able to push through its interests more under one treaty than under the other⁹⁵⁸.

In secondo luogo, non bisogna dimenticare che si tratta di un principio applicabile esclusivamente alle relazioni fra due norme aventi lo stesso ambito di applicazione *ratione materiae* ed entrate in vigore in tempi diversi. Quest'ultimo aspetto può creare non pochi problemi nel caso dei trattati sui diritti umani o di quelli di diritto internazionale umanitario e, in generale, dei trattati multilaterali cui gli Stati possano aderire in un momento successivo alla stipula: nella maggior parte dei casi, infatti, risulterebbe particolarmente difficile individuare l'esatto momento in cui la volontà delle parti (di ciascuna parte rispetto alle altre parti) si sia formata⁹⁵⁹. È poi evidente come l'applicazione del principio della *lex posterior* appaia se non altro irragionevole qualora il conflitto riguardi la relazione fra un trattato regionale ed un successivo trattato universale vincolante anche le parti di quello regionale⁹⁶⁰. È infine opportuno notare come la qualificazione di entrambi i regimi giuridici in esame quali regimi

⁹⁵⁶ J. PAUWELYN, cit., p. 368.

⁹⁵⁷ In tal senso, Milanović (M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 107) osserva:

In domestic legal systems, [...] we justify this rule basically by inferring the relevant intent on the part of the single, uniform legislature, operating within a unified hierarchical system, which is not supposed to issue contradictory commands to citizens. However, whatever its validity in domestic law, this assumption manifestly does not hold true in the international system.

⁹⁵⁸ J. PAUWELYN, cit., p. 369 [corsivo aggiunto].

⁹⁵⁹ *Ivi*, p. 370 ss.

⁹⁶⁰ *Ivi*, p. 377.

specializzati o “*self-contained regimes*”⁹⁶¹ renda ancora più problematico il ricorso ai tradizionali metodi di risoluzione dei conflitti, incluso il principio della *lex posterior*. Per regime specializzato si intende, generalmente, il caso di un insieme di norme primarie di diritto internazionale riguardanti un particolare ambito di applicazione materiale e corredate da norme secondarie – relative tanto alla creazione e alla modifica di quelle primarie quanto alle conseguenze delle violazioni e alla soluzione delle controversie – che tendono a prevalere sulle norme secondarie di diritto internazionale generale⁹⁶²; tale tipo di regime giuridico costituirebbe, in ragione della sua specialità, un regime in un certo senso a sé nell’ambito dell’ordinamento internazionale generale⁹⁶³. Il gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale sul tema della frammentazione del diritto internazionale ha espressamente indicato tanto il diritto internazionale umanitario quanto le norme internazionali in materia di diritti umani quali regimi specializzati⁹⁶⁴, osservando poi, proprio a proposito del principio della *lex*

⁹⁶¹ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 11 ss.

⁹⁶² M. KOSKENNIEMI, *Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of ‘Self Contained Regimes’*, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1 (2004).

⁹⁶³ Sul rapporto fra regimi specializzati e diritto internazionale generale, si veda: International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission (finalised by M. Koskenniemi), 58th session, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, par. 153 ss.

In particolare, sul rapporto fra i regimi specializzati e il diritto internazionale generale in materia di responsabilità degli Stati, si rimanda a: B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in *The European Journal of International Law* 17, 3 (2006), pp. 483-529.

⁹⁶⁴ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 12.

Nel rapporto adottato dallo stesso Gruppo di lavoro della Commissione di diritto internazionale nell’aprile del 2006 (International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., par. 123 ss.), il gruppo individua tre diverse accezioni del concetto di ‘*self-contained regime*’. In senso stretto, sulla scia della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso degli ostaggi a Teheran (ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, par. 38), tale concetto indicherebbe un insieme specializzato di norme secondarie sulla responsabilità degli Stati, le quali prevarrebbero sulle norme di diritto internazionale generale in relazione alle conseguenze delle violazioni. In senso più ampio, analogamente a quanto stabilito dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso S.S. Wimbledon (Permanent Court of International Justice, *The SS ‘Wimbledon’ case (United Kingdom and others v. Germany)*, Judgment, (1923) PCIJ Series A No. 1, ICGJ 235 (PCIJ 1923), 17 August 1923, par. 23), il concetto di ‘*self-contained regime*’ farebbe riferimento a insiemi di norme primarie e secondarie fra loro interrelate e alle volte descritte come sistemi o sotto-sistemi di regole che disciplinano un determinato ambito in maniera diversa da come lo disciplinerebbe il diritto generale. Il gruppo di lavoro (par. 129) individua, infine, una accezione ancora più ampia dei ‘*self-contained regimes*’:

Sometimes whole fields of functional specialization, of diplomatic and academic expertise, are described as self-contained (whether or not that word is used) in the sense that special rules and techniques of interpretation and administration are thought to apply. For instance, fields such as “human rights law”, “WTO law”, “European law/EU law”, “humanitarian law”,

posterior, che, in caso di conflitto fra norme appartenenti a regimi diversi, l'identificazione della norma successiva non sarebbe necessariamente utile a stabilire una presunzione di prevalenza dell'una rispetto all'altra⁹⁶⁵. In tal senso, il gruppo di studio ha affermato:

The *lex posterior* principle is at its strongest in regard to conflicting or overlapping provisions that are part of treaties that are institutionally linked or otherwise intended to advance similar objectives (i.e. form part of the same regime). In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them. Instead, States bound by the treaty obligations should try to implement them as far as possible with the view of mutual accommodation and in accordance with the principle of harmonization [...]⁹⁶⁶.

Si ritiene, dunque, di concordare con quella parte della dottrina secondo la quale il principio della *lex posterior*, per quanto sancito dalla Convenzione di Vienna, abbia una utilità limitata nell'ambito dell'ordinamento internazionale⁹⁶⁷, poiché non sarebbe rilevante, il più delle volte, ai fini dell'accertamento dell'esatta volontà delle parti come

“space law”, among others, are often identified as “special” in the sense that rules of general international law are assumed to be modified or even excluded in their administration. One often speaks of “principles of international environmental law”, or “principles of international human rights law” with the assumption that in some way those principles differ from what the general law provides for analogous situations.

Come esempi di tale utilizzo del concetto di ‘*self-contained regime*’ – assimilabile, secondo lo stesso Gruppo di studio (par. 152(1)), al concetto di “*branches of international law*” – il Gruppo cita proprio l'approccio adottato nell'ambito di alcuni sistemi, regionali e non, di tutela dei diritti umani, in particolare quello della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si veda, fra le altre: ECHR, *Ireland v. the United Kingdom*, No. 5310/71, Judgment, 18 January 1978, par. 239. Nello stesso senso: Inter-American Court of Human Rights, *Consular Assistance*, Advisory opinion of 1 October 1999, Int-Am CHR Series A, No. 16, pp. 256-7, paras. 114-115; HRC, *General Comment No. 24 on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant of the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant*, CCPR/21/Rev.1/Add.6, 4 November 1994, par. 17, disponibile presso: www.refworld.org/docid/453883fc11.html. Allo stesso tempo, il Gruppo di studio (par. 136) osserva che “*the widest notion covers a whole area of functional specialization or teleological orientation at a universal scale*”, citando, fra gli esempi, proprio il caso del diritto internazionale umanitario e notando, poi, come l'applicazione di “principi” speciali da parte di organi specializzati sia la caratteristica principale di tali regimi (par. 158).

⁹⁶⁵ Come osservato da Cassimatis, infatti, “*the underlying purposes and principles of each regime need to be openly considered specifically in each case of conflict*”. A.E. CASSIMATIS, cit., p. 631.

⁹⁶⁶ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 26.

⁹⁶⁷ Sul punto, si vedano, fra gli altri: J. PAUWELYN, cit., p. 361 ss.; E.W. VIERDAG, *The time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, in *British Yearbook of International Law* 59, 1 (1989), pp. 75-111.

invece avviene nell'ambito degli ordinamenti giuridici interni. In tal senso, come sottolineato da Pauwelyn (il quale cita, a sua volta, quanto affermato da Jenks a proposito del principio della *lex prior*⁹⁶⁸), “[w]hen matters reach this degree of intricacy [the *lex posterior*] principle ceases to have any rational bearing on the real questions at issue”⁹⁶⁹. Nello specifico ambito, poi, dell’interazione fra diritto internazionale umanitario e diritti umani, le ragioni citate nelle pagine precedenti sembrano sufficienti ad escludere che tale principio possa essere in alcun modo utilizzato al fine di risolvere gli eventuali conflitti fra le norme dei due regimi giuridici in esame. In tal senso, è stato osservato:

When it comes to the IHL and IHRL treaties in particular, not only is there the obvious problem that the law-making in the two areas temporally occurred in several waves, so that it is somewhat absurd to treat these treaties as successive to the other in a *lex posterior* sense, but there is also not the slightest hint of state intent that the relationship between the two bodies of law should be governed by this rule⁹⁷⁰.

Se è vero che, nei contributi dottrinali in materia di diritto internazionale umanitario e diritti umani, al principio della *lex posterior* è stato dato scarso rilievo, è anche vero che l’attenzione rivolta a quello della *lex specialis* appare, ad avviso di scrive, eccessiva e forse fuorviante. Come già accennato, la Corte internazionale di giustizia ha fatto affidamento su tale principio nel parere consultivo del 1996 sulla liceità della minaccia o dell’uso di armi nucleari, così come nel successivo parere sulla costruzione di un muro in Palestina. È forse comprensibile, dunque, che il dibattito dottrinale sull’interazione fra le norme internazionali in materia di diritti umani e quelle di diritto internazionale umanitario si sia sviluppato soprattutto a partire da tale principio generale di diritto, sebbene esso non sia nemmeno citato nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Occorre innanzitutto ricordare che il principio della *lex specialis* può avere due diversi significati: se, in senso stretto, esso indica che una norma speciale costituisce

⁹⁶⁸ W. JENKS, cit., p. 444.

⁹⁶⁹ J. PAUWELYN, cit., p. 377.

⁹⁷⁰ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 107 [corsivo aggiunto].

l'eccezione ad una norma generale⁹⁷¹, nella sua accezione più ampia esso indica una possibile interpretazione “speciale” della norma generale⁹⁷². In tal senso, M. Koskenniemi ha descritto tale principio nei seguenti termini:

There are two ways in which law takes account of the relationship of a particular rule to a general rule (often termed a principle or a standard). A particular rule may be considered an application of the general rule in a given circumstance. That is to say, it may give instructions on what a general rule requires in the case at hand. Alternatively, a particular rule may be conceived as an exception to the general rule. In this case, the particular derogates from the general rule⁹⁷³.

Tornando alla terminologia che si è scelto di utilizzare nel presente lavoro di ricerca, si può dire che, da un lato, il principio della *lex specialis* può essere concepito quale metodo di risoluzione dei conflitti fra norme (“*the particular derogates from the general rule*”⁹⁷⁴) e, dall'altro, esso può essere inteso quale strumento interpretativo per risolvere i cc.dd. conflitti apparenti (“*a particular rule [...] may give instructions on what a general rule requires in the case at hand*”⁹⁷⁵)⁹⁷⁶. Alla luce della suddetta definizione, la *ratio* del principio della *lex specialis* sembra essere quella di rintracciare l'esatta volontà delle parti e prendere, così, in debita considerazione le peculiarità di ciascun caso concreto⁹⁷⁷. Orbene, nonostante la sua indubbia rilevanza nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, occorre interrogarsi sull'utilità e sull'opportunità del ricorso a tale principio – nell'una o nell'altra delle citate accezioni – nell'ambito dell'ordinamento internazionale e, in particolare, con riferimento all'interazione fra diritto internazionale umanitario e diritti umani.

⁹⁷¹ In tale accezione l'ha utilizzato, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia in un caso del 1969 (ICJ, *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark and Federal Republic of Germany v. The Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, par. 472), in occasione del quale ha osservato:

It is well understood that, in practice, rules of [general] international law can, by agreement, be derogated from in particular cases or as between particular parties.

⁹⁷² A. LINDROOS, cit., pp. 46-47.

⁹⁷³ M. KOSKENNIEMI, *Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self Contained Regimes'*, cit., par. 2.1.

⁹⁷⁴ *Ibidem*.

⁹⁷⁵ *Ibidem*.

⁹⁷⁶ J. PAUWELYN, cit., p. 385; M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 117 ss.

⁹⁷⁷ A. LINDROOS, cit., p. 36.

Per quanto riguarda il principio della *lex specialis* quale strumento di risoluzione di un conflitto fra norme, è innanzitutto opportuno notare come, in via generale, l'applicazione del principio *lex specialis derogat legi generali* nell'ambito dell'ordinamento internazionale risulti difficilmente sostenibile, data la tendenziale assenza di qualsiasi relazione predeterminata fra norme⁹⁷⁸. Se è vero, infatti, che il principio in esame potrebbe rivelarsi utile qualora il conflitto si verifici fra norme dello stesso trattato o norme di trattati appartenenti allo stesso regime (ad esempio, nell'ambito del sistema della Convenzione europea dei diritti umani)⁹⁷⁹, è anche indubbio che, nei casi in cui il conflitto riguardi norme appartenenti a regimi specializzati diversi, la stessa Commissione di diritto internazionale ha riconosciuto come il ricorso ai tradizionali metodi di risoluzione dei conflitti non possa che risultare problematico (come già osservato a proposito del principio della *lex posterior*)⁹⁸⁰.

In relazione, poi, all'applicazione del principio della *lex specialis* al fine di risolvere, in particolare, l'eventuale conflitto fra le norme internazionali in materia di diritti umani e quelle di diritto internazionale umanitario, occorre osservare come l'estrema vaghezza del principio in esame renda estremamente difficile l'identificazione della *lex specialis* nei casi concreti. Tale principio, infatti, non indica alcun criterio utile a ricostruire una relazione di generalità e specialità fra due norme e lascia, così, ampia discrezionalità all'interprete⁹⁸¹. Nel caso del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani, la

⁹⁷⁸ In tal senso, N. Prud'homme (N. PRUD'HOMME, cit., pp. 380-381) ha osservato:

[I]n a system that lacks legal hierarchy and where no logical relations exist between the legal frameworks and norms, it appears difficult if not impossible to identify what is general and specific and decide whether one field of law or norm should have prevalence over another.

Dello stesso avviso, fra gli altri: A. LINDROOS, cit., p. 39 ss.

⁹⁷⁹ *Ivi*, p. 41. Si veda anche: N. PRUD'HOMME, cit., p. 379 ss. Occorre inoltre notare come il principio della *lex specialis* inteso come specialità *ratione personarum* possa rivelarsi utile ai fini della soluzione di eventuali conflitti fra norme consuetudinarie e norme pattizie, salvo che le prime non si formino proprio in deroga alle norme di un determinato trattato. B. CONFORTI, cit., p. 185.

⁹⁸⁰ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 26.

Si veda, anche, quanto osservato da Orna Ben-Naftali e Yuval Shany (O. BEN-NAFTALI, Y. SHANY, cit., p. 57):

As international law becomes ever more complex, there is an increased overlap between its various, hitherto distinct, branches. It is not uncommon to identify two or more legal branches regulating the same factual situation. An expansive *lex specialis* rule, tending to exclude the applicability of relevant general rules in favor of more specific ones, could enable States to evade many of their international obligations.

⁹⁸¹ N. PRUD'HOMME, cit., p. 383.

questione è particolarmente delicata, poiché, come rilevato dalla Commissione di diritto internazionale, si tratta di due regimi “specializzati”⁹⁸² del diritto internazionale: sebbene, ad un primo esame, si possa essere tentati di affermare che le norme di diritto internazionale umanitario costituiscono *lex specialis* in quanto specificamente applicabili in caso di conflitto armato e occupazione militare, non ci si può in realtà esimere dal notare come ciascun regime giuridico abbia un oggetto e uno scopo specifico e, conseguentemente, la qualificazione dell’uno come generale rispetto all’altro risulta particolarmente difficile⁹⁸³.

Vale poi la pena di ricordare che la *ratio* del principio della *lex specialis* – così come di quello della *lex posterior* – sembra essere quella di rintracciare l’esatta volontà delle parti nei casi concreti⁹⁸⁴. Ad ogni modo, nonostante l’insistenza di parte della dottrina sull’opportunità del ricorso a tale principio al fine di regolare l’interazione fra diritti umani e diritto internazionale umanitario, non si può certo trascurare il fatto che nulla, nel testo dei trattati rilevanti, sembra indicare la validità di tale approccio⁹⁸⁵ e che, significativamente, i principali trattati sui diritti umani contengono espresse clausole di deroga concepite come unica modalità di sospensione dei diritti in essi sanciti nell’eventualità che si verifichi un pericolo pubblico di particolare gravità (come, ad esempio, una situazione di conflitto armato). Come opportunamente notato da Milanović:

There is simply no evidence that *lex specialis* is in fact a rule of conflict resolution. No treaty says so. It has certainly never been used as such in an IHL/IHRL context. [...] Both the texts of the relevant treaties and the official positions of states do not support an inference of a state intent to override the express language of human rights treaties by having regard to the nebulous *lex specialis* principle⁹⁸⁶.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene di dovere escludere che il ricorso al principio della *lex specialis* quale metodo di risoluzione del conflitto fra norme dei diritti umani e norme di diritto internazionale umanitario sia auspicabile. In tal senso, è

⁹⁸² International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., par. 11 ss.

⁹⁸³ A. LINDROOS, cit., pp. 43-44.

⁹⁸⁴ *Ivi*, p. 36.

⁹⁸⁵ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 119.

⁹⁸⁶ *Ibidem*.

stato osservato che “*the elusiveness of lex specialis creates ambiguity on the applicable law which in turn brings legal uncertainty*”⁹⁸⁷. D'altronde, a parte la Commissione interamericana sui diritti umani⁹⁸⁸, nessun altro organismo internazionale sembra aver fatto riferimento a tale principio: la stessa Corte Internazionale di Giustizia, nel già citato parere sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari⁹⁸⁹, vi ha fatto affidamento soltanto in quanto strumento interpretativo; inoltre, nel successivo caso *Congo c. Uganda* (2005), essa ha ribadito quanto affermato nel parere del 2004 sul muro in Palestina, scegliendo, però, di omettere qualsiasi riferimento al principio della *lex specialis*. In tal senso, la Corte si è limitata ad osservare che:

As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are [...] three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. [...] Both branches of international law [...] would have to be taken into consideration⁹⁹⁰.

Diversa è, naturalmente, la questione dell'opportunità del ricorso al principio della *lex specialis* nella sua accezione più ampia, vale a dire quale strumento interpretativo utile alla risoluzione dei cc.dd. conflitti apparenti. Come già accennato, la Corte internazionale di giustizia sembra avere seguito tale approccio nel citato parere sulle armi nucleari del 1996. A proposito del diritto alla vita *ex art. 6* del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, infatti, la Corte ha ritenuto che, al fine di determinare l'arbitrarietà o meno di una specifica privazione del diritto alla vita in caso di conflitto armato, sarebbe stato necessario ricorrere alle norme del diritto internazionale umanitario (in particolare, ai principi di distinzione e proporzionalità, al divieto di attacchi indiscriminati e al concetto di necessità militare) piuttosto che al Patto stesso⁹⁹¹.

⁹⁸⁷ N. PRUD'HOMME, cit., p. 383.

⁹⁸⁸ Si veda, in particolare: Inter-American Commission on Human Rights, *Coard v. The United States*, Case 10.951, OEA/ser.L/V/II.106.doc.3rev, 1999, par. 42.

⁹⁸⁹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25.

⁹⁹⁰ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., par. 216.

⁹⁹¹ In particolare, la Corte (ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25) ha affermato:

The test of what is an arbitrary deprivation of life [...] 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 [...] is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be

Quanto affermato dalla Corte sembrerebbe, dunque, riconducibile all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ai sensi del quale, nell'interpretare un trattato, l'interprete deve tenere conto di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti⁹⁹². Nello stesso senso, d'altronde, può forse essere interpretato anche quanto osservato dal Comitato dei diritti umani nel Commento gen. n. 31, nel quale, dopo avere ribadito l'applicabilità del Patto sui diritti civili e politici anche in caso di conflitto armato, ha riconosciuto che:

[...] While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be especially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive⁹⁹³.

In ultima analisi, si tende a concordare con quella parte della dottrina che ritiene che i tradizionali metodi di risoluzione dei conflitti fra norme (tanto il principio della *lex specialis* quanto quello della *lex posterior*) abbiano una utilità limitata nell'eventualità che si verifichi un conflitto fra le norme internazionali in materia di diritti umani e quelle di diritto internazionale umanitario⁹⁹⁴. Naturalmente, è possibile che, in un caso concreto, il conflitto sia soltanto apparente e, dunque, evitabile in via interpretativa (ricorrendo, o meno, al principio della *lex specialis*⁹⁹⁵). Ad ogni modo, qualora ciò non fosse possibile e ci si trovasse di fronte ad un vero e proprio conflitto fra norme dei due regimi giuridici in esame, è probabile che tale conflitto non sia risolvibile; in altri termini, non è detto che, nel caso concreto, sia possibile stabilire quale fra due norme in conflitto debba prevalere sull'altra ed escludere, così, l'insorgere della responsabilità

decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.

⁹⁹² Si veda, in tal senso: J. PAUWELYN, cit., p. 410.

⁹⁹³ HRC, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, cit., par. 11.

⁹⁹⁴ Si vedano, fra gli altri: M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 117 ss.; N. PRUD'HOMME, cit., p. 378 ss.

⁹⁹⁵ Si ritiene, infatti, di potere concordare con M. Milanović (M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 120) laddove afferma:

In international law *lex specialis* is nothing more than a sub-species of harmonious interpretation, a method of norm conflict avoidance. All it can do is assist in the interpretation of general terms and standards in either IHL and IHRL by reference to more specific norms from the other branch.

internazionale dello Stato per la violazione di una delle due norme⁹⁹⁶. A differenza di quanto avviene negli ordinamenti giuridici interni⁹⁹⁷, è infatti ipotizzabile, in quello internazionale, che uno Stato assuma contemporaneamente due obblighi confliggenti e si trovi, così, di fronte alla scelta di adempiere all'uno o all'altro di tali obblighi⁹⁹⁸. Naturalmente, dato che, in genere, i conflitti fra i due regimi in esame sono soltanto potenziali, la scelta di adempiere alla norma più stringente (tendenzialmente, quella dei diritti umani) permetterebbe allo Stato di evitare di incorrere in responsabilità.

4. Conclusioni

Da tempo, ormai, ci si interroga sul rapporto fra il diritto internazionale umanitario e le norme internazionali in materia di diritti umani: com'è noto, infatti, il notevole sviluppo di queste ultime e, in particolare, l'emergere di un nucleo duro di diritti di natura consuetudinaria o di *ius cogens* hanno notevolmente influenzato il diritto internazionale umanitario e, nello specifico, la disciplina dell'occupazione militare. In un lavoro di ricerca che intende proporre un'analisi della protezione della popolazione civile nei territori occupati, la questione della contestuale applicazione e delle modalità d'interazione fra i due regimi giuridici non può che assumere una rilevanza primaria.

Nel presente capitolo, si è quindi ritenuto opportuno accennare, innanzitutto, ai caratteri distintivi del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani, rilevando come, nonostante il comune fondamento e l'affinità degli scopi, i due regimi giuridici presentino notevoli differenze tanto in relazione alla titolarità dei diritti quanto avuto riguardo alla titolarità degli obblighi. Ad ogni modo, non si può non notare come, negli ultimi tempi, si sia realizzata una sorta di convergenza, in ragione della crescente "umanizzazione" del diritto internazionale⁹⁹⁹; d'altro canto, quello che, secondo la dottrina tradizionale, costituiva il principale ostacolo a tale processo di convergenza – vale a dire, la netta distinzione fra diritto di pace e diritto di guerra – sembra ormai

⁹⁹⁶ J. PAUWELYN, cit., pp. 418-419.

⁹⁹⁷ Come ricordato da Milanović (M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 111):

In domestic systems, all norm conflicts must eventually be either avoided or resolved, since all forms of legislation at whatever level of governance ultimately fit within a single normative hierarchy.

⁹⁹⁸ *Ivi*, pp. 119-120. *Contra*: C. DROEGE, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross* 90 (2008), p. 501-548, p. 524.

⁹⁹⁹ T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, cit.

superato¹⁰⁰⁰, a tal punto che diritti umani e diritto internazionale umanitario “si presentano oggi, ancorché distinti, come strettamente correlati, con ampie zone di sovrapposizione”¹⁰⁰¹.

Tale processo di graduale convergenza (e sovrapposizione) ha sollevato, naturalmente, una serie di interessanti quesiti circa la stessa applicabilità dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare. Così, verificata l'applicabilità *ratione materiae* delle norme internazionali in materia di diritti umani in tali situazioni, l'analisi si è soffermata sulla questione, tuttora controversa, dell'ambito di applicazione *ratione loci* delle principali convenzioni internazionali sui diritti umani. A tal fine, la ricerca si è incentrata sulla giurisprudenza¹⁰⁰² rilevante in materia di applicazione extraterritoriale del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, così come della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Da una parte, si è osservato che, in linea con l'interpretazione fornita dal Comitato dei diritti umani, è possibile riconoscere l'applicabilità extraterritoriale del Patto, tanto nel caso di occupazione militare quanto in quello in cui un individuo si trovi in potere di uno Stato parte¹⁰⁰³. Diversamente, per quanto concerne la Convenzione europea, si è notato come l'analisi della giurisprudenza della Corte non permetta di giungere a conclusioni simili, dal momento che alcune questioni rilevanti rimangono irrisolte: in particolare, resta ancora da chiarire se il titolo di giurisdizione del controllo territoriale effettivo, individuato dalla Corte in più casi, sia sufficiente a determinare l'applicabilità extraterritoriale della Convenzione e, soprattutto, se esso possa considerarsi soddisfatto per il solo fatto dell'occupazione militare. Nonostante la prudenza dimostrata dalla Corte europea, da un lato, e le rimostranze espresse da alcuni Stati relativamente all'applicazione extraterritoriale del Patto delle Nazioni Unite, dall'altro, l'analisi dei recenti contributi dottrinali porta a ritenere che, una volta acquisito il controllo effettivo del territorio occupato ai sensi del diritto dell'occupazione, tale territorio entri a far parte della sfera di giurisdizione della Potenza occupante ai fini dell'applicazione delle norme dei diritti umani, comportando, così, l'applicabilità dell'intero catalogo dei diritti garantiti dalle convenzioni

¹⁰⁰⁰ Si vedano, fra gli altri: E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 489 ss.; F. LATTANZI, cit., p. 1986; G. VENTURINI, cit., p. 52; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 303 ss.; N. LUBELL, cit., p. 318.

¹⁰⁰¹ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani*, cit., p. 490.

¹⁰⁰² Si è scelto di utilizzare il termine 'giurisprudenza' pur nella consapevolezza della natura peculiare del Comitato dei diritti umani e delle pronunce di tale organo di controllo del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici.

¹⁰⁰³ *Supra*, par. 2.2. del presente capitolo.

internazionali in materia; ad ogni modo, la determinazione della condotta imposta all'occupante non potrà che dipendere dal contesto, inteso come l'insieme degli ostacoli di ordine pratico connessi alla realtà instabile di un'occupazione militare ma anche come l'insieme dei limiti imposti dallo stesso diritto dell'occupazione. In tal senso, come osservato da Lubell:

Clearly the negative tier of respecting the rights can be demanded, while the positive elements will, at the very least, be the same ones as required by the already existing IHL obligations¹⁰⁰⁴.

Si è poi ritenuto opportuno accennare alle specificità dei diritti economici, sociali e culturali, soffermandosi sul Patto delle Nazioni Unite del 1966 e sulla sua applicabilità *ratione materiae e loci* in caso di occupazione militare. In particolare, dopo aver accennato alle difficoltà innegabilmente connesse alla natura programmatica dei diritti in esso sanciti, si è giunti a constatare come quanto rilevato in materia di diritti civili e politici sia valido, in linea di principio, anche in materia di diritti economici, sociali e culturali: è infatti possibile ritenere che, in una situazione di occupazione militare, vi sia una presunzione di piena applicabilità dell'intero catalogo dei diritti umani garantiti dalle convenzioni internazionali in materia – almeno per quanto riguarda l'elemento negativo del 'rispetto' – tanto nel caso dei diritti civili e politici quanto in quello dei diritti economici, sociali e culturali; tuttavia, come già osservato relativamente ai diritti civili e politici, sarà necessario guardare al contesto (e, dunque, anche alle risorse disponibili e alla nozione di 'interesse generale' *ex art. 4* del Patto sui diritti economici, sociali e culturali) al fine di investigare sulla effettiva capacità della Potenza occupante di adempiere agli altri due elementi, questa volta positivi, di 'protezione' e 'realizzazione' dei diritti.

L'analisi si è infine concentrata sulle modalità d'interazione fra diritti umani e diritto internazionale umanitario nei territori occupati. In particolare, si è giunti a confermare la complementarità dei due regimi giuridici, i quali non si escludono ma, piuttosto, si completano a vicenda. Si è però osservato come l'applicazione parallela dei due regimi, con la conseguenza che alcuni diritti sono tutelati da entrambi, potrebbe portare a dei casi di conflitto fra norme. Si è quindi ritenuto utile soffermarsi sulla nozione di conflitto fra norme nel diritto internazionale pubblico, giungendo a dimostrare come i

¹⁰⁰⁴ N. LUBELL, cit., p. 327.

tradizionali meccanismi di risoluzione dei conflitti (fra i quali il ricorso ai principi della *lex posterior* o della *lex specialis*) abbiano, in ultima analisi, una utilità limitata in caso di conflitto fra le norme internazionali in materia di diritti umani e quelle di diritto internazionale umanitario, in ragione delle evidenti difficoltà di determinare la prevalenza di una norma rispetto all'altra. Naturalmente, è possibile che, in un caso concreto, il conflitto sia soltanto apparente e, dunque, evitabile in via interpretativa (ricorrendo, o meno, al principio della *lex specialis*). Ad ogni modo, qualora ciò non fosse possibile e ci si trovasse di fronte ad un vero e proprio conflitto fra due norme dei regimi giuridici in esame, è probabile che tale conflitto non sia risolvibile; in altri termini, non è detto che, nel caso concreto, sia possibile stabilire quale fra due norme in conflitto debba prevalere sull'altra ed escludere, così, l'insorgere della responsabilità internazionale dello Stato per la violazione di una delle due norme¹⁰⁰⁵. Data la citata natura peculiare dei due regimi giuridici in esame e quanto già osservato a proposito della scarsa utilità dei tradizionali metodi di risoluzione dei conflitti fra norme, è dunque altamente probabile che, in alcuni casi, non sia in alcun modo possibile risolvere il conflitto e si giunga ad una violazione di una delle due norme. Per tale ragione, l'analisi dell'interazione fra disciplina dei diritti umani e diritto dell'occupazione non potrà che essere affrontata, nell'ultima parte del presente lavoro di ricerca, con riferimento a specifiche norme¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁵ J. PAUWELYN, cit., pp. 418-419.

¹⁰⁰⁶ Cfr. R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 332 ss.

CAPITOLO 4

INTERAZIONE FRA I DUE REGIMI: DETENZIONE AMMINISTRATIVA E DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE

In tempo di guerra o di conflitto armato, è ragionevole aspettarsi che la necessità di tutelare i diritti individuali passi in secondo piano rispetto a delle considerazioni di sicurezza. Il diritto dell'occupazione, pur tenendo conto, più di altri settori del diritto internazionale umanitario, della particolare tensione fra esigenze della guerra e protezione dei civili, non può certo sottrarsi del tutto alle logiche della guerra.

Tale peculiarità del diritto internazionale umanitario si riflette senz'altro sul già citato art. 27 della IV Convenzione di Ginevra, sebbene, come osservato dal Comitato internazionale della Croce rossa, tale disposizione abbia un valore quasi "costituzionale", nella misura in cui indica le garanzie minime che la Potenza occupante è tenuta ad accordare alla popolazione civile del territorio occupato e ai civili nemici che si trovino nel proprio territorio¹. In particolare, a fianco del divieto di discriminazione (par. 3) e di alcune garanzie fondamentali a favore delle donne (par. 2), la disposizione in esame sancisce il diritto di tutte le persone protette, si trovino esse in territorio occupato o nel territorio del nemico, "al rispetto della loro persona, del loro onore, dei loro diritti familiari, delle loro convinzioni e pratiche religiose, delle loro consuetudini e dei loro costumi" (par. 1). Non si può non notare, però, come lo stesso articolo ammetta, al par. 4, che le Parti in conflitto prendano, nei confronti delle persone protette, le misure di controllo e sicurezza imposte dalla guerra; fra queste, la più grave è senz'altro la detenzione amministrativa (o internamento)², misura di privazione della libertà personale ordinata da un'autorità amministrativa senza che alcun capo d'imputazione sia formulato dalla competente autorità investigativa in materia penale e confermato dall'autorità giudiziaria³. Il diritto dell'occupazione ammette, dunque, che il diritto alla libertà personale dei civili in territorio occupato sia gravemente limitato

¹ Nelle parole di J.S. Pictet (J.S. PICTET, cit., Article 27):

Article 27, placed at the head of Part III, occupies a key position among the Articles of the Convention. It is the basis of the Convention, proclaiming as it does the principles on which the whole of "Geneva Law" is founded.

² Art. 41 della IV Convenzione di Ginevra.

³ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 369.

qualora “imperiosi motivi di sicurezza”⁴ lo richiedano. Non si può quindi non concordare con il giudice della Corte suprema israeliana Zamir laddove afferma, come si avrà modo di vedere, che “*administrative detention deprives an individual of his liberty in the most severe fashion*”⁵.

Alla luce di tali considerazioni, la questione dell’interazione fra il diritto internazionale umanitario e i diritti umani in materia di libertà personale appare indubbiamente di primaria importanza. Ai fini del presente lavoro di ricerca, sarà dunque opportuno soffermarsi, innanzitutto, sulla disciplina della detenzione amministrativa prevista dal diritto internazionale umanitario, per poi concentrarsi sul diritto alla libertà personale sancito in due dei principali trattati internazionali sui diritti umani: a livello universale, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici; a livello regionale, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Infine, dopo una breve ricostruzione delle norme consuetudinarie rilevanti in materia, il presente lavoro di ricerca evidenzierà – e tenterà di riconciliare – eventuali conflitti fra le norme di diritto internazionale umanitario in materia di detenzione amministrativa e il diritto alla libertà personale sancito nei trattati sui diritti umani.

1. La detenzione amministrativa nei territori occupati

Come già rilevato, il diritto internazionale umanitario consente ai belligeranti di adottare, nei confronti delle persone protette, le misure di controllo e di sicurezza imposte dalla guerra⁶. Fra queste, le più gravi sono sicuramente la detenzione amministrativa (o internamento) e la residenza obbligata⁷. In entrambi i casi, si tratta di misure di privazione della libertà ordinate dal potere esecutivo allo scopo di garantire la sicurezza di una regione o di un’area soggetta a gravi disordini⁸; a differenza di quanto avviene nei casi di detenzione preventiva in attesa di processo, la decisione di internare un individuo o di assegnargli una residenza obbligata è presa da un organo

⁴ Art. 78 della IV Convenzione di Ginevra.

⁵ Supreme Court (Israel), *El-Amla v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2320/98, citato in: Supreme Court (Israel), *Yassin et al. v. Commander of the Kziot Military Camp – Kziot Detention Facility*, HCJ 5591/02, Judgment, 18 December 2002, par. 7, disponibile presso: elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/910/055/A03/02055910.a03.pdf.

⁶ Art. 27, IV Convenzione di Ginevra.

⁷ J. PEJIC, cit., p. 380. A definirle così, d’altronde, è la stessa IV Convenzione di Ginevra (art. 41).

⁸ R. KOLB, S. VITÉ, cit., pp. 368-369.

amministrativo senza che alcun capo d'imputazione sia formulato nei confronti di tale individuo⁹. Dunque, come osservato dal giudice della Corte suprema israeliana Zamir:

Administrative detention deprives an individual of his liberty in the most severe fashion. Liberty is denied, not by the court, but rather by an administrative authority; not by a judicial proceeding, but rather by an administrative decision¹⁰.

Il tratto distintivo di tali misure consiste, quindi, proprio nella loro natura preventiva¹¹: esse possono essere imposte soltanto ove si rivelino necessarie ad impedire che un individuo commetta un reato in futuro, differenziandosi in tal senso da una pena inflitta per un reato commesso in passato; in quest'ultimo caso, infatti, la persona sospettata di aver commesso un reato dovrà essere processata da un tribunale competente¹².

Ai fini del presente lavoro di ricerca, ci si soffermerà, da ora in avanti, esclusivamente sulla detenzione amministrativa. Vale però la pena di ricordare che la differenza fra la residenza obbligata, da un lato, e la detenzione amministrativa, dall'altro, risiede – come già osservato nel secondo capitolo del presente lavoro di ricerca – esclusivamente nell'intensità: se nel primo caso l'individuo verrà allontanato dal proprio domicilio e sarà costretto a risiedere in un luogo diverso, in genere abbastanza isolato da permettere un maggiore controllo, nel secondo caso la persona detenuta sarà relegata in un luogo appositamente creato dalla Potenza detentrici e dovrà vivere con altri detenuti¹³. Ne consegue che, in linea con il principio di proporzionalità, la scelta fra detenzione amministrativa e residenza obbligata non potrà che dipendere dalle circostanze e, in particolare, dalla gravità della minaccia¹⁴.

Prima di soffermarsi sulla detenzione amministrativa nei territori occupati (disciplinata, per la maggior parte, dagli artt. 78-135 della IV Convenzione di Ginevra), occorre ricordare che il diritto internazionale umanitario consente l'adozione di tali misure di privazione della libertà anche nei confronti degli stranieri sul territorio di una

⁹ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 369.

¹⁰ Supreme Court (Israel), HCJ 2320/98, *El-Amla v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, cit., par. 7.

¹¹ Nelle parole di Y. Dinstein, “*the essence of internment [...] is that it is preventive rather than punitive in nature*”. Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 173.

¹² R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 369.

¹³ *Ivi*, p. 371; J.S. PICTET, cit., Article 42. Si veda anche: ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001, par. 283.

¹⁴ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 371.

Parte belligerante (artt. 42 ss. della stessa Convenzione). Alcune delle dettagliate disposizioni applicabili in quest'ultimo caso, in effetti, possono essere applicate per analogia alle detenzioni amministrative in territorio occupato¹⁵.

Ai sensi del par. 1 dell'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra:

Se la Potenza occupante ritiene necessario, per imperiosi motivi di sicurezza, prendere misure di sicurezza nei confronti di persone protette, essa potrà tutt'al più imporre loro una residenza obbligata o procedere al loro internamento.

Le decisioni relative alla residenza obbligata o all'internamento saranno prese seguendo una procedura regolare che dovrà essere fissata dalla Potenza occupante, conformemente alle disposizioni della presente Convenzione. Questa procedura deve prevedere il diritto di appello degli interessati. I ricorsi d'appello devono essere decisi entro il più breve termine possibile. Se le decisioni sono mantenute, esse saranno sottoposte ad una revisione periodica, possibilmente semestrale, a cura di un organismo competente istituito da detta Potenza¹⁶.

L'analisi della detenzione amministrativa nei territori occupati deve dunque essere svolta, in primo luogo, sotto il profilo dei motivi atti a giustificare l'adozione di tale misura eccezionale di privazione della libertà (par. 1 dell'art. 78) e, in secondo luogo, sotto il profilo procedurale (par. 2 dell'art. 78).

Per quanto riguarda il primo dei profili citati, occorre innanzitutto ribadire come la detenzione amministrativa abbia natura preventiva e non possa quindi essere utilizzata dalla Potenza occupante come alternativa a procedimenti di tipo penale: qualora un individuo sia sospettato di aver commesso un reato, egli dovrà essere processato da un tribunale competente e godrà di tutte le garanzie di un processo equo previste dallo stesso diritto dell'occupazione (artt. 64 ss. della IV Convenzione di Ginevra)¹⁷. Come sottolineato da Pejic, affinché i diritti dei civili siano effettivamente tutelati, è essenziale che il regime di detenzione amministrativa e quello penale siano nettamente separati l'uno dall'altro:

¹⁵ J.S. PICTET, cit., Article 43.

¹⁶ Art. 78, parr. 1 e 2 della IV Convenzione di Ginevra (traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.).

¹⁷ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 369; J. PEJIC, cit., p. 381.

Unless internment/administrative detention and penal repression are organized as strictly separate regimes there is a danger that internment might be used as a substandard system of penal repression in the hands of the executive power, bypassing the one sanctioned by a country's legislature and courts¹⁸.

Sull'importanza della distinzione fra procedimenti di tipo penale e detenzione amministrativa, può forse essere interessante accennare anche alla giurisprudenza della Corte suprema israeliana, la quale ha avuto modo di ribadire la natura esclusivamente preventiva, non punitiva, della detenzione amministrativa e ha sottolineato come, in determinati casi, le prove a disposizione dell'autorità amministrativa possano risultare sufficienti a ritenere un individuo "pericoloso" e giustificare, così, la sua detenzione per "imperiosi motivi di sicurezza", ma non siano ammissibili nell'ambito di un procedimento di tipo penale. In tal senso, nel caso *Salama*, la Corte ha osservato:

It is important to remember that it is not always possible, for reasons of protecting sources of information, to hold a criminal proceeding. It should not be forgotten that administrative detention and criminal proceedings act on different, and separate, planes. The point of departure is that administrative detention is about preventing a future danger to the security of the State or the security of the public. *Administrative detention is not intended to be a means for punishing for acts that were committed in the past, or to serve as a substitute for the penal means [...].* Reliable evidence justifying the administrative detention of a person can be amassed by the authorities "without there being a possibility of bringing the witnesses to testify what they saw with their own eyes or heard with their own ears" [...]¹⁹.

È poi opportuno osservare come, ai sensi dell'art. 78, tanto la detenzione amministrativa quanto la residenza obbligata non possano che caratterizzarsi come misure eccezionali poiché, nelle parole di Pejic, "[these] are the most severe measures of control that [an] Occupying Power may take with respect to protected persons against whom no criminal proceedings have been initiated"²⁰. Tali misure di privazione della libertà personale dovranno essere adottate soltanto alla luce di considerazioni di

¹⁸ J. PEJIC, cit., p. 381.

¹⁹ Supreme Court (Israel), *Louie Salama et al. v. Israel Defence Force (IDF) Commander in Judea and Samaria*, HCJ 5784/03, 6024/03, 6025/03, 11 August 2003, par. 6, disponibile presso: elyon1.court.gov.il/Files_ENG/03/840/057/A05/03057840.A05.pdf [corsivo aggiunto].

²⁰ J. PEJIC, cit., p. 380.

necessità militare: l'occupante potrà ricorrere alla detenzione amministrativa (così come alla residenza obbligata) soltanto in casi eccezionali, segnatamente qualora "imperiosi motivi di sicurezza" lo impongano²¹.

Non ci si può però esimere dal notare come il concetto di sicurezza sia alquanto vago, lasciando così alla Potenza occupante ampia discrezionalità²². Interpretando, per analogia, l'espressione "imperiosi motivi di sicurezza" *ex art. 78* alla luce dei lavori preparatori dell'art. 42 – il quale ammette la detenzione amministrativa (e la residenza forzata) di stranieri nel territorio di un belligerante qualora la "sicurezza della Potenza in cui potere queste persone si trovano" lo richieda – è possibile ritenere che i redattori della Convenzione abbiano inteso far riferimento alla sicurezza della Potenza detentrici o occupante²³. Considerando, però, che la Potenza occupante ha anche l'obbligo di assicurare l'ordine e la vita pubblica sul territorio occupato (*ex art. 43* del Regolamento dell'Aja), gli "imperiosi motivi di sicurezza" *ex art. 78* non potranno che concernere anche la sicurezza della popolazione civile del territorio occupato. Così, nel caso dell'art. 78, si ritiene di poter adottare un'interpretazione più ampia di "sicurezza", nel senso di tenere conto tanto della sicurezza della Potenza occupante quanto di quella della popolazione civile²⁴. Ad ogni modo, sebbene, come già accennato, la Potenza occupante goda di ampia discrezionalità nel determinare gli "imperiosi motivi di sicurezza" suscettibili di giustificare l'adozione delle misure di sicurezza e controllo in esame²⁵, il Comitato internazionale della Croce Rossa ha notato come, nel caso di civili

²¹ Il carattere eccezionale di tali misure è stato sottolineato, ad esempio, dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *Delalić*. ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998, par. 571-572.

²² R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 375. Si veda anche il caso *Delalić* (*ivi*, par. 574), in cui il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ribadisce:

The measure of activity deemed prejudicial to the internal or external security of the State which justifies internment or assigned residence is left largely to the authorities of that State.

²³ J.S. PICTET, cit., Article 42.

²⁴ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 368.

²⁵ *Ivi*, p. 375; ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998, par. 574; ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001, par. 328 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001, par. 282. Si veda anche quanto osservato da J. Pejic (J. PEJIC, cit., p. 380) laddove cita il Commento alla IV Convenzione di Ginevra (J.S. PICTET, cit., Article 42):

It did not seem possible to define the expression 'security of the State' in a more concrete fashion. It is thus left very largely to Governments to decide the measure of activity prejudicial to the internal or external security of the State which justifies internment or assigned residence.

in territori occupati, la formula scelta dai redattori per l'art. 78 (“imperiosi motivi di sicurezza”) sia senz'altro meno permissiva di quella adottata dall'art. 42 (“sicurezza della Potenza in cui potere queste persone si trovano”), garantendo dunque una tutela maggiore alla popolazione civile²⁶.

È poi opportuno rilevare come la Potenza occupante possa ordinare delle misure di detenzione amministrativa soltanto su base individuale, vale a dire riscontrando l'esistenza di “imperiosi motivi di sicurezza” atti a giustificare la detenzione di un individuo soltanto caso per caso. È naturalmente possibile che la Potenza occupante ordini la detenzione di un numero cospicuo di individui ma, *ça va sans dire*, ciascuna di tali detenzioni dovrà trovare fondamento in una decisione individuale²⁷: come osservato nel Commento all'art. 78, infatti, “*there can be no question of taking collective measures*”²⁸. D'altronde, eventuali provvedimenti di detenzione amministrativa su base collettiva sarebbero proibiti anche ai sensi dell'art. 75, par. 2, lett d), del primo Protocollo addizionale, il quale vieta le pene collettive.

Sarà adesso opportuno soffermarsi sugli aspetti procedurali della disciplina del regime di detenzione amministrativa, notando innanzitutto come la Potenza occupante sia tenuta a rispettare il principio di legalità: ai sensi dell'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra, infatti, “le decisioni relative alla residenza obbligata o all'internamento saranno prese seguendo una procedura regolare che dovrà essere fissata dalla Potenza occupante, conformemente alle disposizioni della presente Convenzione”. Tale procedura dovrà prevedere il diritto di appello degli interessati, il più breve termine possibile per la decisione dei ricorsi d'appello e una revisione periodica (possibilmente su base semestrale) a cura di un organismo competente istituito dall'occupante stesso. La detenzione illegale, vale a dire la detenzione che non rispetti le condizioni procedurali stabilite dal secondo paragrafo dell'art. 78²⁹, costituisce una infrazione grave della Convenzione di Ginevra ai sensi dell'art. 147 e dell'art. 8 (2) (a) (vii) dello Statuto della Corte penale internazionale, che la definisce come crimine di guerra. In tal senso, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, in un caso riguardante però

²⁶ J.S. PICTET, cit., Article 78.

²⁷ R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 378; J. PEJIC, cit., pp. 381-382; ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998, par. 578; ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001, par. 285; ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001, par. 327.

²⁸ J.S. PICTET, cit., Article 78.

²⁹ J. PEJIC, cit., p. 383.

la detenzione di civili sul territorio di una parte in conflitto, ha affermato che “*an initially lawful internment clearly becomes unlawful if the detaining party does not respect the basic procedural rights of the detained persons and does not establish an appropriate court or administrative board*”³⁰.

Il diritto dell’occupazione protegge, dunque, la popolazione civile dei territori occupati da detenzioni amministrative illegali prevedendo, innanzitutto, il diritto d’appello degli interessati, il quale può forse essere assimilato all’*habeas corpus* proprio della disciplina dei diritti umani³¹: in entrambi i casi, infatti, lo scopo è quello di consentire all’individuo di contestare la legalità della propria detenzione e, se del caso, ottenere il rilascio³². L’art. 78 prevede poi, come già accennato, una revisione periodica (possibilmente su base semestrale) a cura di un organismo competente istituito dall’occupante stesso. In questo caso, la procedura deve essere avviata d’ufficio, non essendo necessaria l’iniziativa degli individui internati³³. Per quanto concerne la natura dell’organo competente a trattare l’appello e la revisione periodica della detenzione, nel silenzio dell’art. 78, è forse possibile applicare, per analogia, quanto previsto dal primo paragrafo dell’art. 43³⁴, sebbene quest’ultimo trovi applicazione solo relativamente agli individui stranieri internati nel territorio di un belligerante:

Ogni persona protetta che sia stata internata o alla quale sia stata assegnata una residenza forzata, avrà il diritto di ottenere che *un tribunale o un collegio amministrativo competente, istituito a questo scopo dalla Potenza protettrice*, riesamini entro il più breve termine possibile la decisione presa nei suoi confronti. Se l’internamento o la residenza forzata sono mantenuti, *il tribunale o il collegio amministrativo* procederà periodicamente, e almeno due volte l’anno, ad un esame del caso di questa persona al fine di correggere in suo favore la decisione iniziale, qualora le circostanze lo permettano³⁵.

³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998, par. 322.

³¹ Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 495; R. KOLB, S. VITÉ, cit., pp. 380-381; J. PEJIC, cit., p. 386.

³² Come osservato da Pejic (J. PEJIC, cit., p. 386):

While the Convention does not specifically speak of these actions as challenges to the lawfulness of detention, that is what they essentially are. The purpose of the “reconsideration” or “appeal” is to enable the competent body to determine whether the person was deprived of liberty for valid reasons and to order his or her release if that was not the case.

³³ J.S. PICTET, cit., Article 43; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 385.

³⁴ J.S. PICTET, cit., Article 78; R. KOLB, S. VITÉ, cit., p. 383.

³⁵ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit. [corsivo aggiunto].

È quindi possibile che l'organo competente per l'appello e la revisione periodica delle misure di detenzione sia un organo giudiziario, ma è anche possibile che si tratti, invece, di un organo amministrativo (collegiale). Ad ogni modo, affinché l'appello e la revisione siano effettivi, è ragionevole ritenere che l'organo competente debba godere di imparzialità ed indipendenza³⁶, che non possa trattarsi della stessa autorità incaricata di prendere le decisioni di internamento³⁷ e che tale organo goda del potere di ordinare, se del caso, il rilascio di un individuo detenuto illegalmente³⁸.

Naturalmente, affinché un individuo possa contestare la legalità della propria detenzione, è necessario che sia messo a conoscenza dei motivi di tale privazione della libertà. Sebbene la IV Convenzione di Ginevra non faccia alcun riferimento a tale diritto di informazione, il par. 3 dell'art. 75 del primo Protocollo addizionale prevede espressamente che “ogni persona arrestata, detenuta o internata per atti connessi con il conflitto armato [sia] informata senza ritardo, in una lingua che essa comprende, dei motivi per cui dette misure sono state prese”³⁹. Naturalmente, qualora il periodo di detenzione sia esteso in seguito a revisione periodica, l'individuo dovrà essere informato anche delle ragioni di tale estensione⁴⁰. Fra le garanzie procedurali spettanti agli individui internati in territorio occupato, quella del diritto d'informazione sui motivi della detenzione è, ad avviso di chi scrive, la più problematica. Generalmente, infatti, gli ordini di detenzione si basano su informazioni segretate, la cui stessa

³⁶ J.S. PICTET, cit., Article 43.

³⁷ J. PEJIC, cit., p. 388.

³⁸ *Ivi*, p. 385-386; Y. ARAI-TAKAHASHI, cit., p. 499; ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001, par. 327-328. Si veda, ad esempio, quanto affermato dalla Corte Suprema israeliana nel caso *IDF West Bank Military Commander* (Supreme Court (Israel), *The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria Area v. Judge of the Military Court of Appeals in the Judea and Samaria Area and the Gaza Strip Area & Walid Muhammad Hamdan Hanatshe*, HCJ 6845/05, 4 August 2005, par. 8, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=0BA8B6AACB7A790CC12575BC00443D52&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL-992BU9&from=state):

If a legal judge decided for a substantive reason not to extend, or to shorten, a period of administrative detention, there shall be no “going around” the decision by issuing a new detention order without there being a significant change regarding the dangerousness of the detainee [...]. The summary of the ruling is that “the military commander may not extend the period of detention after a judge has decided to shorten the period, except in the case of one of the following: (1) the judge decided to shorten the detention order so that the military commander can reconsider, toward the end of the shortened period, if there is justification for the continuation of the detention, or (2) after the judge decided to shorten the detention period, new information was received, or a change of circumstances that can significantly alter the level of dangerousness of the detainee has occurred.”

³⁹ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

⁴⁰ J. PEJIC, cit., p. 384.

rivelazione al detenuto (o al suo legale) potrebbe compromettere la sicurezza della Potenza occupante⁴¹. In tal senso, la Corte suprema israeliana ha avuto modo di rilevare la fondamentale differenza tra procedimenti penali e detenzioni amministrative, sottolineando che:

In a criminal trial the investigation material is relayed to the accused; the material hidden from him for reasons set out by law cannot be used against him. In administrative detention, the detainee cannot view the material against him, which serves as the basis for his detention, and thus he cannot directly defend himself against it; nor is he put on criminal trial, so he cannot carry out the needed investigations regarding the evidence⁴².

In particolare, la Corte suprema israeliana sembra ritenere che la serietà delle condizioni di sicurezza nei territori occupati e la necessità di contrastare il terrorismo rendano indispensabile il ricorso a misure di detenzione amministrativa e giustifichino la decisione di non rivelare le fonti delle informazioni su cui tali misure si basano⁴³. Alla luce di tali considerazioni, la Corte sottolinea il ruolo degli organi competenti a trattare il ricorso e la revisione periodica di misure di detenzione quali “voci” ed “agenti” dell’individuo internato⁴⁴. La questione della segretezza delle informazioni su cui si basano, generalmente, le misure di detenzione amministrativa si rivela poi

⁴¹ Si veda, ad esempio, quanto stabilito dalla Corte Suprema israeliana nel caso *Al-Ahmar* (Supreme Court (Israel), *Abd el Rahman el Ahmar v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 1139/04, 26 February 2004, p. 2, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=C019DB769D7B5086C12575C2004665CE&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL-992BUA&from=state), in cui la Corte afferma:

We heard respondents in camera – like the judicial instances before us – and we read written material that was presented to us. We are of the opinion that this evidential material should not be revealed to petitioner, not even in part, all for the security of the public and the protection of human life.

⁴² Supreme Court (Israel), *The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria Area v. Judge of the Military Court of Appeals in the Judea and Samaria Area and the Gaza Strip Area & Walid Muhammad Hamdan Hanatshe*, cit., par. 8.

⁴³ In particolare, la Corte nota che “*administrative detention is a necessary means, forced upon us in conditions of a severe war against terrorism*”. *Ivi*, par. 8.

⁴⁴ In tal senso, la Corte osserva (*ivi*, par. 8):

In light of all that, a Court reviewing administrative detention has, as mentioned, a special duty to inquire and investigate regarding the material presented to it, as, to a certain extent, it serves as the detainee’s mouth and as his “agent” – in the sense of the trust put in it; it must remember that “there is no justification for such a severe impingement upon human liberty, unless it is done to prevent a real danger to the security of the public” [...] and for “imperative security reasons” [...].

delicata anche quando, in sede di appello o revisione periodica, l'organo competente si trovi a dover valutare l'attendibilità degli elementi a carico dell'internato. Nel caso *Barham*⁴⁵, ad esempio, la Corte suprema israeliana ha rilevato l'importanza di operare, in ogni caso, una revisione sostanziale della procedura di detenzione amministrativa e, dunque, dell'attendibilità del materiale secretato presentato dall'autorità che ordina la detenzione, ricorrendo, dunque, se del caso, all'udienza degli "informatori", sebbene ciò possa compromettere, senza dubbio, la loro sicurezza; la Corte, però, non manca di osservare come la portata dell'esame degli indizi che l'organo competente è tenuto a svolgere non possa che dipendere, in ultima analisi, da una decisione discrezionale di tale organo, il quale dovrà bilanciare, da un lato, le considerazioni di sicurezza dell'occupante e, dall'altro, il diritto alla libertà personale di ogni individuo⁴⁶.

Vale inoltre la pena di osservare come uno degli aspetti più importanti della detenzione amministrativa consista nel divieto di misure di privazione della libertà che si protraggono oltre il lasso di tempo per il quale la Potenza detentrica può fornire delle motivazioni appropriate⁴⁷. Infatti, ai sensi dell'art. 132 della IV Convenzione di Ginevra, così come dell'art. 75, par. 3, del primo Protocollo addizionale, ogni individuo internato ha il diritto di essere liberato "nei più brevi termini possibili e, comunque, non appena saranno venute meno le circostanze che ne avevano giustificato

⁴⁵ Citato in: Supreme Court (Israel), *Shadi Talal Sadr & Ibrahim Ali Shanaita v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 5994/03, 5995/03, 17 July 2003, par. 2, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=49853C21C31C4A70C12575C20051F042&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL-992BUB&from=state.

⁴⁶ In tal senso, nel caso *Sadr* (*ivi*, par. 2), la Corte afferma:

The scope of the examination which the legal judge is obligated to perform in reviewing the justification for the administrative detention order is a matter of his discretion. [...] On the basis of viewing the written material – which is likely to be accompanied by questions presented to the official who submitted the material to him (a representative of the prosecution or a representative of the General Security Service) – the judge can decide whether the material before him is sufficient in order to persuade him regarding the existence of reliable information which can justify the detention. If the Judge is of the opinion that the case before him requires deeper and more detailed examination of the information, it is presumed that he will order such examination and determine the appropriate ways to carry it out. Thus, for example, the judge might summon additional officials among the General Security Service who were involved in the collection of the material, in order to get a direct impression of their assessments regarding its reliability and to examine their considerations.

⁴⁷ Secondo il Comitato internazionale della Croce Rossa, tale divieto fa parte del diritto consuetudinario. Al riguardo, si veda: ICRC, *Customary International Humanitarian Law Database*, Rule 99 (Deprivation of Liberty), disponibile presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul.

l'internamento”⁴⁸. Dunque, come sottolineato da Pejic, “*deprivation of liberty on such grounds cannot be indefinite*”⁴⁹. In tal senso, nel caso *Anonymous v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria*, la Corte suprema israeliana ha ribadito:

Administrative detention cannot continue indefinitely. The longer the period that the detention lasts, the greater the need for reasons of considerable weight to justify further extension of the detention. With the passage of time, the means of administrative detention become so burdensome as to cease to be proportionate. Indeed, even when the power to impair liberty by means of a detention order is given, the use of this power must be proportionate. It is forbidden to cross the “breaking point” beyond which the administrative detention is no longer proportionate⁵⁰.

È infine opportuno ricordare brevemente che il diritto dell'occupazione pone in capo alla Potenza occupante l'obbligo di registrare ogni persona internata⁵¹ e di trattenerla in appositi luoghi d'internamento⁵². La Convenzione di Ginevra prevede inoltre che ogni informazione circa l'internamento di una persona o il suo eventuale trasferimento da una struttura detentiva ad un'altra sia comunicata al suo Stato d'origine e alla Potenza protettrice⁵³; ad ogni modo, dato lo scarso successo del meccanismo delle Potenze protettrici (solo di rado nominate dai belligeranti), tali informazioni pervengono ad oggi al Comitato internazionale della Croce rossa (*ex art. 143, par. 5, della IV Convenzione di Ginevra*). Come previsto dall'art. 106, poi, “la persona internata sarà messa in condizione, dal momento del suo internamento o, al più tardi, una settimana dopo il suo arrivo in un luogo di internamento [...] di inviare direttamente alla sua famiglia una cartolina d'internamento [...] che la informi del suo internamento, del suo indirizzo e del suo stato di salute”⁵⁴.

⁴⁸ Art. 75, par. 3, del I Protocollo addizionale (traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.).

⁴⁹ J. PEJIC, cit., p. 382.

⁵⁰ Supreme Court (Israel), *Anonymous v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria*, HCJ 11026/05, 5 December 2005, par. 6, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=40646DB4CC91507CC12575BC00493E94&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL992BU9&from=state.

⁵¹ Secondo il Comitato internazionale della Croce Rossa, tale obbligo di registrazione delle persone internate sarebbe ormai parte del diritto internazionale consuetudinario. ICRC, *Customary International Humanitarian Law Database*, Rule 123 (Recording and Notification of Personal Details of Persons Deprived of their Liberty), disponibile presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul.

⁵² Artt. 136-139 della IV Convenzione di Ginevra.

⁵³ Art. 105 della IV Convenzione di Ginevra.

⁵⁴ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

Prima di soffermarsi sulle norme dei diritti umani in materia di libertà personale, sarà utile accennare al divieto di privazione arbitraria della libertà nel diritto internazionale umanitario consuetudinario. Il Comitato internazionale della Croce rossa ritiene, infatti, che tale divieto si sia ormai affermato come norma consuetudinaria tanto nei conflitti armati internazionali quanto in quelli interni: nonostante l'assenza, nelle Convenzioni di diritto internazionale umanitario, di qualunque riferimento espresso all'arbitrarietà della detenzione, tale divieto sarebbe desumibile dal fatto che il diritto umanitario si preoccupa di specificare tanto i motivi per i quali un individuo può essere privato della libertà quanto le condizioni procedurali per l'attuazione e la supervisione di ogni misura di detenzione⁵⁵. La natura consuetudinaria di tale divieto sarebbe desumibile dalla corrispondente prassi generalizzata degli Stati, i quali non hanno mancato di fare riferimento alla detenzione illegale nella propria legislazione in materia penale⁵⁶ e di definirla quale infrazione grave alle Convenzioni di Ginevra nei loro manuali militari⁵⁷; d'altronde, la ricca giurisprudenza dei tribunali nazionali in materia di detenzione nel corso di un conflitto armato sembra confermare tale interpretazione: si pensi alla già citata giurisprudenza della Corte suprema israeliana relativa ai casi di detenzione nei territori palestinesi occupati o a quella delle corti del Regno Unito relativamente ai casi di detenzione in Iraq e Afghanistan⁵⁸.

⁵⁵ ICRC, *Customary International Humanitarian Law Database*, Rule 99 (Deprivation of Liberty), disponibile presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul.

⁵⁶ Si veda, ad esempio, il codice penale croato del 1997 così come emendato nel 2006 (art. 158, par. 1), ai sensi del quale la detenzione illegale è un crimine di guerra. Nello stesso senso, si vedano, fra gli altri, il Codice penale della Bosnia-Erzegovina del 1998 (art. 154, par. 1), quello della Finlandia del 1889 emendato nel 2008 (capitolo 11, Sezione 5 (1) (12)), quello della Georgia del 1999 (art. 411, par. 2, lett. F)) e l'*International Crimes Act* dei Paesi Bassi del 2003 (art. 5, par. 1, lett. G)).

⁵⁷ Si vedano, fra gli altri: Australia, *Law of Armed Conflict, Commanders' Guide*, Australian Defence Force Publication, Operations Series, ADFP 37, Supplement 1 – Interim Edition, 7 March 1994, par. 1305(d); Canada, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, Office of the Judge Advocate General, 1999, p. 16-3, par. 14(b); France, *Fiche de Synthèse sur les Règles Applicables dans les Conflits Armés*, Note N. 432/DEF/EMA/OL.2/NP, Général de Corps d'Armée Voinot (pour l'Amiral Lanxade, Chef d'Etat-major des Armées, 1992, par. 3.4; Germany, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, DSK W207320067, edited by the Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany, VR II 3, August 1992, English translation of ZDv 15/2, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, August 1992, par. 1209; The United Kingdom, *The Law of War on Land being Part II of the Manual of Military Law*, The War Office, HMSO, 1958, par. 625(c).

⁵⁸ Per l'Iraq, si veda il caso *Al-Jedda*: England and Wales High Court of Justice, *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2005] EWHC 1809 (Admin), Judgment of 12 August 2005; England and Wales Court of Appeal, *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2006] EWCA Civ 327, Judgment of 29 March 2006; House of Lords, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58, Judgment of 12 December 2007.

Per l'Afghanistan, si veda il caso *Evans*: England and Wales High Court of Justice (Queen's Bench Division), *R. (on the application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence, with Associated Press intervening*, [2013] EWHC 3068 (Admin), Judgment of 16 October 2013.

2. Il diritto alla libertà personale

Com'è noto, i principali trattati internazionali in materia di diritti umani garantiscono il diritto di ogni individuo alla libertà e alla sicurezza personale. Si pensi, a livello universale, all'art. 9 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, il quale vieta arresti e detenzioni arbitrari, o, a livello regionale, all'art. 5 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 7 della Convenzione interamericana sui diritti umani e all'art. 6 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, si è scelto di soffermarsi esclusivamente sui primi due trattati internazionali citati: a livello universale, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, e, a livello regionale, la Convenzione europea.

2.1. L'articolo 9 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici

2.1.1. Ambito di applicazione

Ai sensi dell'art. 9 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici:

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement.

4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

Il primo paragrafo del Patto sancisce, dunque, il diritto alla sicurezza e alla libertà personale⁵⁹. Per quanto riguarda il concetto di sicurezza personale, esso è riconducibile ad un obbligo posto in capo agli Stati parti di adottare le misure necessarie a proteggere l'integrità fisica degli individui soggetti alla loro giurisdizione⁶⁰. Come affermato a più riprese dal Comitato dei diritti umani, il diritto alla sicurezza personale è indipendente da quello alla libertà personale: lo Stato parte è tenuto a proteggere gli individui da attacchi contro la sicurezza della propria persona – siano essi perpetrati da privati o da agenti statali⁶¹ – indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di individui detenuti⁶². Per quanto riguarda, invece, la libertà personale, occorre innanzitutto osservare come essa sia solo una delle componenti della libertà in senso ampio e, per tale ragione, non debba essere confusa con quest'ultima: nel concetto di libertà personale rientra soltanto la libertà fisica, la cui privazione consiste nell'arresto e/o nella detenzione di un

⁵⁹ Come sottolineato dal Comitato dei diritti umani (HRC, *General Discussion on the preparation for a General Comment on Article 9 (Liberty and Security of Person) of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Palais des Nations, Room XII – 25 October 2012, par. 2, disponibile presso: www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GConArticle9.aspx):

Liberty of person concerns freedom from confinement of the body. Security of person concerns freedom from injury to the body, or bodily integrity.

⁶⁰ Human Rights Committee, *W. Delgado Páez v. Colombia*, No. 195/1985, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/195/1985, 1990, p. 47, par. 5.4 e 5.6. Secondo parte della dottrina, però, l'esatto significato di tale termine nell'ambito dei principali trattati internazionali in materia di diritti umani è ancora oggetto di controversia. M. NOWAK, cit., p. 213.

⁶¹ HRC, *Marcellana and Gumanoy v. Philippines*, No. 1560/2007, CCPR/C/94/D/1560/2007, 17 November 2008, par. 7.7; HRC, *Concluding observations on Uganda*, CCPR/CO/80/UGA, 4 May 2004, par. 12.

⁶² Si vedano, fra gli altri: HRC, *W. Delgado Páez v. Colombia*, cit., par. 5.5; HRC, *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003, 2006, par. 12.3; HRC, *Bwalya v. Zambia*, No. 314/1988, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/314/1988, 1993; HRC, *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, No. 468/91, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/468/1991, 1993; HRC, *Tshishimbi v. Zaire*, No. 542/93, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/542/1993, 1996; HRC, *Leehong v. Jamaica*, No. 613/95, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/613/1995, 12 August 1999, par. 9.3; HRC, *Dias v. Angola*, No. 711/96, U.N. Doc. CCPR/C/68/D/711/1996, 2000; HRC, *Chongwe v. Zambia*, No. 821/98, U.N. Doc. CCPR/CAO/D/84/1998, 2000; HRC, *Jiménez Vaca v. Colombia*, No. 859/99, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/859/1999, 15 April 2002; HRC, *Jayawardene v. Sri Lanka*, No. 916/00, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/916/2000, 26 July 2002. In tal senso, si esprime anche parte della dottrina: S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Second edition, Oxford University Press, 2005, p. 305; M. NOWAK, cit., p. 214; R. PATI, *Due Process and International Terrorism. An International Legal Analysis*, Martinus Nijhoff, 2009, p. 42, nota 31.

individuo in una struttura carceraria o simili⁶³; ogni altra (seppur seria) limitazione alla libertà di movimento di un individuo – come, ad esempio, la residenza obbligata, l’esilio, il confino, e così via – rientra piuttosto nell’ambito di applicazione delle norme in materia di libertà di movimento (artt. 12 e 13 del Patto)⁶⁴. Ad ogni modo, non si può non notare come il Patto manchi di chiarire l’esatto significato dei termini ‘arresto’ e ‘detenzione’: come recentemente ribadito dallo stesso Comitato⁶⁵, si può ritenere che il termine ‘arresto’ faccia riferimento all’atto di privazione della libertà di un individuo⁶⁶, mentre il termine ‘detenzione’ rinvierebbe allo stato di privazione della libertà che segue l’arresto, la condanna, il sequestro e così via⁶⁷. È dunque evidente come la disposizione in esame non si limiti a disciplinare le misure di privazione della libertà personale che si inscrivono (o sfociano) in un procedimento penale ma, al contrario, riguarda una vasta gamma di misure molto diverse fra loro. Il Commento generale n. 8, adottato dal Comitato dei diritti umani nel 1982, ha contribuito significativamente a chiarire l’ambito di applicazione *ratione materiae* dell’art. 9, specificando:

Paragraph 1 is applicable to *all deprivations of liberty*, whether in *criminal cases* or in other cases such as, for example, *mental illness, vagrancy, drug addiction, educational purposes, immigration control*, etc. It is true that some of the provisions of article 9 (part of para. 2 and the whole

⁶³ R. PATI, cit., p. 42, nota 30.

⁶⁴ Come rilevato da Nowak (M. NOWAK, cit., p. 212), nel caso *Celepli c. Svezia* (HRC, *Celepli c. Svezia*, No. 456/1991, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/456/1991, 1994, par. 5.2 e 6.1), il Comitato ha inteso l’imposizione di una residenza obbligatoria (con obbligo di firma tre volte a settimana) da parte delle autorità turche ad un cittadino svedese come una limitazione della libertà di movimento ma non di quella personale. Si vedano anche: HRC, *Wackenheim v. France*, No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999, 2002, par. 6.3.; HRC, *González del Río v. Peru*, No. 263/1987, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/263/1987, 1992, par. 5.1; HRC, *Karker v. France*, No. 833/1998, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/833/1998, 2000, para. 8.5.

⁶⁵ Come sottolineato nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35 – Article 9: Liberty and security of person*, Revised draft prepared by the Rapporteur for general comment No. 35, Mr. Gerald L. Neuman, U.N. Doc. CCPR/C/GC/R.35/Rev.3, 10 April 2014, par. 13, disponibile presso: www.ccrpcentre.org/iccr-and-hr-committee/general-comments/):

The term “arrest” refers to any apprehension of a person that commences a deprivation of liberty, and “detention” refers to the deprivation of liberty that begins with the arrest and that continues in time from apprehension until release. Arrest within the meaning of article 9 need not involve a formal arrest as defined under domestic law.

⁶⁶ Vale la pena di sottolineare che, ai sensi dell’art. 9, non è necessario che l’atto di privazione della libertà in questione sia formalmente definito come arresto ai sensi del diritto interno. HRC, *Yklymova v. Turkmenistan*, No. 1460/2006, U.N. Doc. CCPR/C/96/D/1460/2006, 20 July 2009, par. 7.2-7.3; HRC, *Kurbanov v. Tajikistan*, No. 1096/2002, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002, 2003, par. 7.2.

⁶⁷ M. NOWAK, cit., p. 221. Si vedano anche: United Nations, *Study of the right of everyone to be free from arbitrary arrest, detention and exile*, E/CN.4/826/Rev.1, New York, 1964, par. 21; HRC, *Spakmo v. Norway*, No. 631/1995, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/631/1995, 11 November 1999, par. 6.3.

of para. 3) are only applicable to persons against whom criminal charges are brought. But the rest, and in particular the important guarantee laid down in paragraph 4, i.e. the right to control by a court of the legality of the detention, applies to all persons deprived of their liberty by arrest or detention⁶⁸.

Secondo l'interpretazione fornita dal Comitato dei diritti umani, quindi, si può ritenere che il primo paragrafo dell'art. 9 sia applicabile a tutti i casi di privazione della libertà, sia che questi risultino da procedimenti penali sia che derivino da altri tipi di circostanze, come, ad esempio, malattie mentali, dipendenza da sostanze stupefacenti, vagabondaggio, controllo dell'immigrazione e così via⁶⁹; ad eccezione del par. 3 (che prevede una serie di diritti spettanti agli individui arrestati e/o detenuti in base ad accuse di carattere penale) e di parte del par. 2 (quella relativa al diritto dell'arrestato di essere informato al più presto delle accuse mosse contro di lui), anche gli altri paragrafi dell'art. 9 del Patto sono applicabili a tutti i casi di privazione della libertà personale, indipendentemente dalla natura penale o meno della detenzione. La bozza del nuovo commento generale all'art. 9 (Commento generale n. 35)⁷⁰ – recentemente pubblicata dal Comitato dei diritti umani al fine di consentire a tutti gli interessati di inviare i propri commenti prima della seconda lettura del testo da parte del Comitato – conferma tale impostazione: oltre a ribadire quanto già affermato nel Commento generale n. 8 a proposito dell'applicazione differenziata dei vari paragrafi dell'art. 9⁷¹, essa si preoccupa di elencare alcuni esempi di privazione della libertà rientranti nell'ambito di

⁶⁸ HRC, *General Comment No. 8 - Right to liberty and security of persons (Art. 9)*, 30 June 1982, par. 1, disponibile presso: www.refworld.org/docid/4538840110.html [corsivo aggiunto].

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Nell'autunno del 2012, il Comitato dei diritti umani si è riunito al fine di avviare le discussioni che hanno portato all'adozione di un nuovo commento generale sull'art. 9, al fine di “[*expand*] upon its *General Comment No. 8, from 1982, in light of later experience obtained in the review of State reports and communications and in the adoption of General comments on related issues*”. HRC, *General Discussion on the preparation for a General Comment on Article 9*, cit.

⁷¹ Come sottolineato nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 4):

Paragraphs 2 through 5 of article 9 set out specific safeguards for the protection of liberty and security of person. Some of the provisions of article 9 (part of paragraph 2 and the whole of paragraph 3) apply only in connection with criminal charges. But the rest, in particular the important guarantee laid down in paragraph 4, i.e. the right to review by a court of the legality of detention, applies to all persons deprived of liberty.

applicazione *ratione materiae* dell'art. 9, dal fermo di polizia agli arresti domiciliari⁷², dal trattamento sanitario obbligatorio⁷³ al trasporto coatto⁷⁴, e così via⁷⁵.

Il Comitato dei diritti umani rileva, inoltre, che gli Stati hanno l'obbligo di salvaguardare gli individui dalle privazioni della libertà eventualmente perpetrate ad opera di terzi⁷⁶: in tal senso, essi devono adottare tutte le misure necessarie a proteggere gli individui da sequestri o detenzioni illeciti attuati da organizzazioni criminali o terroristiche⁷⁷ (ma anche Stati terzi⁷⁸) operanti sul proprio territorio o da organizzazioni legali (come, ad esempio, scuole, ospedali, e così via)⁷⁹.

2.1.2. Limitazioni consentite

Come si evince dalla lettera dell'art. 9, il diritto alla libertà personale non è assoluto: la disposizione in esame, infatti, ne permette la limitazione, ammettendo la possibilità che gli individui protetti dal Patto siano arrestati e/o detenuti, purché si rispetti il requisito di legalità (“per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge”) e sempre

⁷² HRC, *Fongum Gorji-Dinka v. Cameroon*, No. 1134/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1134/2002, 2005, para. 5.4; HRC, *Concluding observations on The United Kingdom*, CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, par. 17.

⁷³ HRC, *A. v. New Zealand*, No. 754/1997, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/754/1997, 3 August 1999, par. 7.2.

⁷⁴ HRC, *Saldías de López v. Uruguay*, No. R.12/52, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, p. 88, 1984, par. 13.

⁷⁵ Come sottolineato nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 5):

Examples of deprivations of liberty include police custody, remand detention, imprisonment after conviction, house arrest, involuntary hospitalization, and confinement to a restricted area of an airport, and also include being involuntarily transported. They also include certain further restrictions on a person who is already detained, for example, solitary confinement or physical restraining devices. The issuance of an arrest warrant is not in itself a present deprivation of liberty. During a period of military service, restrictions that would amount to deprivations of liberty for a civilian may not amount to deprivation of liberty if they do not exceed the exigencies of normal military service or deviate from the normal conditions of life within the armed forces of the State party concerned. Recruitment and retention in service of child soldier, however, amounts to a deprivation of liberty.

⁷⁶ HRC, *Concluding Observations on Guatemala*, CCPR/C/79/Add.63, 3 April 1996, par. 232; HRC, *Concluding Observations on Yemen*, CCPR/C/YEM/CO/5, 23 April 2012, par. 24; HRC, *Concluding Observations on Philippines*, CCPR/C/PHL/CO/4, 13 November 2012, par. 14.

⁷⁷ HRC, *Concluding Observations on Colombia*, 1997, par. 278; HRC, *Concluding Observations on India*, CCPR/C/79/Add.81, 4 August 1997, par. 433; HRC, *Concluding Observations on Japan*, CCPR/C/79/Add.102, 29 July 1999, par. 171; HRC, *Concluding Observations on Uganda*, cit., par. 12; HRC, *Concluding Observations on Yemen*, cit., par. 24.

⁷⁸ HRC, *Concluding Observations on Lebanon*, CCPR/C/42/Add.14, 22 November 1996, par. 343, 346; HRC, *Concluding Observations on The Democratic Republic of the Congo*, CCPR/C/79/Add.118, 25 April 2000, par. 267; HRC, *Cañón García v. Ecuador*, No. 319/1988, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/319/1988, 5 November 1991, par. 5.1-5.2.

⁷⁹ HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 8.

che tali misure non siano arbitrarie (“nessuno può essere arbitrariamente arrestato o detenuto”). Prima di soffermarsi su tali aspetti specifici del diritto alla libertà personale, è opportuno ricordare brevemente che qualsiasi limitazione ai diritti sanciti nel Patto deve essere necessaria e proporzionale⁸⁰: se il parametro della ‘necessità’ fa riferimento alla “indisponibilità di mezzi alternativi per raggiungere un determinato scopo”⁸¹, quello della proporzionalità rimanda all’“equo bilanciamento tra lo scopo della restrizione e l’effettiva protezione dei diritti individuali”⁸². In tal senso, la ragionevolezza di una misura di privazione della libertà personale non potrà che essere valutata caso per caso, allo scopo di verificare che ogni limitazione al diritto alla libertà personale *ex art. 9* del Patto sia necessaria e proporzionale. Ad ogni modo, come già accennato, l’art. 9 prevede espressamente ulteriori limiti alla facoltà degli Stati di limitare il godimento del diritto alla libertà personale, segnatamente il requisito di legalità e il divieto di arbitrarietà di ogni misura di privazione della libertà.

Il requisito di legalità previsto dalla disposizione in esame è scindibile nei due aspetti della legalità sostanziale e di quella procedurale: da un lato, il requisito di legalità procedurale – introdotto, su proposta della delegazione indiana in sede di redazione del Patto, in alternativa ad una lista esaustiva di casi di privazione della libertà personale da ritenere leciti – stabilisce che un individuo possa essere privato della libertà esclusivamente “secondo la procedura [prevista] dalla legge”; dall’altro lato, il requisito sostanziale introdotto su richiesta della delegazione delle Filippine⁸³, prevede invece che nessuno possa “essere privato della libertà se non per i motivi [...] previsti dalla legge”. Il principio di legalità sarebbe quindi violato qualora un individuo fosse arrestato e/o detenuto per dei motivi o secondo delle procedure non espressamente previsti dalla legge o contrari alla legge⁸⁴, ed anche nel caso in cui tali motivi o procedure non fossero definiti dalla legge con sufficiente precisione⁸⁵. Vale però la pena di soffermarsi brevemente sul termine ‘legge’, il quale fa qui riferimento principalmente alle norme dell’ordinamento giuridico interno: in base all’interpretazione sistematica di

⁸⁰ HRC, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, cit., par. 6.

⁸¹ L. PINESCHI, *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 78-128, p. 83.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ M. NOWAK, cit., p. 224.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 22.

questa ed altre disposizioni del Patto⁸⁶, infatti, è ragionevole ritenere che tale termine debba essere interpretato in senso stretto, così da designare esclusivamente gli atti deliberati da un parlamento, o le norme consuetudinarie non scritte, che siano accessibili e conoscibili da tutti gli individui tenuti a rispettarli⁸⁷; in tal senso, degli atti amministrativi non sarebbero sufficienti a soddisfare il requisito di legalità⁸⁸, a meno che, nel caso di specie, l'atto amministrativo in questione non sia volto a dare attuazione ad una norma di legge che ammetta in modo chiaro tale eventualità e che si occupi di disciplinare le procedure da adottare⁸⁹.

Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 9, non è sufficiente che una misura di privazione della libertà sia prevista dalla legge affinché essa sia ammissibile, ma è necessario che sia anche "non arbitraria": è necessario, dunque, che la legge che disciplina i motivi e la procedura per una determinata misura di privazione della libertà non sia arbitraria e, allo stesso tempo, che la misura di attuazione di tale legge nel caso di specie non risulti arbitraria⁹⁰. La maggior parte dei casi in cui il Comitato ha riscontrato una violazione del par. 1 dell'art. 9 sono riconducibili a quel tipo di privazione della libertà che può essere ritenuto arbitrario di per sé (come, ad esempio, l'incarcerazione in mancanza di un mandato d'arresto⁹¹), ma non è escluso che una misura di privazione della libertà divenga arbitraria solo dopo un certo lasso di tempo (come potrebbe essere, ad esempio, il caso della detenzione di richiedenti asilo per più di quattro anni⁹²). Ad ogni modo, non si può non notare come il concetto di arbitrarietà risulti di difficile definizione. All'epoca della redazione del Patto, la proposta australiana di inserire tale divieto di arbitrarietà incontrò la netta opposizione di alcune delegazioni, le quali ritenevano che il termine 'arbitrary' nulla aggiungesse al concetto di 'unlawful'⁹³; la maggior parte dei delegati sostenne, però, la proposta australiana, osservando come il concetto di arbitrarietà includesse elementi di ingiustizia, irragionevolezza, e così via⁹⁴. Dello stesso avviso è senz'altro il Comitato dei diritti umani, il quale ha avuto modo di esprimersi

⁸⁶ L'autore fa riferimento, in particolare, agli artt. 12 (3), 18(3), 19(3), 21 e 22(2). M. NOWAK, cit., p. 224.

⁸⁷ M. NOWAK, cit., p. 224.

⁸⁸ *Contra*: Y. DINSTEIN, *The Right to Life, Physical Integrity and Liberty*, in L. HENKIN (ed.), cit., p. 114 ss., p. 129.

⁸⁹ M. NOWAK, cit., p. 224.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Si veda, fra gli altri: HRC, *L. Magana ex-Philibert v. Zaire*, No. 90/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, p. 124, 1990, par. 7.2. e 8.

⁹² Si veda: HRC, *A. v. Australia*, No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, 30 April 1997, par. 9.3, 9.4.

⁹³ M. NOWAK, cit., p. 225.

⁹⁴ *Ibidem*.

sul significato di ‘arbitrarietà’ nel caso *van Alphen c. Olanda* del 1990⁹⁵, in cui ha individuato una serie di fattori suscettibili di rendere arbitraria una misura di privazione della libertà altrimenti legittima⁹⁶ e ha affermato:

The drafting history of article 9, paragraph 1, confirms that “arbitrariness is not to be equated with against the law, but must be interpreted more broadly to include elements of *inappropriateness, injustice and lack of predictability*. This means that remand in custody pursuant to lawful arrest must not only be lawful but *reasonable* in all the circumstances. Further, remand in custody must be *necessary* in all the circumstances, for example, to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime⁹⁷.

Secondo il Comitato, quindi, il concetto di arbitrarietà si discosta da quello di illegalità, giacché il primo risponde alla necessità di includere considerazioni di ragionevolezza, giustizia, prevedibilità e necessità nella valutazione della conformità di una misura di privazione della libertà col Patto, a prescindere da qualsiasi valutazione circa la sua legalità⁹⁸. Nella già citata bozza del Commento generale n. 35, il Comitato individua espressamente alcune tipologie di detenzione ritenute arbitrarie: fra queste, la presa di ostaggi, l’arresto di un individuo allo scopo di estorcere denaro⁹⁹, l’arresto e/o la detenzione quale punizione per l’esercizio dei diritti garantiti dal Patto¹⁰⁰, l’arresto o

⁹⁵ HRC, *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, No. 305/1988, U.N. Doc. CCPR/C/71/D/305/1988, 1990.

⁹⁶ Nel caso *van Alphen* (HRC, *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, cit., par. 5.6), il Comitato ha notato:

It is uncontested that the Netherlands judicial authorities, in determining repeatedly whether to prolong the author’s detention, observed the rules governing pre-trial detention laid down in the Code of Criminal Procedure. It remains to be determined whether other factors may render an otherwise lawful detention arbitrary.

⁹⁷ *Ivi*, par. 5.8 [corsivo aggiunto].

⁹⁸ Il Comitato ha confermato tale interpretazione nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 12), così come in varie pronunce successive al 1990. Si veda: HRC, *Fongum Gorji-Dinka v. Cameroon*, cit., par. 5.2.

⁹⁹ HRC, *Concluding Observations on Libya*, CCPR/C/79/Add.101, 6 November 1998, par. 132; HRC, *Concluding Observations on Azerbaijan*, CCPR/C/81/Add.2, 3 August 1994, par. 298; HRC, *Concluding Observations on Israel*, CCPR/C/79/Add.93, 1998, par. 317; HRC, *Concluding Observations on Equatorial Guinea*, CCPR/C/79/GNQ/ 13 August 2004, par. 13; HRC, *Concluding Observations on Kenya*, CCPR/C/KEN/Q/3/Add.1, July 2012, par. 18.

¹⁰⁰ In materia di esercizio della libertà di espressione ex art. 19 del Patto: HRC, *Zelaya Blanco v. Nicaragua*, No. 328/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/328/1988, 1994, par. 10.3; HRC, *Concluding Observations on Canada*, 2006, par. 20; *Concluding observations on The Russian Federation*, 2009, par. 24. Per la libertà di riunione ex art. 21 del Patto: HRC, *Concluding observations on Canada*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, par. 20; HRC, *Concluding Observations on Moldova*,

la detenzione su basi discriminatorie, le punizioni retroattive in violazione dell'art. 15 del Patto e le sparizioni forzate; per quanto riguarda, nello specifico, la detenzione ai fini del controllo dell'immigrazione, il Comitato osserva come essa non sia di per sé arbitraria ma debba comunque rispettare dei requisiti di ragionevolezza, necessità e proporzionalità ed essere soggetta a riesame qualora si protragga nel tempo.

Se il par. 1 dell'art. 9 vieta, dunque, l'arresto e/o la detenzione arbitrari e stabilisce che nessuno possa essere privato della propria libertà se non per i motivi e secondo la procedura stabiliti dalla legge, i paragrafi successivi si preoccupano invece di definire una serie di garanzie procedurali da assicurare agli individui che, per una ragione o per l'altra, siano privati della propria libertà.

Il par. 2 prevede che chiunque sia arrestato abbia il diritto di essere informato sulle ragioni del proprio arresto. Tale paragrafo enuncia due diversi diritti di informazione: da un lato, il diritto di qualsiasi individuo ad essere informato, al momento stesso dell'arresto¹⁰¹, circa i motivi dello stesso; dall'altro, il diritto degli individui arrestati sulla base di accuse di natura penale ad essere informati, nel più breve tempo possibile¹⁰², delle suddette accuse¹⁰³. Da un lato, dunque, il primo dei diritti d'informazione citati spetta – a differenza del secondo – a qualsiasi individuo che sia privato della propria libertà personale, a prescindere dal fatto che tale privazione della libertà avvenga o meno sulla base di accuse di natura penale¹⁰⁴; dall'altro lato, nei casi

CCPR/CO/75/MDA, 5 August 2010, par. 8. Per la libertà di associazione *ex art. 22 del Patto*: HRC, *Concluding Observations on The Democratic Republic of the Congo*, cit., par. 23; *Concluding observations on Sudan*, CCPR/C/SDN/CO/3, 29 August 2007, par. 29. Per la libertà di religione *ex art. 18*: HRC, *Concluding Observations on The Islamic Republic of Iran*, CCPR/C/IRN/CO/3, 29 November 2011, par. 24. Per il diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 17*: HRC, *Concluding Observations on Cameroon*, CCPR/C/CRM/CO/4, 4 August 2010, par. 12; HRC, *Concluding Observations on Togo*, CCPR/C/TGO/CO/4, 18 April 2011, par. 14.

¹⁰¹ Come rilevato nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 27):

This information must be provided immediately upon arrest. However, in exceptional circumstances, such immediate communication may not be possible. For example, a delay may be required before an interpreter can be present, but any such delay must be the minimum absolutely necessary.

¹⁰² Al par. 31 della bozza del Commento generale n. 35, il Comitato afferma che “*Paragraph 2 requires that the arrested person be informed ‘promptly’ of any charges, not necessarily ‘at the time of arrest’*”. HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 30.

¹⁰³ In questo caso, ai sensi dell'art. 14, par. 3 del Patto (in materia di garanzie minime da accordare agli individui accusati di un reato), l'individuo in questione avrà il diritto di essere “informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta” (lett. a)). Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

¹⁰⁴ Si vedano, fra gli altri: HRC, *Yklymova v. Turkmenistan*, cit., par. 7.2; HRC, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*, No. 414/1990, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/414/1990, 1994, par. 6.5; HRC, *Martínez Portorreal v. Dominican Republic*, No. 188/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40), p. 207, 1988, parr. 9.2 e 11;

in cui delle accuse di natura penale siano formulate, gli individui in questione godranno anche della protezione garantita dal par. 3, il quale enuncia una serie di diritti fondamentali, fra i quali quello di essere tradotti nel più breve tempo possibile¹⁰⁵ dinanzi ad un giudice o ad un'altra autorità competente¹⁰⁶ e quello di essere sottoposti ad un processo in tempi ragionevoli¹⁰⁷. In questo caso, poi, gli individui godranno anche dei diritti sanciti dall'art. 14 del Patto¹⁰⁸.

HRC, *Concluding Observations on Canada*, cit., par. 14. Nello stesso senso: M. NOWAK, cit., p. 228; HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 24.

¹⁰⁵ Come osservato nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 33):

While the exact meaning of “promptly” may vary depending on objective circumstances, delays must not exceed a few days from the time of arrest. In the view of the Committee, forty-eight hours is ordinarily sufficient to transport the individual and to prepare for the judicial hearing; any delay longer than forty-eight hours must remain absolutely exceptional and be justified under the circumstances. [...] An especially strict standard of promptness, such as 24 hours, should apply in the case of juveniles.

¹⁰⁶ Nel caso *Yuri Bandajevsky c. Bielorussia*, il Comitato ha avuto modo di osservare che, affinché si possa parlare di “autorità competente per legge ad esercitare funzioni giudiziarie”, questa debba essere indipendente, oggettiva e imparziale rispetto al caso di specie. *Yuri Bandajevsky v. Belarus*, No. 1100/2002, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1100/2002, 2006, par. 10.3.

¹⁰⁷ È particolarmente interessante notare come, a differenza di altri trattati internazionali in materia di diritti umani, il Patto preveda espressamente che la detenzione delle persone in attesa di giudizio non debba costituire la regola e che essa debba avere una durata ragionevolmente breve (“reasonable time” o “dans un délai raisonnable”). Tale impostazione è stata ribadita dal Comitato nel Commento generale n. 8 (HRC, *General Comment n. 8*, cit., par. 3), in cui si legge:

Another matter is the total length of detention pending trial. In certain categories of criminal cases in some countries this matter has caused some concern within the Committee, and members have questioned whether their practices have been in conformity with the entitlement ‘to trial within a reasonable time or to release’ under paragraph 3. Pre-trial detention should be an exception and as short as possible. The Committee would welcome information concerning mechanisms existing and measures taken with a view to reducing the duration of such detention.

Nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 38), il Comitato individua una serie di requisiti che la detenzione di individui in attesa di processo deve rispettare affinché essa possa essere ritenuta legale:

Detention pending trial must be based on an individualized determination that it is reasonable and necessary in all the circumstances, for such purposes as to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime. The relevant factors should be specified in law, and should not include vague and expansive standards such as “public security.” Pretrial detention should not be mandatory for all defendants charged with a particular crime, without regard to individual circumstances. Neither should pretrial detention be ordered for a period based on the potential sentence for the crime charged, rather than on a determination of necessity. Courts must examine whether alternatives to pretrial detention, such as bail, electronic bracelets, or other conditions, would render detention unnecessary in the particular case. If the defendant is a foreigner, that fact must not be treated as sufficient to establish that the defendant may flee the

Per quanto riguarda il par. 4 dell'art. 9, esso stabilisce, innanzitutto, il diritto di ciascun individuo di ricorrere ad un tribunale al fine di contestare la legalità del proprio arresto e/o della propria detenzione (l'*habeas corpus* del diritto anglosassone¹⁰⁹). Tale diritto non è applicabile solo ai casi di detenzione connessi a procedimenti di natura penale, ma anche in tutti gli altri casi di privazione della libertà personale: la detenzione militare, quella di sicurezza, quella anti-terrorismo o quella di contrasto all'immigrazione¹¹⁰, così come la detenzione di soggetti tossicodipendenti ai fini di disintossicazione o di fanciulli per scopi educativi o qualunque altra forma di detenzione amministrativa¹¹¹ sono tutti casi di detenzione che rientrano nell'ambito di applicazione della disposizione in esame¹¹². Come sottolineato da Nowak, dall'analisi dei lavori preparatori sembra ragionevole concludere che il termine 'tribunale' vada inteso in senso ampio, così da includere, oltre ai tribunali ordinari, anche quelli speciali (come le corti militari o costituzionali, i tribunali amministrativi, e così via)¹¹³: lo stesso Comitato dei diritti umani, nella bozza del Commento generale n. 35, ha rilevato che

jurisdiction. After an initial determination has been made that pretrial detention is necessary, there should be periodic reexamination of whether it continues to be reasonable and necessary in light of possible alternatives.

È inoltre utile sottolineare che, come notato dallo stesso Comitato, la determinazione del "lasso di tempo ragionevole" non può che essere effettuata caso per caso. Si veda, fra gli altri: HRC, *Koné v. Senegal*, No. 386/1989, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/386/1989, 1994, par. 8.6, 8.7.

¹⁰⁸ La bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 30) chiarisce la differenza fra le garanzie previste dal par. 3 dell'art. 9 e quelle stabilite dall'art. 14 nei seguenti termini:

Notice of charges under paragraph 2 serves to facilitate the determination of the propriety of the provisional detention, and therefore paragraph 2 does not require as much detail regarding the charges as would be needed later to prepare for trial.

Si vedano, anche: HRC, *General Comment No. 32*, cit., par. 31; HRC, *Kelly v. Jamaica*, No. 253/1987, U.N. Doc. CCPR/C/41/D/253/1987, p. 60, 1991, par. 5.8; HRC, *Kurbanov v. Tajikistan*, cit., par. 7.3; HRC, *McLawrence v. Jamaica*, No. 702/1996, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/702/1996, 26 April 1996, par. 5.9.

¹⁰⁹ M. NOWAK, cit., p. 235; HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 39.

¹¹⁰ In merito alla detenzione militare: HRC, *Mulezi v. The Democratic Republic of the Congo*, No. 962/2001, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/962/2001, 2004, par. 5.2. Per misure anti-terrorismo: HRC, *Ahani v. Canada*, No. 1051/2002, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, 2004, par. 10.2; HRC, *Concluding Observations on The United Kingdom*, cit., par. 17. Per un caso di ricovero psichiatrico coatto: HRC, *Fijalkowska v. Poland*, No. 1062/2002, U.N. Doc. CCPR/C/84/D/1062/2002, 2005, par. 8.4. In materia di controllo dell'immigrazione: *A. v. Australia*, cit., par. 9.5. Per quanto riguarda, infine, casi di detenzione di sicurezza: HRC, *Concluding Observations on India*, cit., par. 438; *Concluding Observations on Israel*, 1998, cit., par. 317.

¹¹¹ HRC, *Vuolanne v. Finland*, No. 265/1987, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40), p. 311, 2 May 1989, par. 9.5; HRC, *Concluding Observations on Rwanda*, CCPR/C/RWA/3, 30 March 2009, par. 16; HRC, *Concluding Observations on Cameroon*, CCPR/C/79/Add.33, 18 April 1994, par. 204; HRC, *Concluding Observations on Moldova*, cit., par. 11; *Concluding Observations on Lithuania*, CCPR/C/80/LTU, 4 May 2004, par. 13.

¹¹² HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 40.

¹¹³ HRC, *Vuolanne v. Finland*, cit., par. 9.6.

“for some forms of detention, a different tribunal of a judicial character may provide the necessary degree of impartiality, independence and procedural adequacy to satisfy the requirement”¹¹⁴. In ogni caso, in linea con quanto previsto dall’art. 14 del Patto, affinché tale diritto sia rispettato, occorre che l’individuo abbia la possibilità di adire “un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge”¹¹⁵. È dunque essenziale che, da un lato, il tribunale e la sua giurisdizione siano stabiliti per legge¹¹⁶, e che, dall’altro, siano rispettati i requisiti di indipendenza ed imparzialità. Se il requisito dell’indipendenza fa riferimento al rapporto dei tribunali di uno Stato con il potere esecutivo e, seppure in minor misura, con quello legislativo dello Stato in questione e viene principalmente in rilievo nella procedura di nomina ed eventuale incriminazione dei giudici, il requisito dell’imparzialità rimanda, invece, al contegno tenuto dai giudici nei casi di specie ed è strettamente connesso alle garanzie del giusto processo e dell’eguaglianza sanciti dal par. 1 dell’art. 14¹¹⁷. Il Comitato dei diritti umani ha poi avuto modo di notare come anche l’accesso ad un difensore sia una condizione indispensabile al godimento dei diritti sanciti dal par. 4, poiché senza assistenza legale risulterebbe impossibile ricorrere ad un tribunale al fine di contestare la legalità della propria detenzione¹¹⁸. Allo stesso modo, il Comitato ha sottolineato l’importanza del

¹¹⁴ HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 45.

¹¹⁵ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

¹¹⁶ Come si è già avuto modo di osservare, è possibile ritenere che, con il termine ‘legge’, i redattori del Patto abbiano inteso far riferimento agli atti deliberati da un parlamento, o alle norme consuetudinarie non scritte, che siano accessibili e conoscibili da tutti gli individui tenuti a rispettarli. Si veda: M. NOWAK, cit., p. 319.

¹¹⁷ M. NOWAK, cit., pp. 320-321.

¹¹⁸ In particolare, nel caso *Berry c. Jamaica (Berry v. Jamaica*, No. 330/88, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/330/1988, 1994, par. 11.1), il Comitato ha notato:

The State party has confined itself to the contention that, during his detention, the author could have applied to the courts for a writ of *habeas corpus*. The Committee notes, however, the author's claim, which remains unchallenged, that throughout this period he had no access to legal representation. [...] In the circumstances, the Committee concludes that the author's right under article 9, paragraph 4, was also violated, since he was not, in due time, afforded the opportunity to obtain, on his own initiative, a decision by a court on the lawfulness of his detention.

Sull’importanza dell’accesso all’assistenza di un legale, si vedano anche: HRC, *Concluding Observations on The United Kingdom*, cit., par. 16; HRC, *Concluding Observations on Australia*, A/55/40, 2000, par. 526-527; HRC, *Concluding Observations on Israel*, CCPR/C/78/ISR, 21 August 2003, par. 12-13; HRC, *Concluding Observations on Azerbaijan*, CCPR/C/AZE/CO/3, 13 August 2009; HRC, *Concluding Observations on Belgium*, CCPR/C/BEL/CO/3, 16 November 2010; HRC, *Concluding Observations on Portugal*, CCPR/C/PRT/CO/3, 28 November 2012; HRC, *Concluding Observations on Suriname*, CCPR/CO/80/SUR, 4 May 2004, par. 14; HRC, *Concluding Observations on Egypt*, CCPR/CO/86/EGY, 8 November 2002, par. 14; HRC, *Concluding Observations on Turkey*, CCPR/C/TUR/CO/1, 13 November 2012, para 17; HRC, *Concluding Observations on Czech Republic*, CCPR/CO/72/CZE, 27

contraddittorio fra le parti e della loro parità: infatti, sebbene tali requisiti siano espressamente previsti solo nell'ambito di procedimenti penali *ex art. 14* del Patto, l'organo di controllo ne ha più volte affermato l'applicabilità anche in relazione ai procedimenti *ex art. 9*, par. 4¹¹⁹. In particolare, il Comitato ha rilevato come ad ogni parte del procedimento spettino le medesime garanzie procedurali, a meno che delle differenze, previste dalla legge, non siano giustificabili alla luce di motivazioni obiettive e ragionevoli che non comportino di fatto alcuno svantaggio o alcuna ingiustizia nei confronti del detenuto¹²⁰; in tal senso, il Comitato ha richiamato l'attenzione sull'importanza del diritto di accesso di ciascuna parte alle argomentazioni e alle prove addotte dall'altra parte¹²¹.

Il par. 4 dell'art. 9 prevede, inoltre, che il tribunale decida senza indugio¹²² sulla legalità della detenzione dell'individuo che fa ricorso e che ne ordini il rilascio qualora la detenzione risulti essere illegale¹²³. L'indagine sulla legalità della detenzione

August 2001, par. 17; HRC, *Concluding Observations on The Netherlands*, CCPR/C/NLD/CO/4, 25 August 2009, par. 11.

Si vedano anche: HRC, *Kelly v. Jamaica*, cit., par. 5.6; HRC, *Marques de Morais v. Angola*, No. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002, 2005, parr. 6.3 e 6.5; HRC, *Umarova (re Umarov) v. Uzbekistan*, No. 1449/2006, U.N. Doc. CCPR/C/100/D/1449/2006, 2010, parr. 8.5-8.6.

Si veda, poi: United Nations, *Basic Principles on the Role of Lawyers*, 7 September 1990, Principio n. 7, disponibile presso: www.refworld.org/docid/3ddb9f034.html.

¹¹⁹ HRC, *Concluding Observations on Tajikistan*, CCPR/CO/84/TJK, 18 July 2005, par. 12; HRC, *Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina*, CCPR/C/BIH/CO/1, 22 November 2006, par. 17; HRC, *Concluding Observations on The United Kingdom*, cit., par. 17; HRC, *Concluding Observations on India*, cit., par. 24.

¹²⁰ HRC, *General Comment No. 32*, cit., par. 13, citando: HRC, *Dudko (Lucy) v. Australia*, No. 1347/2005, U.N. Doc. CCPR/C/90/D/1347/2005, 29 August 2007, par. 7.4.

¹²¹ HRC, *General Comment No. 32*, cit., par. 13. Si veda anche, fra gli altri: HRC, *Jansen-Gielen v. The Netherlands*, No. 846/1999, U.N. Doc. CCPR/C/71/D/846/1999, 2001, par. 8.2.

¹²² In tal senso, il Comitato ha avuto modo di osservare che il rifiuto ingiustificato da parte del tribunale di prendere in esame un determinato caso costituirebbe senz'altro una violazione del par. 4. Si vedano: HRC, *Smirnova v. Russia*, No. 712/1996, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/712/1996, 2004, par. 10.1; HRC, *Marques de Morais v. Angola*, cit., par. 6.5.

Per quanto riguarda, invece, la determinazione del lasso di tempo accettabile ai fini della valutazione di ciascun caso da parte del tribunale, il Comitato ritiene che ciò debba avvenire caso per caso (HRC, *Torres v. Finland*, No. 291/1988, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/291/1988, 5 April par. 7.3); nella bozza del Commento generale n. 35, esso ha indicato, a titolo esemplificativo, che la detenzione per disturbi mentali dovrebbe essere rivista da una corte entro un paio di giorni. HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 47.

¹²³ Perché si possa escludere una violazione del par. 4, naturalmente, occorre anche che il tribunale in questione sia dotato del potere di ordinare il rilascio dell'individuo detenuto illegalmente: in tal senso, il Comitato ha più volte riscontrato l'incompatibilità con l'*habeas corpus* dei sistemi di detenzione obbligatoria previsti in alcuni ordinamenti giuridici. Si pensi alla detenzione obbligatoria degli immigrati e dei richiedenti asilo prevista in Australia, la quale, secondo il Comitato, costituisce una violazione del par. 4. In tal senso, nel recente caso *Shafiq c. Australia* (HRC, *Shafiq v. Australia*, No. 1324/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004/13 November 2006, par. 7.4), il Comitato ha osservato:

The Australian courts' control and power to order the release of an individual remain limited to a formal determination whether this individual is an unlawful non-citizen within the narrow confines of the Migration Act. If the criteria for

riguarda, in questo caso, la compatibilità di una misura di privazione della libertà tanto con il diritto interno quanto con il diritto internazionale (in particolare, con il par. 1 dell'art 9 del Patto e con il divieto di privazioni arbitrarie della libertà in esso contenuto)¹²⁴. Naturalmente, qualora l'arresto e/o la detenzione siano stati autorizzati o ordinati da un tribunale (ad esempio, nei casi di detenzione in attesa di giudizio o di quella risultante da condanne penali¹²⁵), essi sarebbero senz'altro valutabili come conformi a tale disposizione, la quale viene dunque in rilievo soltanto nei casi di privazione della libertà non connessi a procedimenti penali, ad esempio in quelli derivanti da misure di controllo dell'immigrazione.

Per quanto riguarda, infine, il par. 5, esso stabilisce che chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali [abbia] diritto ad un risarcimento. Come osservato dal Comitato dei diritti umani, il paragrafo in esame pone in capo agli Stati parti l'obbligo di istituire, a livello interno, la cornice giuridica atta a permettere l'effettivo esercizio di tale diritto: in tal senso, il Comitato afferma che “*paragraph 5 obliges State parties to establish the legal framework within which compensation can be afforded to victims, as a matter of enforceable right and not as a matter of grace or discretion*”¹²⁶. Proprio come il già citato par. 4, dunque, il paragrafo 5 prevede un rimedio effettivo per la vittima di una violazione del diritto alla libertà personale: se, da un lato, il primo prevede il pronto rilascio in caso di detenzione illegale, il secondo chiarisce che le vittime di un arresto e/o di una detenzione illegali hanno diritto a un risarcimento¹²⁷. Si

such determination are met, the courts have no power to review any substantive grounds for the continued detention of an individual and to order his or her release. The Committee recalls that court review of the lawfulness of detention under article 9, paragraph 4, which must include the possibility of ordering release, is not limited to mere formal compliance of the detention with domestic law governing the detention. The Committee concludes that the author's right under article 9, paragraph 4, to have his detention reviewed by a court, was violated.

D'altronde, il Comitato aveva già avuto modo di esprimersi al riguardo in una serie di occasioni. Si vedano, fra gli altri: HRC, *Baban et al. v. Australia*, No. 1014/2001, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, 2003, par. 7.2; HRC, *A. v. Australia*, cit., par. 9.6.

¹²⁴ Si vedano, fra gli altri: *Baban et al. v. Australia*, cit., par. 7.2; *Yklymova v. Turkmenistan*, cit., par. 7.4; *Aboussedra v. Libyan Arab Jamahiriya*, No. 1751/2008, U.N. Doc. CCPR/C/100/D/1751/2008, par. 7.6.

¹²⁵ M. NOWAK, cit., p. 235.

¹²⁶ HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 50.

¹²⁷ Come rilevato dal Comitato dei diritti umani (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 52):

The financial compensation required by paragraph 5 relates specifically to the pecuniary and nonpecuniary harms resulting from the unlawful arrest or detention. When the unlawfulness of the arrest arises from the violation of other human rights, such as freedom of expression, the State party may have further

tratta, in sostanza, di due esempi specifici dei rimedi effettivi che gli Stati sono chiamati a corrispondere per le violazioni dei diritti umani; naturalmente, essi non sostituiscono ma si affiancano ai rimedi previsti, in via generale, dall'art. 2, par. 3, del Patto¹²⁸. Occorre inoltre notare che, anche in questo caso, l'eventuale illegalità dell'arresto o della detenzione dovrà essere valutata tanto alla luce del diritto interno dello Stato interessato quanto alla luce del diritto internazionale, in particolare dei parr. 1-4 dell'art. 9¹²⁹.

2.1.3. Situazioni di emergenza: derogabilità ex articolo 4 del Patto?

Com'è noto, il Patto sui diritti civili e politici prevede la possibilità che, in casi eccezionali, gli Stati adottino delle deroghe ai diritti sanciti nel Patto. Ai sensi dell'art. 4, infatti:

1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other

obligations to provide compensation or other reparation in relation to those other violations, as required by article 2, paragraph 3 of the Covenant.

¹²⁸ In tal senso: HRC, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, cit., parr. 16 e 18; HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 49; HRC, *Mulezi v. Democratic Republic of the Congo*, cit., par. 7.

¹²⁹ Il Comitato si è espresso in tal senso in svariate occasioni. Si veda, in particolare, il caso *Aduayom e altri c. Togo* (HRC, *Aduayom et al. v. Togo*, Nos. 422/1990, 423/1990, 424/1990, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/422/1990, 423/1990, 424/1990, 12 July 1996, par. 7.3 [corsivo aggiunto]), in cui il Comitato afferma:

Los autores sostienen que, en violación de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 9, no han recibido indemnización por el tiempo que pasaron arrestados arbitrariamente. Según la información de que dispone el Comité, los procesos iniciados ante la sala administrativa del Tribunal de Apelaciones no han dado lugar a sentencia o decisión alguna, ya sea favorable o en contra de los autores. En las circunstancias del caso, el Comité no ve motivo para retractarse de su decisión sobre la admisibilidad, en la que afirmó que *el recurso ante la sala administrativa del Tribunal de Apelaciones no constituía un recurso disponible y efectivo*.

Si vedano anche, fra gli altri: HRC, *A. v. Australia*, cit., par. 9.5; HRC, *Marques de Morais v. Angola*, cit., par. 6.6; HRC, *Zelaya Blanco v. Nicaragua*, cit., par. 10.3; HRC, *Sahadeo v. Guyana*, No. 728/1996, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/728/1996, 1 November 2001, par. 11; HRC, *Santullo Valcada v. Uruguay*, No. R.2/9, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/35/40), p. 107, 1980, par. 13. *Contra*: Dichiarazione interpretativa dell'Italia, presentata all'atto di ratifica del Patto, ai sensi della quale l'Italia applicherà il termine "arresto o detenzione illegali" soltanto con riferimento alle violazioni del par. 1 dell'art. 9. M. NOWAK, cit., *Appendix: Reservations and Declarations to the CCPR*, p. 949.

obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs I and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.

3. Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.

La disposizione in esame consente, dunque, agli Stati parti del Patto di derogare ai diritti in esso sanciti; gli Stati potranno però avvalersi di tale possibilità soltanto qualora vi sia un pericolo pubblico eccezionale, suscettibile di minacciare l'esistenza stessa della nazione. Sebbene l'art. 4 non faccia alcun riferimento all'eventualità di una guerra o di un conflitto armato, è evidente come questi ultimi rappresentino i classici esempi di una situazione di emergenza che minacci l'esistenza di una nazione¹³⁰: non solo ciò è emerso a più riprese durante i lavori di redazione dell'articolo in esame¹³¹, ma trova anche conferma nel Commento generale n. 29, adottato dal Comitato dei diritti umani nel 2001 al fine di chiarire la portata dell'art. 4¹³².

Tale disposizione prevede poi che uno Stato parte possa adottare una deroga soltanto qualora lo stato di emergenza sia stato proclamato ufficialmente. Così, seppure in presenza di una evidente situazione di emergenza, eventuali deroghe adottate da uno Stato parte del Patto costituirebbero una violazione dello stesso qualora lo Stato in questione non avesse precedentemente proclamato lo stato d'emergenza mediante un atto ufficiale. In altri termini, la suddetta proclamazione costituisce una *condicio sine qua non* per l'adozione di qualsiasi deroga ai diritti sanciti nel Patto¹³³.

Ai sensi dell'art. 4, quindi, in caso di pericolo pubblico che minacci l'esistenza della nazione e in seguito alla proclamazione ufficiale dello stato di emergenza, uno Stato

¹³⁰ Si vedano, fra gli altri: M. NOWAK, cit., p. 91; F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in BILANCIA, DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pp. 1-12, p. 7; I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Rivista di diritto internazionale* 4 (2005), pp. 955-996, p. 977.

¹³¹ M. NOWAK, cit., p. 91.

¹³² HRC, *General Comment No. 29 (Article 4): Derogations during a State of Emergency*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, par. 3, disponibile presso: www.refworld.org/docid/453883fd1f.html.

¹³³ M. NOWAK, cit., p. 92.

parte potrà derogare ai diritti garantiti dal Patto. La disposizione in esame, però, stabilisce anche una serie di condizioni sostanziali e procedurali che ogni misura di deroga deve rispettare affinché essa possa essere considerata lecita. Per quanto riguarda le condizioni sostanziali, è innanzitutto previsto che gli Stati parti non possano derogare ai diritti e alle libertà sanciti nel Patto se non negli stretti limiti in cui la situazione lo esiga. Tale principio di proporzionalità – il quale rappresenta, forse, il limite più importante imposto dal Patto alla possibilità di adottare delle deroghe¹³⁴ – fa riferimento tanto alla durata quanto all'estensione geografica e alla portata sostanziale dello stato di emergenza e di ogni misura di deroga adottata in ragione di tale stato di emergenza¹³⁵; in altri termini, gli Stati parti dovranno provare che la situazione in cui versano rappresenta un pericolo pubblico suscettibile di minacciare l'esistenza stessa della nazione e, al tempo stesso, che ogni misura di deroga adottata allo scopo di affrontare tale pericolo pubblico è strettamente necessaria considerata la situazione¹³⁶. L'art. 4 proibisce, poi, agli Stati parti di adottare delle misure di deroga che non siano conformi agli altri obblighi di diritto internazionale loro imposti¹³⁷ o che comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale¹³⁸. Per quanto riguarda le condizioni procedurali, il par. 3

¹³⁴ M. NOWAK, cit., p. 97.

¹³⁵ HRC, *General Comment No. 29*, cit., par. 4.

¹³⁶ HRC, *General Comment No. 29*, cit., par. 5. Si veda anche quanto affermato dal Comitato nella bozza del Commento generale n. 35. Draft General comment No. 35, cit., par. 64.

¹³⁷ In altri termini, l'art. 4 non potrà essere invocato da uno Stato parte allo scopo di sottrarsi ad altri obblighi internazionali, tanto convenzionali quanto consuetudinari. Si veda: HRC, *General Comment No. 29*, cit., par. 9.

¹³⁸ Come osservato da I. Viarengo (I. VIARENGO, cit., p. 975):

Il principio di non discriminazione [...], pur non figurando nel novero delle disposizioni inderogabili, è, quantomeno nel Patto, ritenuto così indispensabile da assurgere al rango di limite di ordine generale all'esercizio del potere di deroga.

In generale, appare ragionevole ritenere che delle differenze di trattamento siano consentite qualora "necessarie e proporzionate alla situazione di emergenza verificatasi in concreto", così da ricondurre "la valutazione sugli aspetti eventualmente discriminatori delle misure di deroga al consueto giudizio di proporzionalità cui tali misure vanno sottoposte". *Ivi*, pp. 975-976.

Ad ogni modo, si rileva anche come la disposizione in esame manchi di vietare la discriminazione fondata sulla nazionalità, la quale è invero suscettibile di verificarsi con una certa frequenza in situazioni di emergenza. Al riguardo, però, l'autrice osserva (*ivi*, p. 975):

Se in concreto il divieto di discriminazioni è destinato a realizzarsi nel quadro del giudizio di proporzionalità sulle misure di deroga, non è escluso che esso possa operare anche con riferimento a trattamenti fondati su parametri ulteriori rispetto a quelli indicati nella norma, quale appunto la cittadinanza. In altre parole, nel valutare se la misura restrittiva – si pensi a limitazioni della libertà personale rivolte esclusivamente a soggetti non aventi la cittadinanza dello Stato – sia necessaria e proporzionata alla minaccia rappresentata dall'emergenza, non si

dell'articolo 4 impone agli Stati parti che si avvalgano del diritto di deroga l'obbligo di informare immediatamente gli altri Stati parti – mediante il Segretario generale delle Nazioni Unite – dell'adozione di tali misure di deroga e, tramite nuova comunicazione, della loro cessazione¹³⁹: sebbene tale obbligo di notifica non costituisca una *condicio sine qua non* per la liceità delle misure di deroga eventualmente adottate dagli Stati parti, si tratta comunque di un obbligo di una certa importanza nel sistema del Patto, poiché permette la supervisione internazionale (da parte degli altri Stati parti) delle deroghe adottate¹⁴⁰.

Un importante limite alla possibilità dei Stati parti di adottare delle deroghe ai diritti e alle libertà sanciti nel Patto è rappresentato dalla lista dei diritti e delle libertà inderogabili prevista dal secondo paragrafo dell'art. 4. Si tratta, in particolare, del diritto alla vita (art. 6), del divieto di tortura (art. 7), del divieto di schiavitù e servitù (art. 8, parr. 1 e 2), del divieto di incarcerazione per inadempimento di un obbligo contrattuale (art. 11), del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 15), del diritto al riconoscimento della personalità giuridica (art. 16) e della libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 18). In linea di principio, quindi, gli Stati parti potranno derogare a tutti i diritti e le libertà fondamentali sanciti nel Patto ad esclusione dei suddetti diritti inderogabili espressamente indicati dal par. 2. È tuttavia opportuno notare come il Comitato dei diritti umani abbia, nel tempo, esteso la lista dei diritti da considerare inderogabili¹⁴¹. Ai fini del presente lavoro di ricerca, sarà dunque opportuno soffermarsi sulla derogabilità o meno dell'art. 9 del Patto (diritto alla libertà personale). Infatti, sebbene tale articolo non rientri nella lista fornita dal par. 2 dell'art. 4 e debba quindi

può prescindere dal verificare se il suo riferirsi ai soli stranieri sia giustificato alla luce delle circostanze dell'emergenza stessa.

¹³⁹ Ad avviso del Comitato dei diritti umani, tali notifiche dovrebbero includere informazioni dettagliate circa le misure adottate e una chiara esposizione dei motivi per la loro adozione, corredata dalla documentazione relativa alla legislazione nazionale applicabile. Nel Commento generale n. 29 (HRC, *General Comment No. 29*, cit., par. 17), infatti, il Comitato sottolinea:

In view of the summary character of many of the notifications received in the past, the Committee emphasizes that the notification by States parties should include full information about the measures taken and a clear explanation of the reasons for them, with full documentation attached regarding their law. Additional notifications are required if the State party subsequently takes further measures under article 4, for instance by extending the duration of a state of emergency. The requirement of immediate notification applies equally in relation to the termination of derogation.

¹⁴⁰ M. NOWAK, cit., p. 92.

¹⁴¹ *Ivi*, 93 ss.

essere considerato derogabile, alcuni dei suoi elementi sono ormai generalmente ritenuti inderogabili: lo stesso Comitato dei diritti umani sembra avere riconosciuto come nessuna deroga *ex art. 4* possa legittimamente estinguere del tutto il diritto di ogni individuo alla libertà personale, poiché gli Stati potranno derogare a tale diritto soltanto negli stretti limiti in cui la situazione lo esiga¹⁴².

Come già accennato, ai sensi dell'art. 9, “nessuno può essere arbitrariamente arrestato o detenuto”. Affinché una misura di privazione della libertà sia ammissibile, dunque, non è sufficiente che essa sia prevista dalla legge, ma è anche necessario che non sia arbitraria. Ad avviso di chi scrive, il divieto di privazione arbitraria della libertà così come enunciato nel Patto e delineato dalla giurisprudenza del Comitato dei diritti umani può senz'altro essere considerato inderogabile¹⁴³. Tale inderogabilità è desumibile dall'evidente impossibilità per uno Stato parte del Patto di provare che misure di privazione della libertà illegali, ingiuste, imprevedibili o irragionevoli siano strettamente necessarie alla protezione di un interesse vitale della nazione e, dunque, proporzionali rispetto a tale scopo¹⁴⁴. D'altronde, l'esistenza e la natura di una situazione di emergenza che minacci la vita della nazione influisce già sulla qualificazione della misura di privazione della libertà come arbitraria o meno¹⁴⁵. In tal senso, il gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria – di cui si tratterà nel *par. 2.3.* relativo al divieto di privazione arbitraria della libertà nel diritto internazionale consuetudinario – ha osservato che:

Arbitrary deprivation of liberty can never be a necessary or proportionate measure, given that the considerations that a State may invoke pursuant to derogation are already factored into the arbitrariness standard itself¹⁴⁶.

Il principio di proporzionalità che governa il sistema delle deroghe al Patto, ponendo un importante limite al margine di manovra degli Stati in materia, limita così significativamente la possibilità degli Stati parti di derogare al divieto di arbitrarietà

¹⁴² HRC, *Concluding Observations on Jordan*, CCPR/C/79/Add.35, 10 August 1994, par. 226-244; *Concluding Observations on Morocco*, CCPR/C/79/Add.44, 23 November 1994, par. 21.

¹⁴³ Come sottolineato nella bozza del Commento generale n. 35, “*the fundamental guarantee against arbitrary detention is non-derogable*”. HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 65.

¹⁴⁴ Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/22/44, 24 December 2012, par. 47-48.

¹⁴⁵ HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 65.

¹⁴⁶ Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 48.

sancito nell'art. 9 del Patto. D'altra parte, è già stato osservato come l'art. 4 proibisca l'adozione di deroghe che non siano conformi ad altri obblighi di diritto internazionale vincolanti per gli Stati parti. Se, come ormai generalmente accettato, è vero che il divieto di privazione della libertà personale corrisponde ad una norma di diritto internazionale consuetudinario¹⁴⁷, l'adozione di una deroga in tal senso comporterebbe la violazione di obblighi di diritto internazionale vincolanti tutti gli Stati parti. Taluni, poi, ritengono che il divieto di privazione arbitraria della libertà sia assunto al rango di *ius cogens*¹⁴⁸. Ciò sembra trovare conferma anche nel Commento generale n. 29 in materia di deroghe ex art. 4, nel quale il Comitato dei diritti umani, nel ribadire il divieto di deroghe contrarie a norme imperative di diritto internazionale, sottolinea come gli Stati parti non possano invocare l'art. 4 quale giustificazione per la violazione del diritto internazionale umanitario o di norme imperative, imponendo, ad esempio, misure di privazione arbitraria della libertà¹⁴⁹.

Un altro elemento dell'art. 9 da ritenersi inderogabile è, ad avviso di chi scrive, il diritto di contestare la legalità della propria detenzione (o *habeas corpus*) previsto dal par. 4. Il Comitato dei diritti umani ha infatti più volte affermato l'inderogabilità delle garanzie procedurali atte ad assicurare l'effettiva tutela dei diritti inderogabili. In tal senso, nella bozza del Commento generale n. 35, il Comitato afferma:

The procedural guarantees protecting liberty of person may never be made subject to measures of derogation that would circumvent the protection of non-derogable rights. In order to protect non-derogable rights, including those in articles 6 and 7, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention must not be diminished by measures of derogation¹⁵⁰.

D'altra parte, il Comitato si era già pronunciato sulla inderogabilità della garanzia dell'*habeas corpus* al fine di permettere l'effettiva tutela dei diritti inderogabili nel Commento generale n. 29. Vale inoltre la pena di notare come, nelle Osservazioni conclusive su Israele del 1998, il Comitato avesse preso nota della deroga all'art. 9 notificata da Israele al momento della ratifica del Patto ma avesse anche chiaramente affermato l'inderogabilità del diritto di ogni detenuto di contestare la legalità della

¹⁴⁷ Per l'approfondimento di tale questione, *infra*, par. 2.3. del presente capitolo.

¹⁴⁸ *Infra*, par. 2.3.

¹⁴⁹ HRC, *General Comment No. 29*, cit., par. 11.

¹⁵⁰ *Ivi*, par. 70.

propria detenzione *ex par.* 4, alla luce della considerazione che alcuni degli elementi del regime di detenzione amministrativa vigente nel Paese comportavano una violazione del divieto di tortura o trattamenti inumani e degradanti *ex art.* 7 e del diritto al riconoscimento della personalità giuridica *ex art.* 16¹⁵¹.

In ultima analisi, si ritiene di poter concordare con quanto affermato dal Comitato dei diritti umani nella recente bozza del Commento generale n. 35, in cui tale organo di controllo ribadisce ancora una volta l'inderogabilità di due elementi dell'art. 9, segnatamente il divieto di privazione arbitraria della libertà (par. 1) e il diritto di ogni individuo detenuto di contestare la legalità della propria detenzione (par. 4) in quanto garanzia procedurale indispensabile alla effettiva tutela dei diritti inderogabili elencati nel secondo paragrafo dell'art. 4. In altri termini, in caso di occupazione militare – senz'altro qualificabile come pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione – gli Stati parti del Patto potranno legittimamente adottare delle deroghe al diritto alla libertà personale sancito dall'art. 9 ma dovranno assicurarsi che tali misure di deroga non comportino la privazione arbitraria della libertà e che non impediscano il diritto di ogni individuo arrestato o detenuto di contestare la legalità del proprio arresto o della propria detenzione¹⁵².

¹⁵¹ Si veda il par. 21 (HRC, *Concluding Observations on Israel*, 1998, cit. [corsivo aggiunto]), in cui il Comitato osserva quanto segue:

The Committee remains concerned that despite the reduction in the number of persons held in administrative detention on security grounds, persons may still be held for long and apparently indefinite periods of time in custody without trial. It is also concerned that Palestinians detained by Israeli military order in the occupied territories do not have the same rights to judicial review as persons detained in Israel under ordinary law. A specific concern of the Committee is that at least some of the persons kept in administrative detention for reasons of State security (and in particular some Lebanese) do not personally threaten State security but are kept as “bargaining chips” in order to promote negotiations with other parties on releasing detained Israeli soldiers or the bodies of deceased soldiers. The Committee considers *the present application of administrative detention to be incompatible with articles 7 and 16 of the Covenant, neither of which allows for derogation in times of public emergency*. The Committee takes due note that Israel has derogated from article 9 of the Covenant. The Committee stresses, however, that *a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention*. The Committee recommends that the application of detention be brought within the strict requirements of the Covenant and that effective judicial review be made mandatory.

¹⁵² Se è vero che la garanzia dell'*habeas corpus* è di difficile realizzazione in tempo di conflitto armato, è anche vero che, come già osservato a più riprese, l'occupazione militare si differenzia dal conflitto armato internazionale in ragione dell'esercizio del controllo effettivo sul territorio occupato da parte dell'occupante, il quale è dunque in grado di svolgere funzioni di governo. D'altra parte, nella bozza del Commento generale n. 35 (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 62 [corsivo aggiunto]), il Comitato dei diritti umani osserva come l'arresto o la detenzione di un individuo, anche al di fuori dei

2.2. L'articolo 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

2.2.1. Ambito di applicazione

Ai sensi dell'art. 5, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali:

Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;

(b) se è in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge;

(c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;

(d) se si tratta della detenzione regolare di un minore, decisa per sorvegliare la sua educazione, o di sua legale detenzione al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;

(e) se si tratta della detenzione regolare di una persona per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcoolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

(f) se si tratta dell'arresto o della detenzione legali di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione¹⁵³.

confini di uno Stato parte, portino tale individuo nella sfera di giurisdizione di tale Stato, il quale, per tale ragione, dovrà assicurare tutte le garanzie connesse all'effettivo esercizio del diritto alla libertà personale, compreso l'*habeas corpus*:

Given that arrest and detention bring a person within a state's effective control, States parties must not arbitrarily or unlawfully arrest or detain individuals outside their territory. States parties must not subject *persons outside their territory* to prolonged incommunicado detention, or deprive them of *review of the lawfulness of their detention*. The extraterritorial location of an arrest may a circumstance relevant to an evaluation of promptness under paragraph 3.

¹⁵³ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

Anche la Convenzione europea, dunque, sancisce il diritto di ogni individuo alla libertà e alla sicurezza personale. Contrariamente a quanto previsto nell'ambito del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, la sicurezza personale deve necessariamente essere intesa, in ambito europeo, in relazione al diritto alla libertà personale. In tal senso, tale nozione “*has proved to have no independent existence*”¹⁵⁴: in più di un caso, infatti, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di riscontrare la violazione del diritto alla sicurezza personale *ex par.* 1 dell'art. 5, ricollegandola però sempre a misure di privazione della libertà¹⁵⁵.

Per quanto riguarda, poi, il concetto di libertà personale, occorre notare, da un lato, che esso fa riferimento esclusivamente alla libertà fisica e, dall'altro, che la sua violazione non deve essere confusa con delle restrizioni alla libertà di movimento, che sono invece disciplinate dall'art. 2 del Protocollo n. 4¹⁵⁶. In tal senso, nel caso *Guzzardi c. Italia* del 1980, la Corte europea ha affermato:

The difference between deprivation of and restriction upon liberty is [...] merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. Although the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 (art. 5) depends¹⁵⁷.

¹⁵⁴ K. REID, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2004, p. 241.

¹⁵⁵ In tal senso: *ibidem*. Si vedano, fra gli altri: ECHR, *Bozano v. France*, No. 9990/82, Judgment, 18 December 1986; ECHR, *Öcalan v. Turkey* (GC), cit.; ECHR, *Kurt v. Turkey*, No. 24276/94, Judgment, 25 May 1998; ECHR, *Çakici v. Turkey* (GC), No. 23657/94, Judgment, 8 July 1999.

¹⁵⁶ ECHR, *Creangă v. Romania* (GC), No. 29226/03, Judgment, 23 February 2012, par. 92; ECHR, *Engel and Others v. The Netherlands*, Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, et al., Judgment, 8 June 1976, par. 58.

¹⁵⁷ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, No. 7367/76, Judgment, 6 November 1980, par. 93. Nello stesso senso, nel caso *Engel et al. c. Paesi Bassi* del 1976 (ECHR, *Engel and Others v. The Netherlands*, cit., par. 59), la Corte aveva già avuto modo di affermare:

[...] In proclaiming the "right to liberty", paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person. Its aim is to ensure that no one should be dispossessed of this liberty in an arbitrary fashion. As pointed out by the Government and the Commission, it does not concern mere restrictions upon liberty of movement (Article 2 of Protocol no. 4) (P4-2). This is clear both from the use of the terms "deprived of his liberty", "arrest" and "detention", which appear also in paragraphs 2 to 5, and from a comparison between Article 5 (art. 5) and the other normative provisions of the Convention and its Protocols.

Nelle parole della Corte, dunque, la differenza fra restrizioni talmente gravi da costituire una privazione della libertà personale e mere restrizioni alla libertà di movimento si fonda più sul grado e l'intensità della misura in esame che sulla sua natura o sostanza¹⁵⁸. Ad ogni modo, nello stesso caso *Guzzardi*, la Corte ha anche sottolineato come, nei casi concreti, una misura di privazione della libertà possa non risultare di facile individuazione:

Deprivation of liberty may [...] take numerous other forms. Their variety is being increased by developments in legal standards and in attitudes; and the Convention is to be interpreted in the light of the notions currently prevailing in democratic States¹⁵⁹.

Secondo la Corte europea, al fine di classificare la situazione di volta in volta in esame come privazione della libertà personale, occorrerà operare tale determinazione caso per caso¹⁶⁰, basandosi su una serie di fattori come la tipologia, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione¹⁶¹. È stato tuttavia osservato come sia possibile ritenere che, in circostanze normali, qualsiasi forma di coercizione volta a detenere una persona o a costringerla a trattenerci in un determinato luogo rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 1¹⁶², anche in caso, ad esempio, di arresti domiciliari¹⁶³, ricoveri coatti in ospedali psichiatrici o centri di assistenza sociale¹⁶⁴,

¹⁵⁸ Interpretazione che la Corte ha poi confermato in alcuni altri casi. Si vedano, fra gli altri: ECHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, No. 25965/04, Judgment, 7 January 2010, par. 314; ECHR, *Stanev v. Bulgaria* (GC), No. 36760/06, Judgment, 17 January 2012, par. 115.

¹⁵⁹ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, cit., par. 95.

¹⁶⁰ Nel caso *Engel et al. c. Paesi Bassi* del 1976, ad esempio, la Corte ha sottolineato che "in order to determine whether someone has been 'deprived of his liberty' within the meaning of Article 5 (art. 5), the starting point must be his concrete situation". ECHR, *Engel and Others v. The Netherlands*, cit., par. 57.

¹⁶¹ Nel già citato caso *Guzzardi c. Italia* (ECHR, *Guzzardi v. Italy*, cit., par. 92), la Corte ha sottolineato:

In order to determine whether someone has been "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5 (art. 5), the starting point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.

La Corte ha poi confermato tale interpretazione in una serie di altri casi, fra i quali: ECHR, *Medvedev and Others v. France* (GC), No. 3394/03, Judgment, 29 March 2010, par. 73; ECHR, *Creangă v. Romania* (GC), cit., par. 91.

¹⁶² K. REID, cit., p. 239.

¹⁶³ ECHR, *Vittorio And Luigi Mancini v. Italy*, No. 44955/98, Judgment, 2 August 2001.

¹⁶⁴ ECHR, *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, Nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Judgment, 18 June 1971; ECHR, *Nielsen v. Denmark*, No. 10929/84, Judgment, 28 November 1988; ECHR, *H.M. v. Switzerland*, No. 39187/98, Judgment, 26 February 2002; ECHR, *H.L. v. The United Kingdom*, No. 45508/99, Judgment, 5 October 2004; ECHR, *Storck v. Germany*, No. 61603/00,

interrogatori in stazioni di polizia¹⁶⁵ e così via. Non ci si può però esimere dal notare che, talvolta, delle misure generalmente qualificabili come privazioni della libertà personale possano non essere ritenute tali in circostanze particolari, come affermato, ad esempio, nel caso *Engel et al. c. Paesi Bassi* (relativamente a sanzioni disciplinari adottate nei confronti di membri delle forze armate), in cui la Corte europea ha ritenuto che le misure in esame non potessero essere considerate come privazioni della libertà personale ai sensi dell'art. 5, osservando che la vita militare impone, generalmente, una disciplina maggiore di quella richiesta ai civili¹⁶⁶.

2.2.2. Limitazioni consentite

Analogamente a quanto osservato a proposito del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, anche alcuni articoli della Convenzione europea prevedono espressamente la possibilità che gli Stati parti limitino il godimento dei diritti in essi sanciti. In via generale, affinché tali limitazioni siano lecite, è necessario che esse siano

Judgment, 16 June 2005; ECHR, *A. and Others v. Bulgaria*, No. 51776/08, Judgment, 29 November 2011; ECHR, *Stanev v. Bulgaria* (GC), cit.

¹⁶⁵ ECHR, *I.I. v. Bulgaria*, No. 44082/98, Judgment, 9 June 2005; ECHR, *Osypenko v. Ukraine*, No. 4634/04, Judgment, 9 November 2010; ECHR, *Salayev v. Azerbaijan*, No. 40900/05, Judgment, 9 November 2010; ECHR, *Farhad Aliyev v. Azerbaijan*, No. 37138/06, Judgment, 9 November 2010; ECHR (GC), *Creangă v. Romania*, cit.

¹⁶⁶ Si veda, ad esempio, il par. 57 (ECHR, *Engel and Others v. The Netherlands*, cit.), in cui la Corte afferma:

Military service, as encountered in the Contracting States, does not on its own in any way constitute a deprivation of liberty under the Convention, since it is expressly sanctioned in Article 4 para. 3 (b) (art. 4-3-b). In addition, rather wide limitations upon the freedom of movement of the members of the armed forces are entailed by reason of the specific demands of military service so that the normal restrictions accompanying it do not come within the ambit of Article 5 (art. 5) either. Each State is competent to organise its own system of military discipline and enjoys in the matter a certain margin of appreciation. The bounds that Article 5 (art. 5) requires the State not to exceed are not identical for servicemen and civilians. A disciplinary penalty or measure which on analysis would unquestionably be deemed a deprivation of liberty were it to be applied to a civilian may not possess this characteristic when imposed upon a serviceman.

Così, ad esempio, nel par. 61 la Corte conclude che:

No deprivation of liberty resulted from the three and four days' light arrest awarded respectively against Mr. Engel [...] and Mr. van der Wiel [...]. Although confined during off-duty hours to their dwellings or to military buildings or premises, as the case may be, servicemen subjected to such a penalty are not locked up and continue to perform their duties [...]. They remain, more or less, within the ordinary framework of their army life.

previste dalla legge, che siano “finalizzate alla protezione degli interessi di volta in volta indicati dalla norma”¹⁶⁷ e “necessarie in una società democratica”¹⁶⁸.

Nel caso specifico del diritto alla libertà e alla sicurezza personale, il primo paragrafo dell’art. 5 prevede espressamente che nessuno possa essere privato della libertà se non nei modi stabiliti dalla legge. Tale requisito di legalità esige che ciascuna misura di detenzione sia conforme alle norme materiali e procedurali di diritto interno e, se applicabili, di diritto internazionale; in tal senso, nel caso *Medvedyev c. Francia*, la Corte europea ha osservato:

The Court further reiterates that where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to *national law* but also, where appropriate, to *other applicable legal standards, including those which have their source in international law*. In all cases it establishes the obligation to conform to the substantive and procedural rules of the laws concerned [...]¹⁶⁹.

Inoltre, perché una misura di privazione della libertà personale soddisfi il requisito di legalità, è essenziale che le condizioni per l’adozione di tali misure siano chiaramente definite dal diritto interno e che la loro attuazione sia prevedibile, in linea con il principio della certezza del diritto¹⁷⁰.

Non ci si può ora esimere dal rilevare che, come notato a più riprese dalla stessa Corte europea, l’art. 5 ha lo scopo fondamentale di impedire che un individuo venga *arbitrariamente* privato della propria libertà¹⁷¹, sebbene il testo della disposizione in

¹⁶⁷ M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in PINESCHI (ed.), cit., pp. 281-313, p. 286.

¹⁶⁸ *Ibidem*. Come sottolineato dall’autore:

Quest’ultimo requisito, in particolare, implica che le restrizioni siano ammissibili soltanto se perseguono lo scopo di salvaguardare l’ordine democratico e la tutela dei diritti individuali e non di reprimerli; che esse rispondano a una “pressante necessità sociale” [...]; che esse debbano essere proporzionali ai legittimi obiettivi perseguiti.

¹⁶⁹ ECHR, *Medvedyev and Others v. France* (GC), cit., par. 79 [corsivo aggiunto].

¹⁷⁰ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012, disponibile presso: www.echr.coe.int, pp. 7-8. Si vedano, in tal senso: ECHR, *Creangă v. Romania* (GC), cit., par. 120; ECHR, *Medvedyev and Others v. France* (GC), cit., par. 80.

¹⁷¹ Si vedano, fra gli altri: C. DEFILIPPI, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 159-201, p. 162; *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article*

esame non faccia alcun riferimento alla nozione di arbitrarietà di una misura di privazione della libertà personale (a differenza di quanto osservato a proposito del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici). In particolare, nel caso *Winterwerp c. Paesi Bassi*, la Corte ha sottolineato che “*in a democratic society subscribing to the rule of law, no detention that is arbitrary can ever be regarded as ‘lawful’*”¹⁷². Nel caso *Saadi c. Regno Unito*, poi, la Corte ha osservato come, a causa dell’abitudine di constatare il carattere arbitrario di una misura di privazione della libertà soltanto caso per caso, mancasse una adeguata definizione dei fattori suscettibili di determinare la ‘arbitrarietà’ o meno di tali misure¹⁷³. Al fine di chiarirne il significato, la Corte ha dunque rilevato:

It is a fundamental principle that no detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1 and the notion of “arbitrariness” in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention¹⁷⁴.

La Corte ha poi sottolineato come, dall’analisi della propria giurisprudenza in materia di arbitrarietà, sia possibile ritenere che, in generale, una misura di privazione della libertà sia arbitraria qualora a) le autorità abbiano agito in mala fede o allo scopo di ingannare l’individuo arrestato e/o detenuto, b) l’ordine di detenzione e/o la sua modalità di attuazione non siano conformi alla motivazione specificamente richiesta dall’art. 5 per ciascuna delle categorie di privazione della libertà ritenute ammissibili (art. 5, par. 1, lett. a-f), oppure, c) non vi sia alcuna relazione tra lo scopo dell’arresto

5 of the Convention, cit., p. 8; K. REID, *cit.*, p. 238. Fra le sentenze della Corte, si vedano: ECHR, *Winterwerp v. The Netherlands*, No. 6301/73, Judgment, 24 October 1979, par. 37; ECHR, *Amuur v. France*, No. 19776/92, Judgment, 25 June 1996, par. 50; ECHR, *Chahal v. The United Kingdom* (GC), No. 22414/93, Judgment, 15 November 1996, par. 118; ECHR, *Witold Litwa v. Poland*, No. 26629/95, Judgment, 04 April 2000, par. 78; ECHR, *Saadi v. The United Kingdom* (GC), No. 13229/03, Judgment, 29 January 2008, par. 67.

¹⁷² ECHR, *Winterwerp v. The Netherlands*, *cit.*, par. 39.

¹⁷³ In particolare, la Corte ha notato (ECHR, *Saadi v. The United Kingdom* (GC), *cit.*, par. 68):

While the Court has not previously formulated a global definition as to what types of conduct on the part of the authorities might constitute “arbitrariness” for the purposes of Article 5 § 1, key principles have been developed on a case-by-case basis. It is moreover clear from the case-law that the notion of arbitrariness in the context of Article 5 varies to a certain extent depending on the type of detention involved.

¹⁷⁴ *Ivi*, par. 67.

e/o della detenzione e il luogo e le condizioni di detenzione¹⁷⁵. La Corte si è quindi soffermata sui diversi fattori suscettibili di rendere arbitraria una misura di privazione della libertà a seconda che il caso di specie sia riconducibile all'una o all'altra delle categorie di misure di privazione della libertà espressamente ammesse dai sotto-paragrafi a-f dell'art. 5¹⁷⁶.

A tal riguardo, è in effetti opportuno notare come la peculiarità della disposizione in esame sia proprio quella di prevedere una serie di casi in cui la privazione della libertà personale sarebbe ammissibile: l'articolo 5, oltre a porre in capo agli Stati parti della Convenzione europea l'obbligo positivo di proteggere la libertà degli individui sottoposti alla propria giurisdizione da parte di privati¹⁷⁷, prevede infatti quello negativo di astenersi dall'interferire con la libertà personale di tali individui se non in una serie di circostanze particolari tassativamente indicate nei sotto-paragrafi a-f dell'art. 5, par. 1.

Il par. 1, lett. a-f, enumera, dunque, i casi in cui gli Stati possono legittimamente privare gli individui della libertà personale¹⁷⁸: tale lista – che include, come si è avuto modo di notare, sei diverse categorie di detenzione in principio ammissibili – è senza dubbio esaustiva, nel senso che qualsiasi caso di privazione della libertà non rientrante in una di tali categorie costituirebbe una violazione della Convenzione europea¹⁷⁹. Fra le eccezioni ammesse, di particolare interesse ai fini del presente lavoro di ricerca è sicuramente quella prevista dalla lett. c), ai sensi della quale un arresto e/o una detenzione possono essere considerati, in principio, leciti qualora l'individuo in questione sia “arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente”, quando vi siano “motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o [...] motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso”¹⁸⁰. Come sottolineato da Defilippi, tale disposizione ammette “tre diversi ordini di ragioni condizionanti, ciascuna delle quali può da sola giustificare l'emissione della misura, salvo poi il più tempestivo controllo giudiziario”¹⁸¹.

¹⁷⁵ ECHR, *Saadi v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 69.

¹⁷⁶ *Ivi*, par. 70-74.

¹⁷⁷ ECHR, *Storck v. Germany*, cit., par. 102; ECHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, cit., par. 319-321; ECHR, *Medova v. Russia*, No. 25385/04, Judgment, 15 January 2009, par. 123-125.

¹⁷⁸ Si rimanda al testo dell'art. 5, par. 2.

¹⁷⁹ ECHR, *Winterwerp v. The Netherlands*, cit., par. 37; ECHR, *Ciulla v. Italy*, No. 11152/84, Judgment, 22 February 1989, par. 41; ECHR, *Engel and Others v. The Netherlands*, cit., par. 57.

¹⁸⁰ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

¹⁸¹ C. DEFILIPPI, cit., pp. 169-170.

In primo luogo, dunque, è ammesso che le autorità statali possano privare un individuo della propria libertà qualora vi siano delle ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato¹⁸². In tal caso, non è necessario che le autorità statali dispongano di tutti gli elementi di prova necessari ad avviare un procedimento penale nei confronti di tale individuo ma occorre che i motivi a fondamento di tale misura siano plausibili¹⁸³: secondo l'interpretazione fornita dalla stessa Corte europea, si può ritenere che tali sospetti siano plausibili qualora, sulla base delle circostanze complessive del caso di specie, essi siano sufficienti a convincere un osservatore obiettivo che l'individuo in questione possa aver commesso quel determinato reato¹⁸⁴.

In secondo luogo, l'art. 5, par.1, lett. c, prevede che un individuo possa essere arrestato e/o detenuto qualora vi siano “motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato”. Si tratta di quella che parte della dottrina definisce “detenzione preventiva”¹⁸⁵: in questo caso, infatti, la Convenzione sembra permettere che un individuo venga privato della propria libertà personale, anche qualora non abbia commesso alcun reato, sulla base del mero sospetto che egli possa in futuro commetterlo. Naturalmente, è necessario che il sospetto sia fondato¹⁸⁶ e che il reato sia inteso in senso stretto, così da escludere la liceità di misure di privazione della libertà di individui che, in ragione della loro generale propensione al crimine, siano suscettibili di rappresentare un pericolo per lo Stato¹⁸⁷. In particolare, nel già citato caso *Guzzardi c. Italia*, la Corte europea ha osservato:

In any event, the phrase under examination is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who, like mafiosi, present a danger on account of their continuing propensity

¹⁸² Nell'ambito della Convenzione europea, al termine 'reato' deve essere assegnato un significato autonomo: è possibile, naturalmente, tenere conto della qualificazione come 'reato' operata nell'ambito del diritto interno, ma, per la Corte europea, anche la natura del procedimento e la severità della pena devono essere presi in considerazione. Si veda: *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 14; ECHR, *Benham v. the United Kingdom* (GC), No. 19380/92, Judgment 10 June 1996, par. 56.

¹⁸³ C. DEFILIPPI, cit., p. 170.

¹⁸⁴ ECHR, *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, Nos. 12244/86, 12245/86, 12383/86, Judgment, 30 August 1990, par. 32.

¹⁸⁵ C. MACKEN, *Counter-Terrorism and the detention of suspected terrorists: Preventive detention and International Human Rights Law*, Routledge, 2011; R. PATI, cit., p. 74.

¹⁸⁶ La fondatezza può essere interpretata in modo equivalente alla ragionevolezza richiesta dalla prima parte della lett. c).

¹⁸⁷ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 14.

to crime; it does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence¹⁸⁸.

In tal senso, il sospetto che un individuo abbia intenzione di commettere un reato non è sufficiente ai sensi della disposizione in esame, salvo che il comportamento messo in atto da tale individuo al fine di realizzare il suddetto intento non integri gli estremi dell'associazione per delinquere o del delitto tentato¹⁸⁹.

Infine, la disposizione in esame ammette che le autorità statali possano arrestare e/o detenere un individuo qualora vi siano motivi fondati di ritenere che sia necessario “impedirgli di darsi alla fuga” dopo avere commesso un reato.

In ciascuno dei tre casi citati, ad ogni modo, è essenziale che lo scopo della misura di privazione della libertà sia quello di tradurre l'individuo dinanzi ad una autorità giudiziaria. In altri termini, indipendentemente da quale dei suddetti motivi per l'arresto e/o la detenzione di un individuo *ex lett. c)* venga in rilievo nel caso di specie, la Convenzione prevede che lo scopo di questa categoria di misure di privazione della libertà cc.dd. “preventive” sia quello di tradurre l'individuo arrestato e/o detenuto dinanzi all'autorità giudiziaria competente. Tale aspetto è stato rilevato dalla Corte europea a più riprese; nel caso *Lawless c. Irlanda*, ad esempio, la Corte ha affermato:

[...] It is evident that the expression “effected for purpose of bringing him before the competent legal authority” qualifies *every category of cases of arrest or detention referred to in that sub-paragraph* (art. 5-1-c); [...] it follows that *the said clause permits deprivation of liberty only when such deprivation is effected for the purpose of bringing the person arrested or detained before the competent judicial authority*, irrespective of whether such person is a person who is reasonably suspected of having committed an offence, or a person whom it is reasonably considered necessary to restrain from committing an offence, or a person whom it is reasonably considered necessary to restrain from absconding after having committed an offence¹⁹⁰.

D'altronde, la Corte ha anche avuto modo di chiarire che un individuo può essere arrestato e/o detenuto ai sensi della disposizione in esame soltanto qualora la misura in

¹⁸⁸ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, cit., par. 102 [corsivo aggiunto]. La Corte ha poi confermato tale interpretazione in una serie di altri casi. Si vedano: ECHR, *Ciulla v. Italy*, cit., par. 40; ECHR, *M. v. Germany*, No. 19359/04, Judgment, 17 December 2009, par. 89.

¹⁸⁹ INTERIGHTS, *Right to Liberty and Security under the European Convention on Human Rights (Article 5) – Manual for lawyers*, September 2007, p. 17.

¹⁹⁰ ECHR, *Lawless v. Ireland (no. 3)*, No. 332/57, Judgment, 1 July 1961, par. 14 [corsivo aggiunto].

questione si inserisca nell'ambito di un procedimento di tipo penale¹⁹¹. In tal senso, come rilevato nel recente caso *Al-Jedda c. Regno Unito*:

It has long been established that the list of grounds of permissible detention in article 5 § 1 does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time¹⁹².

Ad ogni modo, come già osservato, non è necessario che le autorità che effettuano l'arresto siano in possesso di tutti gli elementi di prova atti ad instaurare un procedimento penale¹⁹³: lo scopo dell'art. 5, par. 1, lett. c), è infatti quello di concedere alle autorità statali il tempo necessario a confermare o smentire i ragionevoli sospetti che fondano l'arresto e/o la detenzione dell'individuo in questione¹⁹⁴. In tal senso, ai fini di considerare lecita una misura di privazione della libertà effettuata ai sensi della lett. c) dell'art. 5, par. 1, l'effettivo raggiungimento dello scopo di tradurre l'individuo dinanzi ad una autorità giudiziaria ai fini dell'effettiva instaurazione di un procedimento penale nei suoi confronti non viene in rilievo, poiché “*the existence of the purpose to bring a suspect before a court has to be considered independently of the achievement of that purpose*”¹⁹⁵.

È adesso opportuno soffermarsi brevemente sulla nozione di ‘autorità giudiziaria competente’ dinanzi alla quale è necessario tradurre l'individuo arrestato e/o detenuto ex art. 5, par. 1, lett. c). In particolare, occorre ritenere che tale espressione abbia lo stesso significato di ‘giudice o altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni

¹⁹¹ In particolare, nel caso *Jėčius c. Lituania* (ECHR, *Jėčius v. Lithuania*, No. 34578/97, Judgment, 31 July 2000, par. 50), la Corte ha affermato:

A person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence.

Nello stesso senso, si vedano: ECHR, *Ciulla v. Italy*, cit., par. 38-41; ECHR, *Schwabe and M.G. v. Germany*, Nos. 8080/08, 8577/08, Judgment, 1 December 2011, par. 72.

¹⁹² ECHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom* (CG), No. 27021/08, Judgment, 7 July 2011, par. 100.

¹⁹³ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 13. Si veda anche: ECHR, *Erdagoz v. Turkey*, No. 21890/93, Judgment, 22 October 1997, par. 51.

¹⁹⁴ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 13. Si vedano anche: ECHR, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, Nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84, et al., Judgment, 29 November 1988, par. 52-54; ECHR, *Labita v. Italy* (GC), No. 26772/95, Judgment, 6 April 2000, par. 155; ECHR, *O'Hara v. the United Kingdom*, No. 37555/97, Judgment, 16 October 2001, par. 36.

¹⁹⁵ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 13.

giudiziarie' previsto dal par. 3 dell'art. 5¹⁹⁶. Lo scopo di tradurre ciascun individuo arrestato e/o detenuto dinanzi ad un'autorità giudiziaria previsto dal par. 1, lett c), deve essere infatti interpretato in relazione a quanto previsto dal par. 3 dello stesso articolo 5, ai sensi del quale:

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

Tale interpretazione è stata confermata dalla stessa Corte europea, la quale, nel già citato caso *Lawless c. Irlanda*, ha avuto modo di chiarire:

Paragraph 1 (c) of Article 5 (art. 5-1-c) can be construed only if read in conjunction with paragraph 3 of the same Article (art. 5-3), with which it forms a whole. [...] Paragraph 3 (art. 5-3) stipulates categorically that “everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article (art. 5-1-c) shall be brought promptly before a judge ...” and “shall be entitled to trial within a reasonable time”; [...] it plainly entails the obligation to bring everyone arrested or detained in any of the circumstances contemplated by the provisions of paragraph 1 (c) (art. 5-1-c) before a judge for the purpose of examining the question of deprivation of liberty or for the purpose of deciding on the merits¹⁹⁷.

Il par. 3 dell'art. 5, dunque, fa riferimento a due diversi elementi: da un lato, al diritto di ciascun individuo arrestato e/o detenuto *ex* lett. c) di essere tradotto al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e, dall'altro, alla necessità di limitare la durata della detenzione in attesa di processo, stabilendo che un individuo abbia il diritto di essere sottoposto ad un processo entro un termine ragionevole o di essere messo in libertà durante la procedura. È evidente che lo scopo di tale disposizione è quello di imporre il rilascio di un individuo detenuto sulla base di un mero sospetto (*ex* art. 5, par. 1, lett. c)) qualora la detenzione

¹⁹⁶ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 13.

¹⁹⁷ ECHR, *Lawless v. Ireland* (no. 3), cit., par. 14.

cessi di essere ragionevole¹⁹⁸. In altri termini, il par. 3 protegge gli individui dal rischio di privazioni della libertà arbitrarie o ingiustificate¹⁹⁹. In svariate occasioni, la Corte ha avuto modo di precisare che il mero fatto che un individuo arrestato e/o detenuto abbia la possibilità di adire una autorità giudiziaria non è sufficiente a soddisfare il requisito del par. 3: la peculiarità di tale disposizione – e ciò che la differenzia dal c.d. *habeas corpus* previsto dal par. 4 dello stesso art. 5 – è infatti quella di prevedere un meccanismo automatico di revisione di ogni misura di privazione della libertà²⁰⁰, indipendentemente dal diritto “di ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione [...] di presentare ricorso ad un tribunale” per contestare “la legittimità della sua detenzione”²⁰¹.

Per quanto riguarda il primo degli elementi citati, vale a dire il diritto di ciascun individuo arrestato e/o detenuto *ex lett. c)* di essere “tradotto al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie”, occorre innanzitutto chiedersi cosa si intenda con l’espressione “al più presto”, vale a dire quanto tempo possa passare prima che un individuo venga tradotto dinanzi ad un giudice, senza che vi sia una violazione della disposizione in esame²⁰². In più di un caso,

¹⁹⁸ K. REID, cit., p. 417. Si vedano anche: ECHR, *Neumeister v. Austria*, No. 1936/63, Judgment, 27 June 1968, par. 4; ECHR, *Mirosław Jablonski v. Poland*, No. 33985/05, Judgment, 8 July 2008, par. 83.

¹⁹⁹ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 21. Si vedano, in particolare: ECHR, *Aquilina v. Malta* (GC), No. 25642/94, Judgment, 29 April 1999, par. 47; ECHR, *Stephens v. Malta (no. 2)*, No. 33740/06, Judgment, 21 April 2009, par. 52; ECHR, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, cit., par. 58.

²⁰⁰ In *McKay c. Regno Unito* (ECHR, *McKay v. The United Kingdom* (GC), No. 543/03, Judgment, 3 October 2006, par. 34, [corsivo aggiunto]), la Corte ha sottolineato:

The review must be *automatic* and *cannot depend on the application of the detained person*; in this respect it must be distinguished from Article 5 § 4 which gives a detained person the right to apply for release. The automatic nature of the review is necessary to fulfil the purpose of the paragraph, as a person subjected to ill-treatment might be incapable of lodging an application asking for a judge to review their detention; the same might also be true of other vulnerable categories of arrested person, such as the mentally frail or those ignorant of the language of the judicial officer.

²⁰¹ Art. 5, par. 4, della Convenzione europea.

²⁰² La stessa Corte europea (ECHR, *McKay v. The United Kingdom*(GC), cit., par. 33 [corsivo aggiunto]) ha notato l’importanza di tale requisito, osservando:

The judicial control on the first appearance of an arrested individual must above all be prompt, to allow detection of any ill-treatment and to keep to a minimum any unjustified interference with individual liberty. The strict time constraint imposed by this requirement leaves little flexibility in interpretation, otherwise there would be a serious weakening of a procedural guarantee to the detriment of the individual and the risk of impairing the very essence of the right protected by this provision.

la Corte ha considerato eccessivo un periodo superiore ai quattro giorni, anche nell'eventualità di misure antiterrorismo²⁰³; in alcuni casi, poi, anche lassi di tempo più brevi sono stati ritenuti eccessivi qualora non giustificati da circostanze straordinarie che impedissero alle autorità di tradurre un individuo dinanzi ad una autorità giudiziaria in tempi più brevi²⁰⁴. Occorre poi domandarsi cosa si intenda per "giudice o altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie". Come già accennato, tale concetto è riconducibile a quello di 'autorità giudiziaria competente' *ex par. 1, lett. c) dell'art. 5*. È stato poi osservato²⁰⁵ come, sebbene il magistrato in questione non debba necessariamente essere un giudice ai sensi del diritto interno dello Stato interessato, egli debba comunque soddisfare una serie di requisiti: a) essere indipendente dall'esecutivo e dalle parti²⁰⁶; b) ascoltare personalmente l'individuo in questione prima di pronunciarsi²⁰⁷; c) entrare nel merito dell'arresto o della misura di

²⁰³ Nel caso *Brogan* (ECHR, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, cit., par. 62), ad esempio, la Corte ha osservato:

The scope for flexibility in interpreting and applying the notion of "promptness" is very limited. In the Court's view, even the shortest of the four periods of detention, namely the four days and six hours spent in police custody by Mr McFadden [...] falls outside the strict constraints as to time permitted by the first part of Article 5 para. 3 (art. 5-3). To attach such importance to the special features of this case as to justify so lengthy a period of detention without appearance before a judge or other judicial officer would be an unacceptably wide interpretation of the plain meaning of the word "promptly".

La Corte ha poi seguito lo stesso approccio in altri casi. Fra gli altri: ECHR, *Oral and Atabay v. Turkey*, No. 39686/02, Judgment, 23 June 2009, par. 43; ECHR, *McKay v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 47.

²⁰⁴ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., pp. 21-22. Si vedano, in particolare: ECHR, *Ipek and Others v. Turkey*, Nos. 17019/02, 30070/02, Judgment, 03 February 2009, parr. 36-37; ECHR, *Kandzhov v. Bulgaria*, No. 68294/01, Judgment, 06 November 2008, par. 66.

²⁰⁵ Si vedano, fra gli altri: K. REID, cit., pp. 419-420; *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 22-23.

²⁰⁶ Come la Corte ha avuto modo di rilevare nel caso *Schiesser c. Svizzera* (ECHR, *Schiesser v. Switzerland*, No. 7710/76, 4 December 1979, par. 31), qualora il magistrato in questione sia in qualche misura subordinato ad altri giudici o magistrati, il requisito dell'indipendenza potrà comunque ritenersi soddisfatto ammesso che tali giudici o magistrati siano a loro volta indipendenti dall'esecutivo o dalle parti. È invece probabile che il magistrato manchi di indipendenza o imparzialità nel caso in cui eserciti anche funzioni inquirenti o reagenti. Si veda: K. REID, cit., p. 419; ECHR, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, Nos. 8805/79, 8806/79, 9242/81, Judgment, 22 May 1984, par. 49.

²⁰⁷ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 23. Si vedano, in particolare: ECHR, *Schiesser v. Switzerland*, cit., par. 31; ECHR, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, cit., par. 51.

detenzione nel caso di specie²⁰⁸; e, d) avere il potere di ordinare il rilascio qualora non vi siano ragioni sufficienti a fondamento dell'arresto o della misura di detenzione²⁰⁹.

Per quanto riguarda il secondo degli elementi cui il par. 3 fa riferimento, vale a dire “il diritto [di ogni persona arrestata o detenuta] di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura”, esso comporta un obbligo di revisione da parte delle autorità giudiziarie competenti di tutti i casi di detenzione di individui in attesa di processo, allo scopo di ordinarne il rilascio qualora le circostanze non siano più atte a giustificare la privazione della libertà²¹⁰. Sebbene, al momento della privazione della libertà e all'inizio del periodo di detenzione, l'esistenza di un ragionevole sospetto possa essere considerata come la condizione necessaria e sufficiente a legittimare la misura di privazione della libertà *ex lett. c)*, col passare del tempo un ragionevole sospetto non sarà più sufficiente a giustificare la detenzione di un individuo²¹¹. Come rilevato dalla Corte, la valutazione della ragionevolezza di una misura di detenzione non può essere operata in astratto ma dovrà avvenire caso per caso²¹². Ad ogni modo, è essenziale che i motivi a favore e contro il rilascio dell'individuo detenuto non siano “generalmente ed astratti” ma facciano, invece, riferimento alle circostanze specifiche del caso²¹³; in tal senso, nel caso *Aleksanyan c. Russia*, la Corte ha sottolineato che “*arguments for and against release must not be 'general and abstract' [...], but contain references to the specific facts and the applicant's personal circumstances justifying his detention*”²¹⁴.

Il par. 2 dell'art. 5 prevede, poi, che ogni persona arrestata debba essere informata “al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico”²¹⁵. Come sottolineato da Defilippi²¹⁶, l'applicazione della norma

²⁰⁸ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 23. Si veda, fra gli altri: ECHR, *Aquilina v. Malta* (GC), cit., par. 47.

²⁰⁹ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 23. Si vedano, fra gli altri: ECHR, *Assenov and Others v. Bulgaria*, No. 24760/94, Judgment, 28 October 1998, par. 146; ECHR, *McKay v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 40.

²¹⁰ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 25. Si veda, fra gli altri: ECHR, *McKay v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 45.

²¹¹ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., pp. 24-25.

²¹² Nel caso *McKay c. Regno Unito* (cit., par. 45), ad esempio, la Corte ha osservato:

The question whether or not a period of detention is reasonable cannot be assessed in the abstract but must be assessed in each case according to its special features, there is no fixed time frame applicable to each case.

²¹³ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 25.

²¹⁴ ECHR, *Aleksanyan v. Russia*, No. 46468/06, Judgment, 22 December 2008, par. 179.

²¹⁵ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

²¹⁶ C. DEFILIPPI, cit., pp. 177-178.

implica tre condizioni, vale a dire che l'informazione sia a) rapida²¹⁷, b) completa²¹⁸ e c) intelligibile²¹⁹. Sebbene tale disposizione faccia espressamente riferimento soltanto agli individui "arrestati", non vi è ragione di escludere che tale diritto spetti anche agli individui "detenuti"²²⁰. Come sottolineato dalla stessa Corte europea, infatti, il diritto di essere informati circa le ragioni di una misura di privazione della libertà costituisce un elemento fondamentale del sistema di protezione delineato dall'art. 5²²¹; esso deve essere interpretato alla luce dello scopo generale di proteggere gli individui da privazioni arbitrarie della libertà²²². È infatti evidente che, se privati di tale diritto all'informazione, gli individui non saranno in grado di esercitare effettivamente il diritto di contestare la liceità del proprio arresto e/o della propria detenzione previsto dal par. 4 dall'art. 5²²³, quello che è stato definito come l'*habeas corpus* della Convenzione²²⁴.

Data la sua importanza nel sistema di protezione della libertà personale delineato dall'art. 5, vale adesso la pena di soffermarsi proprio sul par. 4, ai sensi del quale:

Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi

²¹⁷ Sebbene la valutazione circa la "tardività" (C. DEFILIPPI, cit., p. 178) o meno dell'informazione non possa che avvenire caso per caso, la Corte ha ritenuto, in più di un'occasione, che il fatto di informare l'individuo arrestato e/o detenuto entro un paio d'ore dal momento dell'arresto non costituisca una violazione della disposizione in esame: in tal senso, nel caso *Kerr c. Regno Unito* (ECHR, *Kerr v. The United Kingdom*, No. 40451/98, Decision (partial), 07 December 1999, p. 7), la Corte ha sottolineato:

The applicant was apprised of these matters within a few hours of his arrest and thus within the constraints of time imposed by the notion of promptness within the meaning of Article 5 § 2 of the Convention.

²¹⁸ Come osservato da Defilippi (C. DEFILIPPI, cit., pp. 178-179), la giurisprudenza della Corte denota l'evidente volontà di bilanciare la necessità che l'informazione sia tempestiva "con l'esigenza di completezza della stessa". Sarà infatti sufficiente che le autorità statali informino l'individuo arrestato e/o detenuto delle "ragioni di fatto e di diritto poste a base della privazione della libertà". Ad ogni modo, la Corte ha avuto modo di notare come il diritto di informazione ex par. 2 non possa, naturalmente, considerarsi soddisfatto per il solo fatto che le autorità statali forniscano all'individuo arrestato e/o detenuto la mera indicazione della base giuridica per la privazione della sua libertà. Nelle parole della Corte europea, "*bare indication of the legal basis for the arrest, taken on its own, is insufficient for the purposes of Article 5 § 2*". ECHR, *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, cit., par. 41.

²¹⁹ Il par. 2 prevede infatti espressamente che la persona arrestata sia informata delle ragioni dell'arresto "in una lingua a lei comprensibile".

²²⁰ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 19. Si veda, in particolare: ECHR, *Van Der Leer v. The Netherlands*, No. 11509/85, Judgment, 21 February 1990, par. 27-28.

²²¹ ECHR, *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, cit., par. 40.

²²² *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 19.

²²³ Si vedano, fra gli altri: ECHR, *Van Der Leer v. The Netherlands*, cit., par. 28; ECHR, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, No. 36378/02, Judgment, 12 April 2005, par. 413.

²²⁴ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 28.

termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale²²⁵.

È innanzitutto opportuno rilevare come tale disposizione debba essere intesa in maniera autonoma rispetto al par. 1 dell'art. 5²²⁶: la Corte europea ha infatti avuto modo di ribadire, in più di un'occasione, la necessità di procedere alla valutazione della pretesa violazione del par. 4 anche nei casi in cui il par. 1 dello stesso articolo non sia stato violato nel caso di specie²²⁷. In tal senso, nel *caso De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, la Corte ha sottolineato:

Although the Court has not found in the present cases any incompatibility with paragraph (1) of Article 5 (art. 5-1) [...], this finding does not dispense it from now proceeding to examine whether there has been any violation of paragraph (4) (art. 5-4). The latter is, in effect, a separate provision, and its observance does not result *eo ipso* from the observance of the former: "everyone who is deprived of his liberty", lawfully or not, is entitled to a supervision of lawfulness by a court; a violation can therefore result either from a detention incompatible with paragraph (1) (art. 5-1) or from the absence of any proceedings satisfying paragraph (4) (art. 5-4), or even from both at the same time²²⁸.

È inoltre utile osservare che il diritto di ciascun individuo di contestare la legalità della propria detenzione riguarda ciascuna delle sei categorie di detenzione ammesse dal primo paragrafo dell'art. 5²²⁹. La portata del corrispondente obbligo di permettere tale ricorso a livello interno posto in capo agli Stati parti, però, varia secondo il tipo di detenzione che viene in rilievo nel caso di specie²³⁰: secondo quella che è stata definita "teoria del controllo incorporato"²³¹, qualora la misura di detenzione sia ordinata da un giudice nell'ambito di un procedimento giudiziario – come, ad esempio, nel caso delle

²²⁵ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

²²⁶ Si vedano, fra gli altri: S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012, p. 159; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 464.

²²⁷ ECHR, *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, cit., par. 73; ECHR, *Douiyeb v. the Netherlands* (GC), No. 31464/96, Judgment, 4 August 1999, par. 57; ECHR, *Kolompar v. Belgium*, No. 11613/85, Judgment, 24 September 1992, par. 45.

²²⁸ ECHR, *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, cit., par. 73.

²²⁹ K. REID, cit., p. 485.

²³⁰ *Ibidem*; C. DEFILIPPI, cit., p. 193.

²³¹ C. DEFILIPPI, cit., p. 193; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., pp. 159-160.

detenzioni ex art. 5, par. 1, lett. a) – il controllo sulla legalità della detenzione ai sensi del par. 4 non sarà necessario, poiché, in tale caso, la supervisione sarà “incorporata” nella decisione del suddetto tribunale; qualora, invece, la decisione sulla detenzione sia stata presa da un’ autorità amministrativa, il par. 4 troverà piena applicazione, obbligando gli Stati a predisporre i mezzi di ricorso ad un tribunale a favore dell’ individuo arrestato e/o detenuto²³². Inoltre, qualora la situazione di detenzione perduri nel tempo, l’ eventuale “evolvere della situazione o il verificarsi di fatti nuovi possono imporre ulteriori verifiche periodiche”²³³.

Per quanto riguarda, poi, la caratterizzazione del “tribunale” competente a ricevere il ricorso, la giurisprudenza della Corte europea ha chiarito come non debba necessariamente trattarsi di un tribunale di tipo classico, ribadendo però, allo stesso tempo, la necessità che tale organo presenti alcune caratteristiche fondamentali tipiche dei tribunali, fra le quali l’ indipendenza dall’ esecutivo e l’ imparzialità rispetto alle parti²³⁴, unitamente alle garanzie di una procedura giudiziaria appropriata alla tipologia di privazione della libertà che viene in rilievo nel caso di specie²³⁵. In altri termini, il fatto che il controllo di legittimità sia effettuato da un tribunale o da un giudice in senso

²³² Come osservato dalla Corte europea nel caso De Wilde (ECHR, *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, cit., par. 76):

Where the decision depriving a person of his liberty is one taken by an administrative body, there is no doubt that Article 5 (4) (art. 5-4) obliges the Contracting States to make available to the person detained a right of recourse to a court; but there is nothing to indicate that the same applies when the decision is made by a court at the close of judicial proceedings. In the latter case the supervision required by Article 5 (4) (art. 5-4) is incorporated in the decision; this is so, for example, where a sentence of imprisonment is pronounced after "conviction by a competent court" (Article 5 (1) (a) of the Convention) (art. 5-1-a). It may therefore be concluded that Article 5 (4) (art. 5-4) is observed if the arrest or detention of a vagrant, provided for in paragraph (1) (e) (art. 5-1-e), is ordered by a "court" within the meaning of paragraph (4) (art. 5-4).

²³³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 159.

²³⁴ *Ivi*, p. 161. Si veda, fra gli altri: ECHR, *Stephens v. Malta (no. 1)*, No. 11956/07, Judgment, 21 April 2009, par. 95.

²³⁵ Così, nel caso *Weeks c. Regno Unito* (ECHR, *Weeks v. The United Kingdom*, No. 9787/82, Judgment, 2 March 1987, par. 61), la Corte ha osservato:

The “court” referred to in Article 5 para. 4 (art. 5-4) does not necessarily have to be a court of law of the classic kind integrated within the standard judicial machinery of the country [...]. The term “court” serves to denote “bodies which exhibit not only common fundamental features, of which the most important is independence of the executive and of the parties to the case ..., but also the guarantees” – “appropriate to the kind of deprivation of liberty in question” – “of a judicial procedure”, the forms of which may vary from one domain to another [...].

classico non è rilevante: ciò che conta è che l'organo competente soddisfi i requisiti fondamentali di indipendenza ed imparzialità²³⁶ e che fornisca le garanzie di una procedura di tipo giudiziario²³⁷. In particolare, la Corte ha avuto modo di notare l'importanza del fatto che l'organo competente sia provvisto del potere di ordinare, se del caso, la revoca della misura di privazione della libertà²³⁸, così come del rispetto del contraddittorio fra le parti e della loro parità²³⁹, del diritto dell'individuo arrestato e/o detenuto di essere assistito da un legale e di essere ascoltato nel corso del procedimento, e così via²⁴⁰. Nel caso *Schöps c. Germania*, ad esempio, la Corte ha osservato:

A court examining an appeal against detention must provide guarantees of a judicial procedure. The proceedings must be *adversarial* and must always ensure “*equality of arms*” between the parties, the prosecutor and the detained person. Equality of arms is not ensured if counsel is denied *access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention*. In the case of a

²³⁶ Come rilevato da Bartole, De Sena e Zagrebelsky (S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 161),

L'imparzialità va assicurata sia sotto il profilo interno sia esterno: il giudicante deve, cioè, non solo essere imparziale ma anche apparire tale. Sotto questo profilo non appaiono imparziali un pubblico ministero (C.edu, Winterwerp c. Paesi Bassi, 24.10.1979, §64), un medico (C.edu, X c. Regno Unito, 5.11.1981, §61), un agente governativo (C.edu, Keus c. Paesi Bassi, 25.10.1990, §28), o colui che ha previamente imposto la condanna e sia poi chiamato a giudicare il mancato pagamento della sanzione pecuniaria imposta (Comm. K. c. Austria, 13.10.1992, §§64 ss.) o, ancora, chi ha previamente espresso un parere medico sulle condizioni mentali del detenuto (C.edu GC, D.N. c. Svizzera, 29.3.2001, §39 ss. [...]).

²³⁷ K. REID, cit., p. 488.

²³⁸ In tal senso, nel caso *Weeks c. Regno Unito*, (ECHR, *Weeks v. The United Kingdom*, cit., par. 61), la Corte ha sottolineato che:

As the text of Article 5 para. 4 (art. 5-4) makes clear, the body in question must not have merely advisory functions but must have the competence to “decide” the “lawfulness” of the detention and to order release if the detention is unlawful.

Cfr. anche: ECHR, *Benjamin & Wilson v. The United Kingdom*, No. 28212/95, Judgment, 26 September 2002, par. 33.

²³⁹ Come sottolineato da Bartole, De Sena e Zagrebelsky (S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 163):

Per assicurare la parità, la parte deve avere l'effettiva possibilità di contraddire alle conclusioni della controparte e, per fare questo, deve essere assicurata, a monte, una parità conoscitiva del materiale a carico e a discarico.

²⁴⁰ Per la trattazione approfondita di tali garanzie procedurali, si rimanda a: K. REID, cit., pp. 487-488; *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 29.

person whose detention falls within the ambit of Article 5 § 1 (c), a *hearing* is required [...].

These requirements are derived from the right to an adversarial trial as laid down in Article 6 of the Convention, which means, in a criminal case, that both the prosecution and the defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. [...] In view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, *proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle also meet*, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, *the basic requirements of a fair trial*, such as the right to an adversarial procedure. While national law may satisfy this requirement in various ways, whatever method is chosen should ensure that the other party will be aware that observations have been filed and will have a real opportunity to comment thereon [...] ²⁴¹.

Ad avviso della Corte, dunque, il fatto che l'art. 6 della Convenzione (“diritto ad un processo equo”) e il par. 4 dell'art. 5 abbiano un ambito di applicazione diverso non implica l'assenza di qualsiasi garanzia procedurale a favore degli individui arrestati e/o detenuti che esercitino il diritto riconosciuto dal par. 4 dell'art. 5 di contestare la legalità del proprio arresto o della propria detenzione: in linea di principio, i ricorsi *ex par. 4* dovranno assicurare, per quanto possibile, le garanzie dell'equo processo²⁴². Rispetto all'art. 6 in materia di processo equo, le garanzie procedurali previste dall'art. 5, par. 4, sono indubbiamente più flessibili, ad eccezione del requisito della speditezza²⁴³. Il par. 4 prevede infatti che il tribunale decida sulla legalità della misura di privazione della libertà “entro brevi termini”; naturalmente, la valutazione circa la tardività o meno della decisione dovrà avvenire caso per caso e dipenderà dalla natura e dalle circostanze della detenzione nel caso di specie²⁴⁴. In determinati casi, inoltre, la Corte ha osservato che, qualora l'ordinamento giuridico interno non preveda l'automatica revisione delle

²⁴¹ ECHR, *Schöps v. Germany*, No. 25116/94, Judgment, 13 February 2001, par. 44 [corsivo aggiunto].

²⁴² Si vedano, fra gli altri: ECHR, *Lietzow v. Germany*, No. 24479/94, Judgment, 13 February 2001, parr. 44 e 47; ECHR, *Weeks v. The United Kingdom*, cit., parr. 60-69; ECHR, *Yassar Hussain v. The United Kingdom*, No. 8866/04, Judgment, 7 March 2006, par. 58; ECHR, *Lamy v. Belgium*, No. 10444/83, Judgment, 30 March 1989, par. 29; ECHR, *Schöps v. Germany*, cit., parr. 46-55; ECHR, *Idalov v. Russia* (GC), No. 5826/03, Judgment, 22 May 2012, par. 161.

²⁴³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 162. Si veda, fra gli altri: ECHR, *Lebedev c. Russia*, No. 4493/04, Judgment, 25 October 2007, par. 84.

²⁴⁴ Nel caso *De Jong, Baljet e Van den Brink c. Paesi Bassi* (ECHR, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, cit.) ad esempio, la Corte ha ritenuto che un'attesa di sette, undici e 6 giorni prima dell'udienza dinanzi alle corti militari non fosse ragionevole.

detenzioni continuate, il controllo della legalità di tali detenzioni dovrà comunque avvenire ad intervalli regolari²⁴⁵, in particolare nei casi di detenzione preventiva *ex art. 5, par. 1, lett. c)*, in ragione dell'ovvia necessità che simili misure di privazione della libertà siano di breve durata²⁴⁶.

Per quanto riguarda la portata del controllo di legittimità che l'organo competente può esercitare, è innanzitutto opportuno notare che il termine "ricorso" deve essere inteso nell'accezione, decisamente ampia, del termine inglese "*proceeding*", così da indicare il controllo giurisdizionale della legalità della misura²⁴⁷. Il tribunale deve dunque essere competente a decidere sulle condizioni materiali e procedurali essenziali per stabilire la legalità della misura di privazione della libertà in esame, ma non potrà certo occuparsi di qualunque aspetto del caso – "ivi comprese considerazioni di pura opportunità"²⁴⁸ – a tal punto da sostituirsi all'autorità da cui emana la decisione di detenzione²⁴⁹. Naturalmente, il tribunale non potrà limitarsi all'esame della base giuridica dell'arresto e/o della detenzione ma dovrà verificarne la legalità²⁵⁰ alla luce dei motivi fondanti ciascuna diversa tipologia di detenzione *ex art. 5, par. 1, lett. a-f)*: nei casi di detenzione preventiva *ex art. 5, par. 1, lett. c)*, ad esempio, il tribunale dovrà verificare che il sospetto a fondamento della misura di privazione della libertà sia, nel caso di specie, ragionevole²⁵¹. In particolare, la Corte ha avuto modo di osservare che considerazioni di sicurezza, seppure in caso di misure anti-terrorismo, non giustificano l'assenza di una procedura giudiziaria atta a contestare la legalità della detenzione. Come rilevato nel caso *Chahal c. Regno Unito*:

The Court recognises that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved. [...] There are techniques which can be employed

²⁴⁵ ECHR, *X v. The United Kingdom*, No. 7215/75, Judgment, 5 November 1981, par. 52.

²⁴⁶ ECHR, *Bezicheri v. Italy*, No. 11400/85, Judgment, 25 October 1989, par. 20-21; ECHR, *Assenov and Others v. Bulgaria*, cit., par. 162-165.

²⁴⁷ C. DEFILIPPI, cit., p. 196. Si veda, in particolare: ECHR, *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, cit., par. 76.

²⁴⁸ *Ivi*, p. 196.

²⁴⁹ *Ibidem*; K. REID, cit., p. 487. Si vedano, in particolare: ECHR, *Weeks v. The United Kingdom*, cit., par. 59; ECHR, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, No. 7906/77, Judgment, 24 June 1982, par. 49; ECHR, *Toth v. Austria*, No. 11894/85, Judgment, 12 December 1991, par. 87.

²⁵⁰ K. REID, cit., p. 487.

²⁵¹ ECHR, *Jėčius v. Lithuania*, cit., par. 100-101; ECHR, *Grauslys v. Lithuania*, No. 36743/97, Judgment, 10 October 2000, par. 54.

which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice²⁵².

È infine opportuno accennare brevemente al diritto al risarcimento previsto dal par. 5 a favore di “ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione ad una delle disposizioni”²⁵³ dell’articolo 5. Ai sensi di tale paragrafo, un arresto e/o una detenzione potrebbero ben essere leciti per il diritto interno dello Stato interessato ma costituire nondimeno una violazione dell’art. 5 della Convenzione europea²⁵⁴. L’esercizio di tale diritto al risarcimento presuppone, *ça va sans dire*, la previa constatazione della violazione di una delle disposizioni dell’art. 5 da parte di un organo giurisdizionale nazionale o della stessa Corte²⁵⁵.

Naturalmente, affinché la legislazione nazionale di uno Stato parte sia conforme a tale disposizione, è necessario che tale diritto al risarcimento sia azionabile a livello interno²⁵⁶; occorre, in altri termini, che l’individuo abbia l’effettiva possibilità di presentare un ricorso dinanzi ai tribunali nazionali al fine di chiedere un risarcimento nel caso in cui una misura di privazione della propria libertà personale costituisca una violazione di uno dei parr. 1-4 dell’art. 5 della Convenzione²⁵⁷. La Corte europea potrà inoltre condannare uno Stato per l’eventuale violazione dell’art. 5, par. 5, qualora, in seguito all’esperimento dei ricorsi interni da parte dell’individuo interessato, lo Stato in questione non adempia all’obbligo interno di risarcimento o non vi adempia in modo soddisfacente²⁵⁸.

²⁵² ECHR, *Chahal v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 131.

²⁵³ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

²⁵⁴ ECHR, *Harkmann v. Estonia*, No. 2192/03, Judgment, 11 July 2006, par. 50.

²⁵⁵ *Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention*, cit., p. 31; ECHR (GC), *N.C. v. Italy*, No. 24952/94, Judgment, 11 January 2001, par. 49; ECHR, *Pantea v. Romania*, No. 33343/96, Judgment, 3 June 2003, par. 262; ECHR, *Vachev v. Bulgaria*, No. 42987/98, Judgment, 8 July 2004, par. 78.

²⁵⁶ Si veda, ad esempio, quanto affermato dalla Corte nel caso *Storck c. Germania* (ECHR, *Storck v. Germany*, cit., par. 122):

The Court reiterates that Article 5 § 5 of the Convention creates a direct right to compensation, provided that the national courts or the Convention institutions have found that an applicant has been deprived of his liberty contrary to Article 5 §§ 1-4 of the Convention.

²⁵⁷ Si vedano, fra gli altri: ECHR, *Michalák v. Slovakia*, No. 30157/03, 8 February 2011, par. 204; ECHR, *Lobanov v. Russia*, No. 16159/03, Judgment, 16 October 2008, par. 54.

²⁵⁸ C. DEFILIPPI, cit., p. 199. Si veda, ad esempio, quanto sostenuto dalla Corte nel caso *Cumber c. Regno Unito* (Commission (dec.), *Cumber v. The United Kingdom*, No. 28779/95, 27 November 1996, par. 1):

2.2.3. Situazioni di emergenza: derogabilità *ex* articolo 15?

Analogamente a quanto previsto dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, anche la Convenzione europea prevede la possibilità che gli Stati deroghino, in situazioni di emergenza, ad alcuni dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione. Ai sensi dell'art. 15:

1. In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può prendere delle misure in deroga alle obbligazioni previste nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo che per il caso di decesso risultante da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 paragrafo 1 e 7.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene pienamente informato il Segretario generale del Consiglio d'Europa delle misure prese e dei motivi che le hanno ispirate. Essa deve parimenti informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure hanno cessato d'essere in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione²⁵⁹.

La prima rilevante differenza rispetto al testo dell'art. 4 del Patto è rinvenibile nel primo paragrafo: la disposizione in esame fa infatti espressamente riferimento alla guerra tra le situazioni suscettibili di giustificare l'adozione di deroghe da parte degli Stati parti²⁶⁰. La nozione di guerra deve essere intesa in senso ampio, così da indicare tanto i casi di ostilità precedute da una formale dichiarazione di guerra quanto i conflitti armati in cui non vi sia tale dichiarazione o, addirittura, in cui le parti stesse non

[...] The Convention is "intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective" (Eur. Court HR, the Artico v. Italy judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, para. 33). The Commission agrees with the essence of the applicant's argument, which is that a right to compensation which sets levels of compensation for damage suffered so low as no longer to be "enforceable" in practical terms would not comply with the requirements of Article 5 para. 5 (Art. 5-5) of the Convention.

²⁵⁹ Traduzione italiana in: R. LUZZATTO, F. POCAR, cit.

²⁶⁰ I. VIARENGO, cit., p. 977.

riconoscano l'esistenza di uno stato di guerra; naturalmente, tale nozione fa riferimento sia alle guerre fra Stati che a quelle civili²⁶¹.

L'art. 15 indica, poi, un'ulteriore circostanza eccezionale suscettibile di giustificare l'adozione di deroghe da parte degli Stati parti, segnatamente l'esistenza di un "pericolo pubblico che minacci la vita della nazione". L'interpretazione di tale nozione nell'ambito della Convenzione europea poco si discosta da quella adottata nell'ambito del Patto delle Nazioni Unite: il pericolo in questione deve essere talmente grave da giustificare il ricorso a misure di deroga piuttosto che a mere restrizioni²⁶²; in particolare, sebbene "le situazioni di pericolo pubblico diverse dal conflitto armato [possano] essere di varia origine"²⁶³, è in ogni caso necessario che la loro gravità ed eccezionalità siano assimilabili a quelle di un conflitto armato²⁶⁴. Inoltre, come rilevato dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Lawless c. Irlanda*²⁶⁵, il pericolo in questione deve avere carattere eccezionale, concreto ed imminente, affliggere l'intera popolazione e minacciare la sopravvivenza della comunità nel suo complesso²⁶⁶.

Anche in ambito europeo, l'esercizio della facoltà di deroga da parte degli Stati parti della Convenzione è soggetto ad alcune condizioni sostanziali e procedurali. Per quanto riguarda le condizioni sostanziali, l'art. 15 prevede, innanzitutto, che uno Stato parte possa "prendere delle misure in deroga alle obbligazioni previste nella [...] Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga". In tal senso, "le misure di deroga dovranno limitarsi a quanto sia strettamente richiesto dalle esigenze della situazione, conformandosi dunque a criteri particolarmente rigidi di necessità e di proporzionalità"²⁶⁷. Come osservato da parte della dottrina, il principio di

²⁶¹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 556.

²⁶² I. VIARENGO, cit., p. 977.

²⁶³ *Ivi*, p. 977. Si veda anche quanto affermato da Bartole, De Sena e Zagrebelsky (S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., pp. 557-558), laddove precisano:

Irrilevante è [...] l'origine del pericolo pubblico. Le deroghe fino a questo momento comunicate dagli Stati parti sono spesso state giustificate con l'esigenza di contrastare le minacce alla sicurezza interna proveniente da gruppi terroristici, ma anche calamità naturali, un'epidemia, o una grave crisi economica possono legittimare l'adozione di misure eccezionali [...].

²⁶⁴ *Ivi*, p. 557.

²⁶⁵ ECHR, *Lawless v. Ireland (no. 3)*, cit.

²⁶⁶ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 557.

²⁶⁷ M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 287. Si veda anche quanto rilevato da Bartole, De Sena e Zagrebelsky (S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 558), secondo i quali:

proporzionalità non rileva soltanto relativamente alla natura delle misure adottate, “ma anche alla loro durata e alla loro estensione geografica”²⁶⁸. In altri termini, affinché una misura di deroga risulti proporzionale, è necessario che essa sia temporanea e limitata alla durata della situazione di emergenza²⁶⁹ e che, laddove tale situazione sia circoscritta ad una sola parte del territorio nazionale, l’eventuale deroga operi soltanto in riferimento a quella porzione di territorio²⁷⁰; inoltre, qualora le misure derogatorie adottate si rivelino inefficaci, lo Stato dovrà immediatamente provvedere ad abolirle o a modificarle²⁷¹. Come rilevato dalla stessa Corte europea²⁷², da ciò consegue l’obbligo per gli Stati parti che si avvalgano della facoltà di deroga di “tenere sotto continuo e costante controllo le misure di emergenza in vigore”²⁷³.

Un’altra importante condizione sostanziale per l’adozione di misure derogatorie riguarda, poi, la conformità con gli obblighi di diritto internazionale sottoscritti dagli Stati parti della Convenzione. Analogamente a quanto previsto dall’art. 4 del Patto delle Nazioni Unite, infatti, l’art. 15 della Convenzione europea vieta quelle misure di deroga che “siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale”. I diritti e le libertà sanciti nella Convenzione rappresentano, dunque, uno “standard minimo di protezione” e l’art. 15 non autorizza gli Stati parti a non rispettare regole eventualmente più rigorose previste da altri strumenti internazionali²⁷⁴.

Per quanto riguarda, infine, le condizioni procedurali, la Convenzione europea pone in capo agli Stati che decidano di avvalersi della facoltà di deroga l’obbligo di tenere informato il Segretario generale del Consiglio d’Europa delle misure prese e dei motivi sottostanti, così come della data in cui tali misure saranno cessate²⁷⁵. Sebbene non sia

[...] Le misure adottate dal Governo in situazioni di emergenza devono rispondere ad una necessità assoluta: la situazione non deve poter essere fronteggiata con misure meno severe.

²⁶⁸ I. VIARENGO, cit., p. 978.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 557; VIARENGO, *op. cit.*, p. 978. Si veda, fra gli altri: ECHR, *Sakik et al. v. Turkey*, Nos. 23878/94-23883/94, Judgment, 26 novembre 1997, par. 39.

²⁷¹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., pp. 558-559.

²⁷² In particolare, nel caso *Brannigan e McBride c. Regno Unito* (ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Nos. 14553/89, 14554/89, Judgment, 26 May 1993, par. 54), la Corte ha osservato:

[...] A process of continued reflection is not only in keeping with Article 15 para. 3 which requires permanent review of the need for emergency measures but is also implicit in the very notion of proportionality.

²⁷³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 559.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ Il Segretario generale, poi, trasmetterà le informazioni ricevute agli altri Stati parti della Convenzione.

richiesta alcuna forma specifica per la notifica di deroga, quest'ultima è indispensabile per la liceità della deroga stessa²⁷⁶, anche qualora l'esistenza di circostanze eccezionali di emergenza siano manifeste o note, come nei casi di conflitto armato²⁷⁷.

Com'è noto, al fine di bilanciare l'interesse fondamentale alla tutela dei diritti umani e le particolari esigenze degli Stati parti atte a giustificare una misura di deroga o una restrizione ai diritti sanciti nella Convenzione, la Corte europea ha elaborato la c.d. dottrina del margine di apprezzamento. Nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, ad esempio, la Corte ha osservato:

It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation²⁷⁸.

Secondo la Corte, dunque, spetterà innanzitutto a ciascuno Stato parte il compito di determinare se una determinata situazione di emergenza minacci "la vita della nazione" e, se del caso, quali misure adottare per fronteggiare tale emergenza²⁷⁹. La Corte non manca però di sottolineare come la facoltà di deroga non sia illimitata:

Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States' engagements (Article 19), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis (Lawless judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 55, para. 22, and pp. 57-59, paras. 36-38). The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision²⁸⁰.

²⁷⁶ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 560.

²⁷⁷ I. VIARENGO, cit., p. 982.

²⁷⁸ ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, No. 5310/71, Judgment, 18 January 1978, par. 207. La Corte ha poi confermato tale impostazione, ad esempio, nel caso *Brannigan e McBride c. Regno Unito* (ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, cit.).

²⁷⁹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 558.

²⁸⁰ ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, cit., par. 207.

Così, nonostante il riconoscimento di un margine di apprezzamento decisamente ampio²⁸¹, la Corte europea dei diritti umani dovrà nondimeno esercitare una forma di controllo sulle misure derogatorie adottate dagli Stati parti, al fine di verificare che esse siano ragionevoli e proporzionali²⁸².

È adesso opportuno rilevare come l'art. 15 preveda, al par. 2, una lista di diritti inderogabili. Si tratta, segnatamente, del diritto alla vita (art. 2), del divieto di tortura (art. 3), del divieto di schiavitù o servitù (art. 4.1.) e del principio *nullum crimen sine lege* (art. 7); ad essi si sono poi aggiunti il divieto della pena di morte (Protocolli addizionali n. 6 e n. 13) e il principio del *ne bis in idem* (art. 4 del Protocollo n.7)²⁸³.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, occorre adesso chiedersi se il diritto alla libertà personale previsto dall'art. 5 sia derogabile in caso di guerra o pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Tanto la lettera della Convenzione, che non fa alcun riferimento alla libertà personale fra i diritti inderogabili, quanto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani confermano tale interpretazione. Analogamente a quanto riscontrato a proposito del Patto sui diritti civili e politici, dunque, tale diritto può, in determinate circostanze, subire delle deroghe. La questione delle deroghe all'art. 5 ha assunto una notevole importanza soprattutto in ragione dell'adozione, da parte di alcuni Stati parti, di misure anti-terrorismo, sulle quali la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di esprimersi a più riprese.

Già nel 1961, nel caso *Lawless c. Irlanda*, la Corte si era trovata a giudicare un caso di detenzione amministrativa non finalizzata all'istituzione di procedimenti penali. Dopo avere osservato come tale tipo di detenzione costituisse una violazione dell'art. 5 della Convenzione²⁸⁴, la Corte aveva però ritenuto che essa trovasse la propria

²⁸¹ Si veda, in particolare, quanto osservato da I. Viarengo (I. VIARENGO, cit., p. 979-980):

La prassi [...] mostra come il margine di discrezionalità riservato agli Stati in tema di sicurezza nazionale sia piuttosto elevato. Assai raramente viene contestata allo Stato l'esistenza di un pericolo pubblico eccezionale, secondo una tendenza che, rafforzatasi dopo gli eventi dell'11 settembre, incentra l'eventuale verifica sulla necessità che le misure adottate si mantengano nei limiti indicati dalle norme convenzionali piuttosto che sull'esistenza concreta nello Stato del rischio del terrorismo, dato per assodato dalle diverse legislazioni statali.

²⁸² M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 287.

²⁸³ Tale lista è evidentemente più breve di quella del Patto delle Nazioni Unite.

²⁸⁴ Dopo avere sottolineato le ragioni per cui la detenzione del sig. Lawless non poteva rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 1, lett. c), la Corte osserva (ECHR, *Lawless v. Ireland (no. 3)*, cit., p. 24, par. 15):

giustificazione nella facoltà di deroga riconosciuta dall'art. 15 della Convenzione stessa, escludendo così che, nel caso di specie, il diritto alla libertà personale fosse stato violato. In particolare, la Corte aveva sottolineato come la deroga adottata dall'Irlanda rispondesse effettivamente all'esigenza di affrontare un pericolo pubblico imminente – il terrorismo in Irlanda del Nord²⁸⁵ – che all'epoca dei fatti, nel 1957, minacciava senz'altro la vita della nazione²⁸⁶. La Corte aveva poi concluso che le misure di deroga in questione fossero necessarie – poiché nessuna misura alternativa meno restrittiva dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione sarebbe stata sufficiente ad affrontare il pericolo pubblico in questione²⁸⁷ – e proporzionale – poiché ci si era preoccupati di predisporre una serie di garanzie volte a tutelare gli individui detenuti amministrativamente²⁸⁸ –, per poi osservare come tali misure di deroga non violassero alcun altro obbligo di diritto internazionale²⁸⁹.

It has been shown that the detention of G.R. Lawless from 13th July to 11th December 1957 was not “effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority” and that during his detention he was not in fact brought before a judge for trial “within a reasonable time”; [...] it follows that his detention under Section 4 of the Irish 1940 Act was contrary to the provisions of Article 5, paras. 1 (c) and 3 (art. 5-1-c, art. 5-3) of the Convention; [...] it will therefore be necessary to examine whether, in the particular circumstances of the case, the detention was justified on other legal grounds.

²⁸⁵ Nelle parole della Corte, tale pericolo pubblico “imminente” era rappresentato da “*the continuance of unlawful activities in Northern Ireland by the IRA and various associated groups, operating from the territory of the Republic of Ireland*”. ECHR, *Lawless v. Ireland* (no. 3), cit., pp. 27-28, par. 29.

²⁸⁶ La Corte osserva, infatti (*ivi*, p. 28, par. 30):

The Irish Government were justified in declaring that there was a public emergency in the Republic of Ireland threatening the life of the nation and were hence entitled, applying the provisions of Article 15, paragraph 1 (art. 15-1), of Convention for the purposes for which those provisions were made, to take measures derogating from their obligations under the Convention.

²⁸⁷ La Corte aveva infatti vagliato una serie di misure alternative, per poi concludere (*ivi*, pp. 28-29, par. 36):

None of the above-mentioned means would have made it possible to deal with the situation existing in Ireland in 1957; [...] therefore, the administrative detention – as instituted under the Act (Amendment) of 1940 - of individuals suspected of intending to take part in terrorist activities, appeared, despite its gravity, to be a measure required by the circumstances.

²⁸⁸ La Corte aveva, infatti, notato (*ivi*, pp. 29-30, par. 37):

The Offences against the State (Amendment) Act of 1940, was subject to a number of safeguards designed to prevent abuses in the operation of the system of administrative detention. [...] It follows from the foregoing that the detention without trial provided for by the 1940 Act, subject to the above-mentioned safeguards, appears to be a measure strictly required by the exigencies of the situation within the meaning of Article 15 (art. 15) of the Convention.

Negli anni seguenti, la Corte europea si era poi trovata a pronunciarsi sulle misure derogatorie adottate dal Regno Unito in seguito alla condanna nel caso *Brogan*²⁹⁰, relativo agli ampi poteri di arresto e detenzione consentiti dalla normativa anti-terrorismo adottata nel 1974 (e più volte emendata) allo scopo di contrastare la situazione di emergenza derivante dagli attacchi terroristici dell'IRA in Irlanda del Nord²⁹¹. In particolare, nel caso *Brannigan e McBride*, il Regno Unito stesso aveva riconosciuto come la propria normativa in materia di contrasto al terrorismo violasse l'art. 5, parr. 3 e 5, della Convenzione europea, rilevando però come essa fosse giustificata alla luce di una deroga precedentemente notificata dal governo²⁹². La Corte europea, dal canto suo, aveva respinto l'argomentazione dei ricorrenti, secondo i quali, nell'adottare delle misure di deroga all'art. 5, inteso come una delle garanzie ritenute essenziali ai fini della tutela dei diritti inderogabili sanciti negli artt. 2 e 3 della Convenzione, gli Stati non avrebbero dovuto godere di un margine di apprezzamento eccessivamente ampio. Respingendo tale tesi, la Corte aveva invece ribadito quanto già affermato nel caso *Irlanda c. Regno Unito*: pur riconoscendo l'ampio margine di apprezzamento spettante a ciascuno Stato parte nel valutare l'opportunità di adottare delle misure di deroga, la Corte aveva sottolineato come essa fosse nondimeno tenuta a verificarne la necessità e la proporzionalità²⁹³. Nel caso in esame, analogamente a

²⁸⁹ *Ivi*, pp. 30-33, parr. 39-47.

²⁹⁰ ECHR, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, cit.

²⁹¹ La versione di tale legislazione in esame nel caso *Brogan* (ECHR, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, cit.) e nel successivo *Brannigan e McBride* (ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, cit.) era stata emanata nel 1984.

²⁹² Come rilevato dalla stessa Corte (ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, cit., parr. 37-38):

The Government, noting that both of the applicants were detained for longer periods than the shortest period found by the Court to be in breach of Article 5 para. 3 (art. 5-3) in the case of *Brogan and Others*, conceded that the requirement of promptness had not been respected in the present cases [...]. They further accepted that, in the absence of an enforceable right to compensation in respect of the breach of Article 5 para. 3 (art. 5-3), Article 5 para. 5 (art. 5-5) had not been complied with. [...] However, the Government further submitted that the failure to observe these requirements of Article 5 (art. 5) had been met by their derogation of 23 December 1988 under Article 15 (art. 15) of the Convention.

²⁹³ In particolare, la Corte aveva sottolineato (*ivi*, par. 43):

Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision [...]. At the same time, in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to

quanto riscontrato nel precedente caso *Lawless*²⁹⁴, la Corte aveva ritenuto di poter concludere che – alla luce della natura del pericolo posto dal terrorismo in Irlanda del Nord, dell’ambito di applicazione sufficientemente ristretto della deroga inglese, delle motivazioni addotte dal governo, così come dell’esistenza di adeguate garanzie contro abusi – il governo non avesse ecceduto il margine di apprezzamento concesso nella determinazione della necessità e proporzionalità di una misura di deroga²⁹⁵.

Nel più recente caso *A. et al. c. Regno Unito*²⁹⁶, la Corte si è poi espressa sulla liceità delle misure derogatorie adottate dal Regno Unito in risposta agli attacchi terroristici di Al-Qaeda del 2001²⁹⁷. In tale occasione, la Corte europea ha ribadito come gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento nel determinare se una situazione costituisca un pericolo pubblico suscettibile di minacciare la vita della nazione; allo stesso tempo, però, la Corte ha ritenuto che la deroga adottata dal Regno Unito non fosse proporzionale, in quanto ingiustificatamente discriminatoria nei confronti di sospetti terroristi stranieri rispetto ai cittadini del Regno Unito²⁹⁸, e costituisse dunque una violazione dell’art. 5, par. 1, della Convenzione.

Alla luce di quanto finora osservato, appare dunque evidente come, in una situazione di emergenza, la necessità e la proporzionalità delle misure di deroga eventualmente adottate rivestano primaria importanza nel valutare la conformità di una misura di privazione della libertà personale alla Convenzione europea. Ad avviso di chi scrive, dunque, analogamente a quanto osservato a proposito del Patto sui diritti civili e politici, sebbene l’art. 5 non sia incluso nella lista degli articoli inderogabili ai sensi dell’art. 15 della Convenzione, tali importanti requisiti di necessità e proporzionalità rendono di

such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation.

²⁹⁴ Si veda anche: ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, cit.

²⁹⁵ ECHR, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, cit., par. 66. Si vedano anche, fra gli altri: ECHR, *Aksoy v. Turkey*, No. 21987/93, Judgment, 18 December 1996; ECHR, *Elçi and Others v. Turkey*, Nos. 23145/93, 25091/94, Judgment, 13 November 2003.

²⁹⁶ ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom* (GC), No. 3455/05, Judgment, 19 February 2009.

²⁹⁷ Si fa qui riferimento all’ormai abrogato *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 2001, il quale autorizzava la detenzione a tempo indefinito di cittadini stranieri che costituissero una minaccia per la sicurezza nazionale poiché sospettati di terrorismo internazionale ma non potessero essere espulsi o allontanati dal Regno Unito in ragione del rischio di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

²⁹⁸ In tal senso, la Corte osserva (ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 190):

The Court, like the House of Lords, and contrary to the Government’s contention, finds that the derogating measures were disproportionate in that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals. It follows that there has been a violation of Article 5 § 1.

fatto inderogabili almeno alcuni dei suoi elementi. Nell'ambito del Patto, si è osservato come il Comitato dei diritti umani abbia ormai più volte affermato l'inderogabilità del divieto di privazione arbitraria della libertà sancito nel par. 1 dell'art. 9; in particolare, si è avuto modo di osservare l'evidente impossibilità per uno Stato parte del Patto di provare che misure di privazione della libertà illegali, ingiuste, imprevedibili o irragionevoli siano strettamente necessarie alla protezione di un interesse vitale della nazione e, dunque, proporzionali rispetto a tale scopo²⁹⁹. Alla luce della giurisprudenza della Corte europea qui richiamata, si ritiene di potere affermare che lo stesso ragionamento sia applicabile *mutatis mutandis* alla Convenzione europea: come osservato dalla stessa Corte, se è vero che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento nel valutare l'opportunità di derogare ai diritti e alle libertà sanciti nella Convenzione, è anche vero che l'indispensabile indagine sulla necessità e sulla proporzionalità delle misure di deroga non potrà che rivelarne, e condannarne, l'eventuale arbitrarietà. Al contrario, a differenza di quanto osservato a proposito dell'art. 9 del Patto sui diritti civili politici, non si ritiene di potere confermare con altrettanta sicurezza l'inderogabilità delle garanzie dell'*habeas corpus*: se nel caso del Patto l'inderogabilità di tale elemento dell'art. 9 è desumibile dalle ripetute affermazioni del Comitato dei diritti umani circa l'inderogabilità delle garanzie procedurali atte ad assicurare l'effettiva tutela dei diritti inderogabili³⁰⁰, nel caso della Convenzione europea, invece, la Corte non sembra vietare espressamente tale possibilità. Ad ogni modo, qualunque deroga all'art. 5, par. 4 dovrà essere valutata alla luce dei requisiti di necessità e proporzionalità suindicati: se, da un lato, si potrà forse ritenere illecita (in quanto non necessaria né proporzionale) una misura di deroga che impedisca del tutto ad un individuo detenuto di contestare la liceità della propria detenzione, dall'altro lato si potrà ammettere che, in determinate circostanze, uno Stato parte ponga delle restrizioni all'esercizio di tale diritto (con riguardo, ad esempio, all'utilizzo di prove segrete)³⁰¹. Tale interpretazione sembra confermata dall'approccio generalmente utilizzato dalla Corte europea nei casi in cui si sia trovata a constatare violazioni del diritto alla libertà personale in presenza di una deroga: pur riconoscendo, come già

²⁹⁹ Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 65.

³⁰⁰ *Supra*, par. 2.1.3 del presente capitolo.

³⁰¹ In tal senso, si veda il caso *A. et al. c. Regno Unito*, sebbene, nel caso di specie, il Regno Unito non avesse comunicato alcuna deroga all'art. 5, par. 4. ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom* (GC), cit.

osservato, un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati, ha sempre ribadito come ogni misura di deroga debba essere strettamente necessaria³⁰².

2.3. Il contenuto e la portata del divieto di privazione arbitraria della libertà nel diritto consuetudinario

Ai fini del presente lavoro di ricerca, volto a verificare l'eventuale esistenza e la possibile soluzione del conflitto fra il diritto dell'occupazione e i diritti umani in materia di detenzione amministrativa in territorio occupato, non ci si può esimere dall'investigare, seppure brevemente, sull'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario sul diritto alla libertà personale, concentrandosi in particolare sull'aspetto fondamentale del divieto di privazione arbitraria della libertà. Si è già avuto modo di accennare, infatti, all'esistenza di tale divieto nel diritto internazionale umanitario consuetudinario³⁰³ e al fatto che i trattati in materia di diritti umani fin qui citati (segnatamente, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) tutelano il diritto alla libertà personale di ogni individuo imponendo, fra l'altro, il divieto di arresti e detenzioni arbitrari. Vale dunque la pena di ricostruire tale norma consuetudinaria in materia di diritti umani, per poi tentare di individuarne, per quanto possibile, contenuto e portata.

Il punto di partenza dell'analisi non potrà che essere la Dichiarazione universale dei diritti umani³⁰⁴. Com'è noto, infatti, sebbene la Dichiarazione universale non abbia di per sé forza vincolante, la corrispondenza di alcuni dei principi in essa sanciti con il diritto internazionale consuetudinario è ormai generalmente riconosciuta³⁰⁵. La prassi

³⁰² INTERIGHTS, *Right to Liberty and Security under the European Convention on Human Rights (Article 5) – Manual for lawyers*, September 2007, p. 51 ss.

³⁰³ *Supra*, par. 1 del presente capitolo.

³⁰⁴ Si noti quanto osservato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Stati Uniti d'America c. Iran* (ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p.3, par. 91):

Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.

³⁰⁵ Una indagine accurata circa la corrispondenza al diritto internazionale consuetudinario della Dichiarazione universale dei diritti umani esula dallo scopo del presente lavoro di ricerca. A tal fine, si rimanda, fra gli altri, a: R. PATI, cit., pp. 113-116; H. HANNUM, *The Status of the Universal*

internazionale in materia è ormai “ricca e uniforme”³⁰⁶: basti pensare ai numerosi riferimenti alla Dichiarazione rinvenibili nella giurisprudenza dei tribunali nazionali e internazionali³⁰⁷ o all’inclusione della Dichiarazione fra gli strumenti internazionali cui fare riferimento per l’esame periodico della prassi statale da parte del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite³⁰⁸ o, ancora, al fatto che i principali trattati in materia di diritti umani, tanto a livello regionale quanto a livello universale, traggono da essa ispirazione³⁰⁹. È tuttavia opportuno ricordare che, sebbene la maggior parte dei diritti sanciti nella Dichiarazione siano ormai generalmente considerati come corrispondenti al diritto internazionale consuetudinario, la loro vaghezza e la loro generalità pongono il problema di determinare, nel silenzio della Dichiarazione, l’esatto contenuto di tali diritti³¹⁰.

Per quanto riguarda il diritto alla libertà personale, gli articoli della Dichiarazione che vengono in rilievo sono senz’altro l’art. 3 e l’art. 9: se il primo stabilisce che ogni individuo ha “diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona”, il secondo vieta espressamente l’arresto, la detenzione o l’esilio arbitrari. Considerando che il divieto di privazione arbitraria della libertà compare nella maggior parte dei trattati internazionali in materia di diritti umani³¹¹ e nella legislazione nazionale di un

Declaration of Human Rights in National and International Law in Georgia Journal of International and Comparative Law 25 (1995-1996), pp. 287-397.

³⁰⁶ L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. PINESCHI (ed.), cit., pp. 67-77, p. 75.

³⁰⁷ Per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, ad esempio, si rinvia a: TAVERNIER, *La Déclaration universelle des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, p. 859 ss.

³⁰⁸ Nell’allegato alla risoluzione 5/1 del 2007 (Human Rights Council, *Annex to Resolution 5/1 of 18 June 2007 – United Nations Human Rights Council: Institution Building (Universal Periodic Review Mechanism)*), disponibile presso: ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc), si afferma:

The basis of the review is: (a) The Charter of the United Nations; (b) The Universal Declaration of Human Rights; (c) Human rights instruments to which a State is party; (d) Voluntary pledges and commitments made by States, including those undertaken when presenting their candidatures for election to the Human Rights Council (hereinafter “the Council”).

³⁰⁹ R. PATI, cit., pp. 115-116.

³¹⁰ L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, cit., p. 75.

³¹¹ Si pensi, oltre ai già citati art. 9 del Patto sui diritti civili e politici e art. 5 della Convenzione europea dei diritti umani – il quale non fa espressamente riferimento alla arbitrarietà di una misura di privazione della libertà ma il cui scopo, secondo la Corte europea dei diritti umani, sarebbe proprio quello di proibire detenzioni arbitrarie –, all’art. 6 della Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, all’art. 7 della Convenzione americana dei diritti umani, all’art. 37 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, e così via.

elevato numero di Stati³¹² e che esso è stato a più riprese affermato anche in seno ad organizzazioni internazionali come le Nazioni Unite³¹³, è possibile pronunciarsi a favore dell'esistenza di una prassi costante ed uniforme accompagnata da *opinio iuris*³¹⁴ e concludere, dunque, che il divieto di privazione arbitraria della libertà faccia ormai parte del diritto internazionale consuetudinario³¹⁵. Tuttavia, come già osservato, la vaghezza e la generalità dei diritti sanciti nella Dichiarazione universale rendono problematica la determinazione dell'esatto contenuto e della portata di tali diritti.

³¹² Si vedano, ad esempio: in Australia, la sezione 18 dello *Human Rights Act* e la sezione 21 del *Charter of Human Rights and Responsibility Act*, così come l'art. 75(v) della Costituzione; in Argentina, la legge in materia di protezione dei fanciulli e degli adolescenti del 2005 (art. 19); in Colombia, il codice di procedura penale del 2004 (art. 1); in Francia, l'art. 66 della Costituzione e gli artt. 432 ss. del codice penale; in Spagna, l'art. 17, comma 4, della Costituzione; in Giappone, gli artt. 31, 33 e 34; in Grecia, l'art. 6 della Costituzione e gli artt. 325-326 del codice penale; in Svizzera, l'art. 31 della Costituzione; in Turchia, gli artt. 90-108 del codice penale; in Portogallo, l'art. 27 della Costituzione; e così via.

Nella Delibera n. 9 del gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria, (*Working Group on Arbitrary Detention, Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 43) di cui si tratterà a breve, il gruppo di lavoro afferma che esiste, ormai, una “*near universal State practice evidencing the customary nature of the arbitrary deprivation prohibition*”, rilevando come ben 167 Stati abbiano ratificato il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e come il divieto di privazione arbitraria della libertà sia ormai consacrato nelle costituzioni e nella legislazione di un gran numero di Paesi, inclusi Stati non parti del Patto, come, ad esempio, la Cina (art. 37 della Costituzione). Nell'ottobre del 2011, infatti, il gruppo di lavoro aveva inviato agli Stati una nota verbale in cui chiedeva a) se il divieto di privazione arbitraria della libertà fosse espressamente previsto dalla legislazione interna e b) quali fossero gli elementi presi in considerazione dai tribunali nazionali al fine di qualificare una privazione della libertà come ‘arbitraria’. Il gruppo di lavoro aveva poi ottenuto le risposte di 29 Stati (Afghanistan, Australia, Azerbaijan, Canada, Cile, Colombia, Danimarca, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Giappone, Giordania, Kirgizstan, Libano, Lituania, Mauritania, Mauritius, Marocco, Oman, Paraguay, Portogallo, Qatar, Arabia Saudita, Serbia, Spagna, Suriname, Svizzera e Turchia), oltre alle osservazioni della Commissione internazionale dei giuristi e della Società spagnola dei diritti umani. Aveva inoltre consultato tanto gli Stati quanto la società civile in una sessione del 22 novembre 2011.

³¹³ Il gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria (*Working Group on Arbitrary Detention, Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 43) cita i casi di risoluzioni che facevano riferimento al divieto di privazione arbitraria della libertà sebbene lo Stato cui erano indirizzate non fosse, all'epoca, parte di alcun trattato internazionale in materia (come le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza n. 392 del 1976, n. 417 del 1977 e n. 473 del 1980 sul Sud Africa) o le risoluzioni di carattere generale (indirizzate, quindi, a tutti gli Stati indipendentemente dagli obblighi assunti da ciascuno Stato mediante trattato) come la ris. 62/159 sulla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo adottata dall'Assemblea generale nel 2008.

³¹⁴ *Ivi*, par. 43.

³¹⁵ Taluni arrivano anche a ritenere che tale divieto rappresenti, ormai, una norma di *ius cogens*. Si veda quanto osservato dal già citato gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria nella delibera n. 9. Il gruppo parte dalla constatazione dell'inderogabilità delle norme convenzionali sul divieto di privazione arbitraria della libertà, sottolineando come alcuni trattati internazionali la prevedano espressamente e come, in via generale, sia desumibile dal fatto che tutte le deroghe ai trattati sui diritti umani devono essere necessarie e proporzionali, attribuiti inconciliabili con la nozione stessa di arbitrarietà. Per quanto riguarda, invece, il diritto consuetudinario, il gruppo di lavoro fa riferimento all'impossibilità di invocare lo stato di necessità ai fini dell'esclusione della illiceità di una condotta contraria alla norma consuetudinaria in materia di privazione arbitraria della libertà poiché, anche in questo caso, la nozione stessa di arbitrarietà mal si concilia con la necessità e la proporzionalità richieste affinché si possa escludere l'illiceità della condotta. *Ivi*, parr. 47-51.

Al fine di individuare il contenuto della norma consuetudinaria in materia di privazione arbitraria della libertà può forse essere utile fare riferimento all'attività del gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria. Istituito nel 1991 dall'allora Commissione dei diritti umani e composto da cinque esperti indipendenti, tale gruppo di lavoro è l'unico meccanismo non istituito da un trattato il cui mandato preveda espressamente la considerazione dei ricorsi individuali. Ai fini del presente lavoro di ricerca, vale la pena di notare come, data la mancanza di una definizione generalmente accettata della nozione di 'arbitrarietà' di una misura di privazione della libertà, la ris. 1991/42 della Commissione, nel determinare il mandato del gruppo di lavoro, avesse adottato un approccio "pragmatico", evitando di definire la 'detenzione arbitraria' e limitandosi a precisare che il gruppo avrebbe dovuto far riferimento agli standard internazionali rilevanti in materia enunciati dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e ai trattati internazionali ratificati dagli Stati interessati³¹⁶. Il gruppo di lavoro si è dunque trovato a dovere delineare dei criteri utili a stabilire l'arbitrarietà o meno dei casi ad esso sottoposti. Così, nella Delibera n. 9 relativa alla definizione e alla portata del divieto di privazione arbitraria della libertà nel diritto internazionale consuetudinario³¹⁷, il gruppo di lavoro ha individuato dei criteri utili a identificare i casi in cui una misura di privazione della libertà risulti senz'altro arbitraria. A tal fine il gruppo ha ricostruito il diritto internazionale consuetudinario rilevante in materia mediante l'analisi della propria "giurisprudenza" ma anche di quella dei meccanismi giudiziari e quasi-giudiziari istituiti dai principali trattati internazionali sui diritti umani, così come della legislazione e della giurisprudenza di un certo numero di Stati³¹⁸ e della prassi degli organi delle Nazioni Unite³¹⁹. Alla luce di tali considerazioni, il gruppo ha osservato come una misura di privazione della libertà non possa che risultare arbitraria qualora:

a) sia chiaramente impossibile invocare una qualsiasi base giuridica a sostegno di tale misura;

³¹⁶ UN Commission on Human Rights, *Res. 1991/42 – Question of arbitrary detention*, 5 March 1991, E/CN.4/RES/1991/42, disponibile presso: www.refworld.org/docid/3b00f0a118.html, punto 2.

³¹⁷ Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit.

³¹⁸ Come già osservato (nota 312), nell'ottobre del 2011, il gruppo di lavoro aveva inviato agli Stati una nota verbale in cui chiedeva, fra le altre cose, quali fossero gli elementi presi in considerazione dai tribunali nazionali al fine di qualificare una privazione della libertà come 'arbitraria'. Il gruppo di lavoro aveva poi ottenuto le risposte di 29 Stati, oltre alle osservazioni della Commissione internazionale dei giuristi e della Società spagnola dei diritti umani, e aveva consultato Stati e società civile in una sessione aperta al pubblico del 22 novembre 2011.

³¹⁹ Si veda quanto già rilevato nella nota 313.

b) la privazione della libertà derivi dall'esercizio dei diritti e delle libertà sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani agli articoli 13 (libertà di movimento), 7 (divieto di discriminazione), 14 (diritto di asilo), 18 (libertà di pensiero, coscienza e religione), 19 (libertà di opinione e di espressione), 20 (libertà di riunione e di associazione pacifica) e 21 (diritto di partecipare al governo del proprio Paese);

c) la totale o parziale non osservanza delle norme internazionali in materia di equo processo così come stabilite dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e da altri strumenti internazionali rilevanti in materia sia di tale gravità da connotare la privazione della libertà come arbitraria;

d) i richiedenti asilo, i migranti o i rifugiati siano soggetti a detenzione amministrativa prolungata senza alcuna possibilità di revisione giudiziaria o amministrativa;

e) la privazione della libertà costituisca una violazione del diritto internazionale in ragione di una discriminazione basata su nascita, origine nazionale, etnica o sociale, lingua, religione, condizione economica, opinioni politiche o di altro tipo, genere, orientamento sessuale, disabilità³²⁰.

Nell'individuare gli elementi costitutivi della nozione di 'arbitrarietà', il gruppo ha inoltre distinto fra arbitrarietà *stricto sensu* e arbitrarietà *lato sensu*: se, nel primo caso, una misura di privazione della libertà risulta arbitraria perché non conforme alla legge e alla procedura applicabile o perché non proporzionata allo scopo, irragionevole o non necessaria, nel secondo caso, l'arbitrarietà può invece derivare dalla particolare condotta degli agenti statali che mettono in atto una determinata misura di privazione della libertà o dalla stessa normativa interna, che può risultare di per sé arbitraria o ingiusta (qualora adottata, ad esempio, su basi discriminatorie)³²¹.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, sarà infine opportuno notare come il gruppo di lavoro delle Nazioni Unite abbia più volte trattato di casi di detenzione amministrativa. A tale proposito, nella Delibera n. 9 ha affermato:

The increased reliance on administrative detention is particularly worrying. Types of administrative detention considered by the Working Group include preventive detention, detention in emergency or exceptional situations, detention on counter-terrorism grounds, immigration detention, and administrative penal law detention. [...] Since its establishment, the

³²⁰ Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 38.

³²¹ *Ivi*, parr. 61 e 63.

Working Group has been seized of an overwhelming number of administrative detention cases. [...] In the majority of the cases of administrative detention with which the Working Group has dealt, the underlying national legislation does not provide for criminal charges or trial. Consequently, the administrative rather than judicial basis for this type of deprivation of liberty poses particular risks that such detention will be unjust, unreasonable, unnecessary or disproportionate with no possibility of judicial review³²².

Secondo i cinque esperti, quindi, la detenzione amministrativa che non porti all'istituzione di procedimenti di tipo penale non può che presentare un alto rischio di ingiustizia e irragionevolezza, caratterizzandosi quindi come non necessaria e non proporzionale; in altri termini, ad avviso del gruppo, nel caso in cui uno Stato ricorra a delle misure di detenzione amministrativa di questo tipo, il rischio di arbitrarietà sarebbe eccessivamente alto. Naturalmente, il gruppo ha riconosciuto come alcune situazioni di emergenza³²³ possano rendere necessario il ricorso a misure di limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui: anche, in certa misura, del diritto alla libertà personale. Tuttavia, gli esperti hanno sottolineato come alcune delle caratteristiche proprie delle detenzioni amministrative riscontrate nella prassi non possano che destare preoccupazione, poiché suscettibili di rendere arbitraria una detenzione in principio lecita. In particolare, nella suddetta Delibera n. 9, il gruppo ha fatto riferimento all'importanza dell'*habeas corpus* in ogni tipo di detenzione e alla preoccupazione suscitata dal sempre più frequente utilizzo di prove secretate (dunque non accessibili al detenuto né, a volte, al suo legale) e dalla eccessiva durata di alcune detenzioni. In ultima analisi, il gruppo ha osservato come, sebbene la detenzione amministrativa non costituisca di per sé una detenzione arbitraria, la sua attuazione nella pratica si sia rivelata eccessivamente ampia e il rispetto delle garanzie minime dell'equo processo sia risultato, nella maggior parte dei casi, inadeguato³²⁴.

³²² Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 68-70.

³²³ Il gruppo di lavoro fa riferimento al caso specifico delle misure anti-terrorismo.

³²⁴ In tal senso, nella Delibera n. 9 (Working Group on Arbitrary Detention, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, cit., par. 74), il gruppo ha affermato:

Even though administrative detention per se is not tantamount to arbitrary detention, its application in practice is overly broad and its compliance with the minimum guarantees of due process is in the majority of cases inadequate.

3. Il diritto alla libertà personale e la detenzione amministrativa nei territori occupati: come riconciliare diritti umani e diritto internazionale umanitario?

3.1. Profili di incompatibilità

Alla luce dell'analisi fin qui svolta, si ritiene di potere affermare che, almeno per certi aspetti fondamentali, la disciplina della detenzione amministrativa delineata dal diritto internazionale umanitario sia compatibile con il diritto alla libertà personale tutelato dalle norme internazionali in materia di diritti umani. È stato infatti osservato come, in entrambi i casi, la facoltà di uno Stato di arrestare o detenere un individuo incontra il limite del principio di legalità: per quanto riguarda il diritto internazionale umanitario, ogni decisione relativa all'internamento di una persona protetta dovrà essere presa seguendo una procedura regolare fissata dalla Potenza occupante conformemente alle disposizioni della IV Convenzione di Ginevra (art. 78, par. 2); per quanto riguarda, invece, i diritti umani, tanto il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici quanto la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabiliscono che nessuno sia privato della libertà personale se non nei modi previsti dalla legge (art. 9, par. 1 del Patto sui diritti civili e politici; art. 5, par. 1 della Convenzione europea). Si è inoltre notato come entrambi i regimi giuridici pongano in capo alle autorità statali l'obbligo di informare ogni individuo arrestato e/o detenuto dei motivi della privazione della libertà (art. 75, par. 3, del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra³²⁵; art. 9, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici; art. 5, par. 2, della Convenzione europea) e sanciscano il diritto dell'individuo in questione di contestare la legalità del proprio arresto o della propria detenzione (art. 78, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra; art. 9, par. 4, del Patto sui diritti civili e politici; art. 5, par. 4, della Convenzione europea)³²⁶.

Non ci si può però esimere dal notare come, nell'esaminare, da un lato, la disciplina dell'internamento nel diritto internazionale umanitario e, dall'altro, le norme dei diritti

³²⁵ È ragionevole ritenere che tale disposizione corrisponda ad una norma di diritto internazionale consuetudinario: come rilevato nel Commentario del Comitato internazionale della Croce Rossa (Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN, cit., I Additional Protocol, Article 75), infatti, non solo essa è stata adottata per *consensus*, ma l'obbligo di informare ogni individuo arrestato, detenuto o internato dei motivi della privazione della libertà è rinvenibile anche in un certo numero di manuali militari.

³²⁶ Entrambi i regimi, tra l'altro, stabiliscono che i ricorsi siano decisi entro brevi termini. Si vedano, in particolare: art. 78 della IV Convenzione di Ginevra; ECHR, *X v. The United Kingdom*, cit., par. 52.

umani in materia di libertà personale, sia possibile riscontrare alcune differenze di un certo rilievo.

È innanzitutto opportuno osservare come la natura preventiva dell'internamento mal si concili con le garanzie fondamentali poste dai principali trattati internazionali in materia di diritti umani e chiarite (e a volte ampliate) dai rispettivi organi di controllo. Il diritto internazionale umanitario ammette, infatti, che un individuo sia privato della propria libertà personale per “imperiosi motivi di sicurezza”³²⁷ e mediante un ordine di detenzione che emani da un'autorità amministrativa, senza che alcun capo di imputazione sia sollevato dinanzi ad un'autorità giudiziaria nei confronti di tale individuo. È evidente come tale tipologia di detenzione costituisca una violazione della Convenzione europea. Come già sottolineato, infatti, il primo paragrafo dell'art. 5 enuncia una lista esaustiva di casi in cui gli Stati parti possono legittimamente privare gli individui della propria libertà: delle sei categorie di privazione della libertà indicate, nessuna sembra ricomprendere la detenzione preventiva qualora essa non sia finalizzata all'instaurazione di procedimenti di tipo penale. Se è vero che la lett. c) permette che un individuo sia arrestato o detenuto quando vi siano “motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato”, ammettendone così la detenzione preventiva, è anche vero che tale eventualità è limitata ai casi in cui lo scopo dell'arresto o della detenzione sia quello di tradurre l'individuo in questione dinanzi all'autorità giudiziaria competente³²⁸. Tale approccio è stato confermato dalla Corte europea dei diritti umani nel recente caso *Al-Jedda* – relativo al sistema di detenzione amministrativa stabilito in Iraq dalla *Coalition Provisional Authority* – in cui la Corte ha ribadito:

The list of grounds of permissible detention in Article 5 §1 does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time³²⁹.

³²⁷ Art. 78 della IV Convenzione di Ginevra.

³²⁸ Il sospetto che l'individuo abbia intenzione di commettere un reato non è infatti sufficiente a giustificare la privazione della libertà, salvo che il comportamento messo in atto da tale individuo al fine di realizzare il suddetto intento integri gli estremi dell'associazione per delinquere o del delitto tentato. Si veda: INTERIGHTS, *Right to Liberty and Security under the European Convention on Human Rights (Article 5) – Manual for lawyers*, September 2007, p. 17.

³²⁹ ECHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom* (CG), cit., par. 100. Nello stesso senso, si vedano – oltre al più recente caso *Hassan* (ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 97), anche: ECHR, *Lawless v. Ireland (no. 3)*, cit., parr. 13-14; ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, cit., par. 196; ECHR, *Guzzardi v. Italy*, cit., par. 102; ECHR, *Jecius v. Lithuania*, cit., parr. 47-52.

La situazione appare forse meno chiara se si sposta l'attenzione sul Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici. In materia di detenzione preventiva per motivi di pubblica sicurezza, infatti, il Comitato si è limitato ad osservare che, anche rispetto a tale tipologia di detenzione, l'intera gamma dei diritti sanciti dall'art. 9 dovrà trovare applicazione, con la riserva dell'applicabilità della seconda parte del par. 2 e del par. 3 solamente nei casi in cui delle accuse di natura penale siano eventualmente formulate³³⁰. Come osservato dalla Commissione internazionale dei giuristi³³¹, sebbene il Comitato non abbia mai espressamente condannato la detenzione amministrativa in quanto di per sé illegale, tale organo di controllo sembra avere sempre ritenuto che simili misure di privazione della libertà personale costituissero una violazione dell'art. 9³³². Si pensi alle innumerevoli Osservazioni conclusive su Israele, in cui il Comitato ha ripetutamente espresso la propria preoccupazione circa il regime in vigore nei territori occupati³³³. È

³³⁰ In particolare, nel Commento generale n. 8 (HRC, *General Comment No. 8*, cit., par. 4), il Comitato ha osservato:

[...] If so-called preventive detention is used, for reasons of public security, it must be controlled by these same provisions, i.e. it must not be arbitrary, and must be based on grounds and procedures established by law (para. 1), information of the reasons must be given (para. 2) and court control of the detention must be available (para. 4) as well as compensation in the case of a breach (para. 5). And if, in addition, criminal charges are brought in such cases, the full protection of article 9 (2) and (3), as well as article 14, must also be granted.

³³¹ HRC, 109th Session of the UN Human Rights Committee (14 October - 1 November 2013), *International Commission of Jurists: Initial Comments on Draft General Comment 35 on Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 October 2013.

³³² Si vedano, fra gli altri: HRC, *Campora Schweizer v. Uruguay*, Communication No. 66/1980, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), p. 117, 1983, par. 18.1; HRC, *Concluding Observations on Jordan*, CCPR/C/JOR/CO/4, 18 November 2010, par. 11; HRC, *Concluding Observations on Colombia*, CCPR/C/COL/CO/6, 4 August 2010, par. 20; HRC, *Concluding Observations on Israel*, 2003, cit., par. 12; HRC, *Concluding Observations on Israel*, CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, par. 7 (sebbene lo Stato avesse adottato una deroga all'art. 9); HRC, *Concluding Observations on Canada*, cit., par. 14; HRC, *Concluding Observations on Sri Lanka*, CCPR/CO/79/LKA, 1 December 2003, par. 13.

³³³ Nelle Osservazioni conclusive del 1998 (HRC, *Concluding observations on Israel*, 1998, cit., par. 21), ad esempio, il Comitato ha osservato:

The Committee remains concerned that despite the reduction in the number of persons held in administrative detention on security grounds, persons may still be held for long and apparently indefinite periods of time in custody without trial. It is also concerned that Palestinians detained by Israeli military order in the occupied territories do not have the same rights to judicial review as persons detained in Israel under ordinary law. A specific concern of the Committee is that at least some of the persons kept in administrative detention for reasons of State security (and in particular some Lebanese) do not personally threaten State security but are kept as "bargaining chips" in order to promote negotiations with other parties on releasing detained Israeli soldiers or the bodies of deceased soldiers. The Committee considers the present application of administrative detention to be incompatible with articles 7 and 16 of the Covenant, neither of which allows for derogation in times of public emergency. The Committee takes

forse possibile ritenere, quindi, che diversi elementi propri del regime di detenzione amministrativa così come delineato dal diritto dell'occupazione finiscano per determinare la non conformità di tale tipologia di privazione della libertà con il Patto sui diritti civili e politici.

A prescindere dalla natura preventiva della detenzione amministrativa ammessa dal diritto internazionale umanitario, una serie di altri fattori non possono che destare preoccupazione, laddove chiaramente in conflitto con le norme dei diritti umani rilevanti in materia³³⁴. Si pensi, in particolare, al diritto della persona arrestata e/o detenuta di contestare la legalità della propria detenzione (*l'habeas corpus*): se è vero che entrambi i regimi giuridici in esame sanciscono tale diritto, è anche vero che la tutela garantita dal diritto internazionale umanitario non può certo considerarsi equivalente a quella delle norme internazionali in materia di diritti umani. Sebbene, infatti, le norme di diritto internazionale umanitario applicabili ai territori occupati prevedano il diritto di appello degli individui internati e l'obbligo di revisione periodica a cura di un organismo competente, nessuna disposizione prevede che l'organo competente debba necessariamente essere un tribunale – ammettendo, dunque, che la Potenza occupante possa limitarsi ad istituire un organo di natura amministrativa – né tantomeno che esso debba essere indipendente da coloro che hanno preso la decisione di internamento³³⁵. Come osservato, invece, tanto dal Comitato dei diritti umani quanto dalla Corte europea, l'organo competente ad esaminare il caso deve essere un tribunale, ordinario o speciale, che abbia natura giudiziaria³³⁶ e che goda di indipendenza dall'esecutivo ed imparzialità rispetto alle parti³³⁷.

due note that Israel has derogated from article 9 of the Covenant. The Committee stresses, however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention. The Committee recommends that the application of detention be brought within the strict requirements of the Covenant and that effective judicial review be made mandatory.

³³⁴ In effetti, parte della dottrina ha rilevato come la disciplina della detenzione amministrativa si presti ad una serie di osservazioni critiche proprio in ragione delle lacune individuabili relativamente ad alcuni aspetti procedurali di primaria importanza. *Expert meeting on the supervision of the lawfulness of detention during armed conflict*, Organized by The University Centre for International Humanitarian Law – Geneva, Convened at The Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004, disponibile presso: www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/2004/4rapport_detention.pdf.

³³⁵ Come già osservato, nella fase di appello o di revisione dell'internamento è però necessario che l'organo incaricato non sia lo stesso che aveva in precedenza adottato l'ordine di internamento e che tale organo goda del potere di ordinare il rilascio. In materia, si rimanda al *par. 1* del presente capitolo.

³³⁶ Si rimanda, in particolare, a quanto osservato a proposito dell'*habeas corpus* nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici (*supra*, par. 2.1. del presente capitolo)

³³⁷ Si veda quanto rilevato nel par. 2.2. del presente capitolo in materia di *habeas corpus* nella Convenzione europea.

Nel diritto dell'occupazione manca, inoltre, qualsiasi indicazione circa il diritto della persona internata di essere assistita da un legale al fine di contestare la liceità dell'internamento o la necessità che esso continui, al contrario di quanto previsto dai trattati in materia di diritti umani: come già osservato, l'art. 72 della IV Convenzione di Ginevra prevede il diritto di ogni imputato "di essere assistito da un difensore qualificato, di sua scelta, che potrà visitarlo liberamente e fruirà delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa"³³⁸; è evidente, però, che tale norma fa riferimento esclusivamente ai procedimenti penali, mentre nulla è detto a proposito delle misure amministrative di privazione della libertà personale. Secondo il Comitato dei diritti umani, invece, il diritto ad un legale spetta a qualsiasi individuo arrestato e/o detenuto, anche qualora la detenzione non conduca ad un procedimento penale: si tratta, infatti, di una garanzia indispensabile al fine di esercitare il diritto di contestare la liceità della detenzione, garanzia in assenza della quale l'*habeas corpus* sarebbe privo del suo contenuto³³⁹. Nello stesso senso, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di sottolineare l'importanza del diritto all'assistenza di un legale³⁴⁰, sebbene esso non sia espressamente previsto dall'art. 5³⁴¹.

Particolare preoccupazione desta, poi, il frequente utilizzo, in alcuni casi di internamento in territori occupati, di prove secretate non accessibili all'individuo arrestato o detenuto né, alle volte, al suo legale. È noto come la giurisprudenza degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani tenda a riconoscere la necessità del contraddittorio e della parità tra le parti, sottolineando che – affinché il ricorso sia effettivo – è necessario che l'individuo arrestato e/o detenuto abbia la possibilità di conoscere le prove a carico. Per quanto riguarda il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, sebbene tale requisito sia espressamente previsto soltanto dall'art. 14 in materia di processo equo, il Comitato dei diritti umani ne ha generalmente preteso il rispetto anche nei casi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 9, par. 4³⁴². Allo stesso modo, la Corte europea dei diritti umani ha sottolineato come il detenuto stesso o,

³³⁸ Traduzione italiana in: E. GREPPI, G. VENTURINI, cit.

³³⁹ Si vedano, fra gli altri: HRC, *Concluding Observations on The United States of America*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 December 2006, par. 18; HRC, *Concluding Observations on Israel*, 2003, cit., par. 12.

³⁴⁰ ECHR, *Öcalan v. Turkey* (GC), cit., par. 73.

³⁴¹ In particolare, la Corte ha osservato che, seppure tale diritto non sia, almeno in linea di principio, indispensabile, è comunque richiesto che lo Stato si astenga dall'interferire con l'assistenza legale. Si veda: S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., pp. 163-164.

³⁴² HRC, *Concluding Observations on Tajikistan*, cit., par. 12; HRC, *Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina*, cit., par. 17; HRC, *Concluding Observations on The United Kingdom*, cit., par. 17; HRC, *Concluding Observations on India*, cit., par. 24.

quanto meno, il suo legale, debbano avere la possibilità di accedere ai documenti investigativi o almeno, nel caso in cui sia indispensabile che determinate prove restino confidenziali, alle “informazioni essenziali per apprezzare la legalità della detenzione”³⁴³; in tal senso, la Corte ha avuto modo di osservare che “l’utilizzo di materiale ‘confidenziale’ a tutela della sicurezza nazionale non può implicare l’esclusione di qualsiasi controllo giudiziario, dovendo essere cercate modalità procedimentali che, pur tutelando le informazioni di *intelligence*, assicurino un controllo giurisdizionale”³⁴⁴. Contrariamente a quanto previsto in materia di diritti umani, il diritto internazionale umanitario applicabile nei territori occupati non vieta l’utilizzo di prove segrete. Non può certo stupire, d’altronde, che tale pratica sia ampiamente utilizzata nei casi di internamento di individui *ex art. 78* della IV Convenzione di Ginevra, giacché:

[...] One of the basic characteristics of administrative detentions is the reliance on privileged intelligence information provided by undisclosed sources, and collected, secretly, by state security agencies³⁴⁵.

Di particolare interesse è, a tale riguardo, la prassi dello Stato di Israele in materia di detenzioni amministrative nei Territori palestinesi occupati³⁴⁶. Ai sensi dell’Ordine in materia di detenzioni amministrative No. 1591 (Giudea e Samaria) del 2007³⁴⁷, entro 8 giorni dalla data di adozione (o estensione) dell’ordine di detenzione, il detenuto deve essere tradotto dinanzi ad un giudice militare³⁴⁸ al fine di stabilire se la detenzione in esame sia giustificata; il giudice potrà approvare l’ordine di detenzione, annullarlo o

³⁴³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 163.

³⁴⁴ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 163. Si vedano, in tal senso: ECHR, *Chahal v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 131; ECHR, *Al-Nashif v. Bulgaria*, No. 50963/99, Judgment, 20 June 2002, par. 94 ss.

³⁴⁵ S. KREBS, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 45, 3 (May 2012), pp. 639-703, p. 652.

³⁴⁶ Attualmente, esistono in Israele tre diversi regimi di detenzione amministrativa: uno applicabile ad israeliani in territorio israeliano; un altro applicabile a stranieri in territorio israeliano; un altro ancora applicabile ai palestinesi in Cisgiordania (e, un tempo, nella striscia di Gaza). Tali regimi si differenziano essenzialmente con riguardo alla durata massima di ciascun ordine di detenzione amministrativa, all’autorità competente ad adottare tale ordine, all’organo incaricato della revisione delle misure di detenzione, così come alla tempestività e alla frequenza di tali revisioni. *Ivi*, p. 656.

³⁴⁷ *Military Order Regarding Administrative Detention (Temporary Order) [Combined Version] (Judea and Samaria) (No. 1591)*, 17 Adar 5767, 7 March 2007 (Isr.), disponibile presso: www.btselem.org/sites/default/files/administrative_detention_military_order_1591_eng.pdf.

³⁴⁸ L’Ordine in esame ammette che tanto l’individuo internato quanto il Comandante militare possano appellarsi alla decisione del tribunale militare dinanzi ad una Corte di Appello militare. Negli anni è poi emersa la prassi di permettere l’appello anche contro le decisioni della Corte di Appello presso la Corte Suprema israeliana come Alta Corte di Giustizia. S. KREBS, cit., p. 661.

abbreviare il periodo di detenzione. In materia di prove ammissibili, il suddetto Ordine stabilisce:

The judge may accept evidence without the detainee or his representative being present and without disclosing the evidence to them if, after studying the evidence or hearing submissions, even in their absence, he is satisfied that disclosure of the evidence to the detainee or his representative may impair security of the region or public security³⁴⁹.

Tale prassi dello Stato di Israele, seppure conforme al diritto dell'occupazione, è stata aspramente criticata tanto dal Comitato dei diritti umani³⁵⁰ quanto dal già citato Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria. Nell'opinione n. 5 del 2010, ad esempio, il Gruppo di lavoro ha sottolineato come l'emanazione di ordini di detenzione sulla base di informazioni segrete e l'impossibilità, tanto per il detenuto quanto per il suo legale, di accedere a tali informazioni impediscano l'effettivo esercizio del diritto di contestare la legalità della detenzione³⁵¹. In via generale, nel rapporto del 24 dicembre 2012, il Gruppo di lavoro ha ribadito:

As this would be inconsistent with the prohibition of arbitrary deprivation of liberty, *no person should be deprived of liberty or kept in detention on the sole basis of evidence to which the detainee does not have the ability to respond*. [...] Even if lawyers of the detainee have access to such evidence but are not allowed to share or discuss it with their client, this does not sufficiently protect the detainee's right to liberty³⁵².

In ultima analisi, dunque, non si può che constatare la presenza di alcune antinomie nel confronto fra le norme del diritto internazionale umanitario in materia di internamento nei territori occupati e quelle dei diritti umani poste a tutela del diritto alla libertà personale. Vale forse la pena di ricordare che, nel terzo capitolo del presente lavoro di ricerca, il conflitto fra norme è stato definito come il caso in cui una norma

³⁴⁹ *Military Order Regarding Administrative Detention (Temporary Order) [Combined Version] (Judea and Samaria) (No. 1591)*, 17 Adar 5767, 7 March 2007 (Isr.), p. 3, par. 7, disponibile presso: www.btselem.org/sites/default/files/administrative_detention_military_order_1591_eng.pdf.

³⁵⁰ Si veda: HRC, *Concluding Observations on Israel*, 2003, cit., par. 12.

³⁵¹ Working Group on Arbitrary Detention, *Opinion No. 5/2010 (Israel)*, in *Report of the Working Group on Arbitrary Detention – Addendum: Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention*, A/HRC/16/47/Add.1, 2 March 2011, pp. 48-52. par. 36.

³⁵² HRC, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, A/HRC/22/44, 24 December 2012, par. 72 [corsivo aggiunto].

costituisca, abbia portato, porti o possa portare alla violazione di un'altra norma³⁵³. Nel caso in esame, i conflitti evidenziati rientrano senz'altro nella categoria dei cc.dd. conflitti potenziali: tanto l'art. 5 della Convenzione europea quanto l'art. 9 del Patto delle Nazioni Unite considerano, infatti, illegali delle situazioni che, invece, il diritto dell'occupazione ammette³⁵⁴, così che, qualora gli Stati decidessero di applicare soltanto gli standard (in un certo senso) minimi di tutela delineati dal secondo, essi si troverebbero a violare i primi³⁵⁵.

3.2. Indagine sulla possibilità di riconciliare il diritto alla libertà personale e la detenzione amministrativa nei territori occupati

Individuati i profili di incompatibilità fra le norme dei diritti umani in materia di diritto alla libertà personale e quelle di diritto internazionale umanitario in materia di internamento nei territori occupati, occorre adesso domandarsi se sia possibile risolvere tale conflitto fra norme o se ci si trovi di fronte ad uno di quei casi in cui risolvere l'antinomia in via interpretativa o, in alternativa, stabilire la prevalenza di una norma sull'altra risulti impossibile.

Per quanto riguarda il conflitto fra, da un lato, la natura preventiva dell'internamento così come disciplinato dal diritto dell'occupazione e, dall'altro, le norme dei diritti umani in materia di diritto alla libertà personale, sarà opportuno trattare, in primo luogo, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e, in secondo luogo, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'art. 9 del Patto utilizza una terminologia senz'altro più vaga di quella utilizzata dalla Convenzione europea, vietando qualsiasi privazione "arbitraria" della libertà, senza però specificare quali privazioni della libertà debbano essere considerate tali. In questo caso, dunque, il conflitto sorgerebbe fra, da un lato, la natura preventiva dell'internamento e, dall'altro, il generico divieto di privazione arbitraria della libertà. Proprio come affermato dalla Corte internazionale di giustizia relativamente al diritto alla vita³⁵⁶, è forse possibile interpretare il termine 'arbitraria' alla luce del diritto internazionale umanitario e, nello specifico, dell'art. 78 della IV Convenzione di

³⁵³ J. PAUWELYN, cit., pp. 175-176.

³⁵⁴ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 122.

³⁵⁵ Si vedano, fra gli altri: *ibidem*; A.E. CASSIMATIS, cit., p. 633.

³⁵⁶ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par.25.

Ginevra in materia di internamento di civili in territori occupati. È stato già osservato³⁵⁷, infatti, come l'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 preveda che, nell'interpretare un trattato, l'interprete tenga altresì conto di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti. Naturalmente, perché ciò sia possibile, è necessario che il termine oggetto di interpretazione sia sufficientemente vago da permettere l'utilizzazione di un'altra regola di diritto internazionale e che quest'ultima sia pertinente, vale a dire che vi sia un collegamento con la norma oggetto di interpretazione. Nel caso in esame, è evidente che il termine "arbitraria" riferito alla privazione della libertà si presta agevolmente ad essere interpretato alla luce delle norme pertinenti di diritto internazionale umanitario, vale a dire all'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra, così da permettere di risolvere il conflitto in via interpretativa³⁵⁸.

La questione è decisamente più complessa per quanto riguarda la Convenzione europea. Delle sei categorie di privazione della libertà enunciate dall'art. 5 della Convenzione, nessuna sembra ricomprendere la detenzione preventiva qualora essa non sia finalizzata all'instaurazione di procedimenti di tipo penale. Come già osservato, l'incompatibilità fra tale norma e la disciplina dell'internamento prevista dal diritto internazionale umanitario è stata riconosciuta dalla stessa Corte europea. In particolare, nel recente caso *Hassan c. Regno Unito*, la Corte ha osservato:

[The Court] does not take the view that detention under the powers provided for in the Third and Fourth Geneva Conventions is congruent with any of the categories set out in subparagraphs (a) to (f). Although Article 5 § 1(c) might at first glance seem the most relevant provision, there does not need to be any correlation between security internment and suspicion of having committed an offence or risk of the commission of a criminal offence³⁵⁹.

Data la natura esaustiva della lista enunciata dall'art. 5, si ritiene ragionevole concludere che il conflitto con la detenzione amministrativa prevista dal diritto

³⁵⁷ *Supra*, cap. 3, par. 3 del presente lavoro di ricerca.

³⁵⁸ In tal senso, si veda: M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 22 ss. D'altronde, il Comitato dei diritti umani sembra propenso a seguire tale approccio nella bozza del Commento generale n. 35, laddove osserva che "*rules of international law may be relevant for the purposes of interpretation of Article 9*". HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 63.

³⁵⁹ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 97.

dell'occupazione non sia in alcun modo risolvibile in via interpretativa³⁶⁰: in questo caso, infatti, la volontà delle parti sembrerebbe quella di escludere che un individuo sia privato della libertà salvo che nei casi espressamente indicati dalla disposizione in esame³⁶¹; in tale ottica, l'unico strumento a disposizione degli Stati parti della Convenzione europea per sottrarsi – seppure temporaneamente – al rispetto dell'art. 5, par. 1, sarebbe quello delle deroghe *ex art. 15*. Tale impostazione, d'altronde, sembra trovare conferma in alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani, da ultimo nel caso *Al-Jedda*, in cui la Corte osserva:

Sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 contain an exhaustive list of permissible grounds on which persons may be deprived of their liberty. No deprivation of liberty will be compatible with Article 5 § 1 unless it falls within one of those grounds or *unless it is provided for by a lawful derogation* under Article 15 of the Convention³⁶².

È tuttavia d'obbligo notare che tale orientamento è stato recentemente smentito dalla stessa Corte europea nella sentenza della Grande Camera *Hassan c. Regno Unito* del 16 settembre 2014³⁶³, in occasione della quale la Corte si è pronunciata esplicitamente sull'interazione fra i diritti umani e il diritto internazionale umanitario per la prima volta. Pur avendo opportunamente constatato che la detenzione amministrativa del sig. Hassan – seppure conforme alle norme di diritto internazionale umanitario rilevanti³⁶⁴ – non rientrava fra le eccezioni al divieto di privazione della libertà personale ammesse dall'art. 5 e che il Regno Unito non aveva adottato alcuna deroga alla disposizione in esame, la Corte ha tuttavia affermato che, nel caso di specie, il diritto alla libertà

³⁶⁰ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 22 ss.

³⁶¹ *Supra*, par. 3.1 del presente capitolo.

³⁶² ECHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 99 [corsivo aggiunto].

³⁶³ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit.

³⁶⁴ La Corte prende in considerazione tanto le norme della III Convenzione di Ginevra in materia di internamento dei prigionieri di guerra quanto quelle della IV Convenzione di Ginevra sull'internamento di civili nemici (art. 42) o di civili in territorio occupato (art. 78). ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 33 ss.

Il Regno Unito – sostenendo che, nel caso di specie, le ostilità fossero ancora in corso – sembra invece escludere che l'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra trovi applicazione, fondando le proprie argomentazioni sull'art. 21 della III Convenzione di Ginevra e sull'art. 42 della IV Convenzione di Ginevra. Si veda, in particolare: *ivi*, par. 88.

Di avviso contrario, comprensibilmente, il ricorrente, il quale sottolinea come non vi fosse alcuna differenza significativa fra la situazione sul campo il 23 aprile (giorno dell'arresto di Tarek Hassan) e il 1° maggio (giorno in cui Regno Unito e Stati Uniti avevano dichiarato la cessazione delle ostilità ed era dunque iniziato ufficialmente il regime di occupazione). Si veda, in particolare: *ivi*, par. 67.

personale non era stato violato. Sarà dunque opportuno, nel *par. 3.3.* del presente capitolo, soffermarsi sull'analisi di tale sentenza, esponendo, in primo luogo, le motivazioni addotte dalla Corte e, in secondo luogo, le ragioni per cui si ritiene di non potere concordare con le conclusioni cui i giudici di Strasburgo sono giunti.

È adesso opportuno soffermarsi, invece, sul conflitto fra il c.d. *habeas corpus* previsto dai principali trattati sui diritti umani (art. 9, par. 4, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici; art. 5, par. 4, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e la disciplina del diritto di appello prevista dalle norme del diritto dell'occupazione. Come già osservato, a venire in rilievo è essenzialmente la natura dell'organismo incaricato dell'esame del ricorso (o, nella terminologia della IV Convenzione di Ginevra, dell'appello). Anche in questo caso, non si ritiene che sia possibile risolvere il conflitto in via interpretativa, poiché le norme dei diritti umani escludono che ad occuparsi del ricorso siano organi di natura amministrativa, per di più qualora questi non siano del tutto indipendenti dagli individui od organismi incaricati di prendere le decisioni di internamento: da una parte, infatti, le disposizioni dei trattati sui diritti umani in esame utilizzano espressamente il termine 'tribunale'; dall'altra, si è già osservato come i rispettivi organi di controllo abbiano interpretato tale termine nel senso di indicare, seppure non un tribunale in senso classico, quantomeno un organismo di natura giudiziaria che goda di indipendenza ed imparzialità³⁶⁵. Risulta, dunque, estremamente difficile riconciliare la norma del diritto dell'occupazione che ammette la creazione di organismi amministrativi con quelle dei diritti umani che, invece, la vietano. Anche in relazione alla procedura di appello e revisione delle misure di internamento, quindi, non si può che concludere che una Potenza occupante possa applicare le norme meno stringenti del diritto dell'occupazione senza per questo incorrere in una violazione dei trattati sui diritti umani soltanto mediante l'adozione di un'apposita deroga, ammesso che ciò sia possibile³⁶⁶. Quanto detto, naturalmente, vale anche per gli altri elementi problematici già citati, vale a dire il diritto del detenuto all'assistenza di un legale e quello di accesso alle prove a proprio carico (con la conseguente condanna dell'utilizzo di prove secretate): sebbene tali aspetti procedurali non siano espressamente previsti né dalla Convenzione europea né dal Patto delle Nazioni Unite, essi sono stati nondimeno individuati dai rispettivi organi

³⁶⁵ *Supra*, par. 3.1 del presente capitolo.

³⁶⁶ Tale questione sarà trattata nelle pagine seguenti.

di controllo quali elementi indispensabili all'effettivo esercizio del diritto di contestare la liceità della propria detenzione (*habeas corpus*).

L'analisi svolta nelle pagine precedenti mostra come l'incompatibilità fra la disciplina dell'internamento in territori occupati e determinati elementi del diritto alla libertà personale così come delineato dai principali trattati in materia di diritti umani non possa essere risolta in via interpretativa. Inoltre, come osservato nel terzo capitolo del presente lavoro di ricerca, i tradizionali metodi di soluzione delle antinomie (fra i quali il ricorso al principio della *lex specialis*) sono, nell'ambito dell'interazione fra diritti umani e diritto internazionale umanitario, di scarsa utilità. Non si può infatti ignorare come nulla, nelle disposizioni qui in esame, lasci supporre la prevalenza delle norme del diritto dell'occupazione su quelle dei diritti umani: al contrario, i trattati sui diritti umani presi in considerazione nell'ambito del presente lavoro di ricerca prevedono espressamente che, in circostanze eccezionali, gli Stati parti possano sospendere l'applicazione delle disposizioni di tali trattati soltanto mediante l'adozione di apposite deroghe. D'altronde, tale tesi sembra trovare conferma nelle pronunce degli stessi organi di controllo di tali trattati³⁶⁷. Come osservato dal giudice Spano nella sua opinione dissenziente nel caso *Hassan c. Regno Unito*:

The Convention applies equally in both peacetime and wartime. That is the whole point of the mechanism of derogation provided by Article 15 of the Convention. There would have been no reason to include this structural feature if, when war rages, the Convention's fundamental guarantees automatically became silent or were displaced in substance, by granting the Member States additional and unwritten grounds for limiting fundamental rights based solely on other applicable norms of international law. Nothing in the wording of that provision, when taking its purpose into account, excludes its application when the Member States engage in armed conflict, either within the Convention's legal space or on the territory of a State not Party to

³⁶⁷ Si pensi al già citato caso *Al-Jedda* (ECHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 99). Si vedano, poi, le Osservazioni conclusive su Israele del Comitato sui diritti umani (HRC, *Concluding Observations on Israel*, 1998, cit., par. 21; HRC, *Concluding Observations on Israel*, 2003, cit., par. 12). Vale poi la pena di notare come, nella già citata bozza del Commento generale n. 35, il Comitato dei diritti umani faccia espresso riferimento all'art. 4 del Patto nell'affrontare la questione dell'applicabilità dell'art. 9 in caso di conflitto armato (HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 63 ss.). Nello stesso senso si è espressa anche la Commissione internazionale dei giuristi, sulla base dell'analisi delle pronunce del Comitato dei diritti umani. Human Rights Committee, 106th Session of the UN Human Rights Committee (15 October to 2 November 2012), *International Commission of Jurists (ICJ) Comments to the UN Human Rights Committee on its Half-Day of General Discussion in Preparation for a General Comment on Article 9 (Liberty and Security of the Person) of the International Covenant on Civil and Political Rights*, submitted September 2012, p. 14.

the Convention. The extra-jurisdictional reach of the Convention under Article 1 must necessarily go hand in hand with the scope of Article 15³⁶⁸.

In tal senso, la stessa previsione – tanto nella Convenzione europea quanto nel Patto sui diritti civili e politici – di un meccanismo di deroga azionabile in situazioni di emergenza (fra le quali rientrano, indubbiamente, le occupazioni militari) porta a ritenere che i diritti sanciti dai trattati sui diritti umani non possano ragionevolmente essere sospesi per il solo fatto dell'esistenza di altre norme di diritto internazionale applicabili. Le norme di diritto internazionale umanitario applicabili in relazione alle detenzioni amministrative nei territori occupati possono senz'altro essere prese in considerazione in fase di interpretazione delle norme dei diritti umani (purché la formulazione delle disposizioni convenzionali lo permetta), ma non possono certo portare alla loro disapplicazione, la quale potrà avvenire soltanto mediante l'adozione di una apposita misura di deroga conformemente all'art. 15 della Convenzione.

È tuttavia opportuno ricordare come ogni misura di deroga alle disposizioni dei trattati sui diritti umani in esame debba soddisfare tanto un requisito di proporzionalità quanto uno di necessità: lo Stato parte che si trovi in una situazione di emergenza potrà infatti adottare una deroga all'art. 9 del Patto o all'art. 5 della Convenzione europea soltanto negli stretti limiti in cui la situazione lo esiga e dovrà, al tempo stesso, provare che le misure di deroga adottate allo scopo di fronteggiare l'emergenza siano strettamente necessarie considerata la situazione³⁶⁹. Occorre dunque chiedersi se, relativamente alle antinomie individuate nelle pagine precedenti, la facoltà di deroga degli Stati sia ammessa o se, invece, essa incontri dei limiti. Per quanto riguarda la Convenzione europea, da un lato, si è già avuto modo di notare come la Corte europea dei diritti umani abbia più volte fatto riferimento alla possibilità che gli Stati parti derogino all'art. 5, par. 1 e, dall'altro, non sembra che essa escluda che le parti derogino all'*habeas corpus* in caso di emergenza (art. 5, par. 4)³⁷⁰. Mediante lo strumento delle deroghe, quindi, uno Stato parte che occupi un territorio nemico potrà mettere in atto un regime di detenzione non riconducibile alle categorie ammesse dal par. 1 dell'art. 5 e/o restringere³⁷¹ l'esercizio del diritto di ciascun individuo arrestato e

³⁶⁸ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), cit., par. 8.

³⁶⁹ *Supra*, parr. 2.1.3. e 2.2.3.

³⁷⁰ *Supra*, par. 2.2.3.

³⁷¹ Sebbene si sia ben consapevoli della differenza fra misure limitative e misure di deroga nell'ambito della Convenzione europea, si è qui scelto di fare riferimento alla possibilità di *restringere* il diritto alla libertà personale poiché, come già accennato, non si ritiene che la sospensione totale di qualunque

detenuto di contestare la legalità della propria detenzione, purché ogni misura di deroga sia adottata conformemente all'art. 15 e soddisfatti i già citati requisiti di necessità e proporzionalità. Per quanto riguarda, invece, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, si è già avuto modo di notare come il Comitato dei diritti umani abbia affermato, in più di un'occasione, l'inderogabilità di due elementi dell'art. 9, segnatamente il divieto di privazione arbitraria della libertà (par. 1) e il diritto di ogni individuo di contestare la legalità della propria detenzione (par. 4) in quanto garanzia procedurale indispensabile all'effettiva tutela dei diritti inderogabili elencati dallo stesso art. 4³⁷². Se l'inderogabilità del primo di tali elementi non crea particolari problemi – poiché, come già osservato, il conflitto fra la natura preventiva dell'internamento e il divieto di privazione arbitraria della libertà *ex par. 1* può ragionevolmente essere risolto in via interpretativa – l'inderogabilità del secondo appare senz'altro problematica, data la già citata impossibilità di risolvere il conflitto fra il par. 4 dell'art. 9 e determinati aspetti della procedura di appello e revisione prevista dal diritto dell'occupazione mediante i tradizionali metodi di risoluzione delle antinomie. Così, esclusa la derogabilità di tale elemento del diritto alla libertà personale nel sistema del Patto, non rimane che constatare l'assoluta impossibilità di risolvere tale antinomia. Lo Stato Parte del Patto che occupi militarmente il territorio di uno Stato nemico si troverà dinanzi ad una scelta: da una parte, esso potrà scegliere di rispettare il diritto di ciascun individuo arrestato o detenuto di contestare la liceità della propria detenzione *ex art. 9, par. 4*, assicurando, dunque, tutte le garanzie procedurali indispensabili all'effettivo esercizio di tale diritto (fra le quali, ad esempio, il diritto di essere assistito da un legale); dall'altra parte, l'occupante potrà scegliere di porre in essere un regime di detenzione amministrativa conforme al diritto dell'occupazione ma privo delle suddette garanzie procedurali atte a rendere effettivo l'*habeas corpus*, trovandosi così a violare l'art. 9, par. 4, del Patto. In tal senso, come M. Milanović ha opportunamente notato:

In domestic legal systems, all norm conflicts must eventually be either avoided or resolved, since all forms of legislation at whatever level of governance ultimately fit within a single normative hierarchy. In the international legal system the avenues of norm conflict resolution are [...] at

garanzia di *habeas corpus* in caso di occupazione militare possa essere considerata proporzionale e necessaria. Diverso è, naturalmente, il caso di un conflitto armato internazionale, in cui l'assenza del controllo sul territorio e le ostilità in corso potrebbero probabilmente giustificare la sospensione totale dell'art. 5, par. 4, nel sistema della Convenzione europea.

³⁷² *Supra*, par. 2.1.3.

best rudimentary. It therefore knows conflicts which are both unavoidable and unresolvable. [...] A state [can] enter into two mutually contradictory, yet equally valid commitments from which the only escape is a political one³⁷³.

Si può quindi concludere che, pur riconoscendo l'evidente difficoltà di assicurare la garanzia dell'*habeas corpus* in caso di conflitto armato, una Potenza occupante che sia parte del Patto dovrà garantire l'effettivo esercizio di tale diritto o incorrere nella violazione del Patto. D'altra parte, l'occupazione militare, pur inscrivendosi nell'ambito di un conflitto armato, se ne distanzia notevolmente in ragione del controllo effettivo esercitato dalle truppe occupanti, vale a dire della loro capacità di esercitare funzioni di governo in territorio occupato. Alla luce di tali considerazioni, connesse alla già citata questione delle difficoltà derivanti dall'applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani, non si può che concordare con il Comitato laddove afferma che "*States parties must not [...] deprive [individuals outside their territories] of review of the lawfulness of their detention*"³⁷⁴, quantomeno qualora le truppe di uno Stato detengano il controllo effettivo di un territorio nemico e siano dunque in grado, ai sensi del diritto dell'occupazione, di esercitarvi delle funzioni di governo. Lo stesso Comitato, naturalmente, non esclude che le difficoltà derivanti dall'applicazione extraterritoriale del Patto possano rendere necessario un approccio più flessibile, limitandosi però ad osservare come ciò possa incidere sull'apprezzamento della ragionevolezza del tempo impiegato per sottoporre un individuo arrestato e detenuto ad un processo *ex par.*³⁷⁵.

In ultima analisi, si è giunti a dimostrare come, nell'ambito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le antinomie emerse dal confronto fra l'art. 5 della Convenzione e la disciplina dell'internamento nei territori occupati possano essere risolte soltanto mediante misure di deroga adottate dagli Stati parti conformemente all'art. 15. Nell'ambito del Patto, invece, se il conflitto fra la natura preventiva dell'internamento e il divieto di privazione arbitraria della libertà può essere risolto in via interpretativa, quello fra l'*habeas corpus* e determinati elementi della procedura di appello dell'internamento prevista dal diritto dell'occupazione appare inconciliabile.

³⁷³ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 111.

³⁷⁴ HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 65.

³⁷⁵ In tal senso, il Comitato osserva infatti che "*the extraterritorial location of an arrest may be a circumstance relevant to an evaluation of promptness under paragraph 3*". HRC, *Draft General Comment No. 35*, cit., par. 62.

Naturalmente, le riflessioni fin qui svolte riguardano soltanto il caso dell'incompatibilità fra norme convenzionali: le antinomie rilevate risultano infatti dal confronto fra, da una parte, l'art. 9 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti umani e, dall'altra, l'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra. Come già osservato, però, il divieto di privazione arbitraria della libertà – corredato dal diritto di contestare la legalità di ogni misura di detenzione (*habeas corpus*) – è ormai parte del diritto consuetudinario e, secondo alcuni, sarebbe divenuto una norma di *ius cogens*³⁷⁶. Occorre dunque interrogarsi sull'eventuale incompatibilità tra la disciplina convenzionale dell'internamento di civili nei territori occupati e le norme consuetudinarie rilevanti. Sebbene, in linea di principio, sia possibile che una norma convenzionale prevalga su una norma consuetudinaria in ragione della specialità *ratione personarum*, nel caso in esame non si può certo ritenere che il diritto pattizio dell'occupazione finisca per prevalere sulle norme consuetudinarie dei diritti umani, se non altro alla luce della considerazione che queste ultime si sono formate successivamente all'entrata in vigore della IV Convenzione di Ginevra, coinvolgendo anche i rapporti tra Stati parti di quest'ultima *inter se*. D'altra parte, ad avviso di chi scrive, il conflitto fra la norma consuetudinaria che vieta ogni privazione arbitraria della libertà³⁷⁷ e la disciplina dell'internamento di civili nei territori occupati delineata dal diritto dell'occupazione può ragionevolmente essere risolto in via interpretativa: analogamente a quanto osservato a proposito del primo paragrafo dell'art. 9 del Patto, infatti, il termine "arbitraria" appare sufficientemente vago da permettere all'interprete di tenere conto delle norme del diritto internazionale umanitario. Per quanto riguarda, invece, la norma consuetudinaria che prevede il diritto di ogni individuo arrestato e/o detenuto di contestare la legalità della propria detenzione, occorre notare come essa sembri essere, ad oggi, limitata al tempo di pace o di conflitto armato interno. Infatti, sebbene il citato Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria sembri essere di altro avviso³⁷⁸, non si ritiene che sia possibile rinvenire una prassi costante e uniforme degli Stati nel senso di garantire l'*habeas*

³⁷⁶ *Supra*, par. 2.3.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ In particolare, in relazione al regime di detenzione vigente nei territori occupati da Israele, il Gruppo di lavoro ha più volte osservato che l'emanazione di ordini di detenzione sulla base di informazioni secrete e l'impossibilità, tanto per il detenuto quanto per il suo legale, di accedere a tali informazioni impediscono l'effettivo esercizio del diritto di contestare la legalità della detenzione. Si veda, fra gli altri: Working Group on Arbitrary Detention, *Opinion No. 5/2010 (Israel)*, in *Report of the Working Group on Arbitrary Detention – Addendum: Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention*, A/HRC/16/47/Add.1, 2 March 2011, pp. 48-52, par. 36.

corpus nel corso di un conflitto armato internazionale³⁷⁹. Si può dunque concludere che, dato il differente ambito di applicazione *ratione materiae*, non sia possibile riscontrare alcuna incompatibilità fra la norma consuetudinaria in materia di *habeas corpus* e la disciplina dell'internamento di civili nei territori occupati.

3.3. Riflessioni in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso *Hassan c. Regno Unito* del 16 settembre 2014

Come già accennato, la tesi qui sostenuta in relazione all'impossibilità di risolvere il conflitto fra, da un lato, la natura preventiva dell'internamento dei civili ai sensi del diritto dell'occupazione e, dall'altro, la lista esaustiva di casi in cui la privazione della libertà può essere considerata lecita ai sensi dell'art. 5, par. 1, della Convenzione europea non trova conferma nella più recente sentenza della Corte europea dei diritti umani in materia, emessa il 16 settembre 2014 in relazione al già citato caso *Hassan c. Regno Unito*, in occasione del quale la Corte si è pronunciata esplicitamente sull'interazione fra i diritti umani e il diritto internazionale umanitario per la prima volta.

Il caso riguarda la detenzione amministrativa di un cittadino iracheno da parte del Regno Unito fra l'aprile e il maggio del 2003, nella fase finale dell'invasione (ed iniziale dell'occupazione) dell'Iraq, quando il Regno Unito deteneva già il controllo di Basrah e gli Stati Uniti controllavano Baghdad. Tarek Hassan era stato arrestato da truppe inglesi – le quali sospettavano che si trattasse di un combattente nemico o di un civile che ponesse particolari rischi di sicurezza – e detenuto a Camp Bucca, Iraq, per circa nove giorni prima del rilascio. Com'è noto, le norme di diritto internazionale umanitario rilevanti in materia sono, per quanto riguarda i prigionieri di guerra, quelle della III Convenzione di Ginevra (in particolare, l'art. 21 in materia di internamento) e, per quanto riguarda i civili che pongano particolari rischi di sicurezza per la Potenza detentrici, l'art. 42 (applicabile ai civili nemici nel territorio di una Parte in conflitto) e l'art. 78 (applicabile ai civili in territorio occupato). La posizione del Regno Unito dinanzi alla Corte è opportunamente riassunta dalla Corte stessa nei seguenti termini:

This is the first case in which a respondent State has requested the Court to disapply its obligations under Article 5 or in some other way to interpret

³⁷⁹ Si veda, ad esempio, la ricostruzione della prassi fornita dalla Corte europea dei diritti umani nel citato caso *Hassan c. Regno Unito*. ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 40 ss.

them in the light of powers of detention available to it under international humanitarian law³⁸⁰.

Secondo le argomentazioni fornite dal Regno Unito, infatti, l'art. 5 della Convenzione dovrebbe essere interpretato ed applicato conformemente al (ed in armonia con il) diritto internazionale, così che, nel corso di un conflitto armato internazionale, si tenga in debito conto il diritto internazionale umanitario, il quale, operando come *lex specialis*, potrebbe modificare o prevalere sulle disposizioni della Convenzione europea³⁸¹.

Come si avrà modo di notare nelle prossime pagine, la Corte – pur respingendo il riferimento alla *lex specialis* – giunge a constatare la non violazione dell'art. 5. Essa fonda il proprio ragionamento sul già citato art. 31, par. 3, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ai sensi del quale, nell'interpretare un trattato, l'interprete dovrà tenere altresì conto (a) di ogni accordo successivo intervenuto fra le parti o (b) di qualsiasi prassi seguita dalle parti in materia di interpretazione ed applicazione del trattato, così come (c) di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti³⁸².

In primo luogo, la Corte richiama la lett. b) del terzo paragrafo dell'art. 31, notando che, come ricavabile dalla sua precedente giurisprudenza³⁸³, la prassi successiva degli Stati parti può contribuire all'interpretazione ma anche alla modifica della Convenzione³⁸⁴. Nel caso dell'art. 5, essa ritiene che la prassi delle parti nel corso di conflitti armati internazionali sia quella di ricorrere alle detenzioni amministrative previste dalla III e dalla IV Convenzione di Ginevra senza però adottare alcuna deroga ex art. 15 della Convenzione europea: secondo la Corte, infatti, le sole deroghe all'art. 5 notificate dagli Stati sono piuttosto riconducibili a situazioni di conflitto armato interno o a minacce terroristiche³⁸⁵.

³⁸⁰ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 99.

³⁸¹ *Ivi*, par. 87.

³⁸² *Ivi*, par. 100.

³⁸³ In particolare, la Corte richiama: ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, No. 14038/88, Judgment, 7 July 1989, parr. 102-103; ECHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, No. 61498/08, Judgment, 2 March 2010, par. 120.

³⁸⁴ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 101.

³⁸⁵ A sostegno della propria tesi, la Corte richiama anche la prassi degli Stati nell'ambito del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (*ibidem*), osservando:

Similarly, although many States have interned persons pursuant to powers under the Third and Fourth Geneva Conventions in the context of international armed conflicts subsequent to ratifying the Covenant, no State

In secondo luogo, la Corte richiama la lett. c) del terzo paragrafo del suddetto articolo 31, ricordando che la Convenzione europea deve essere interpretata in armonia con le altre regole del diritto internazionale³⁸⁶. Così, basandosi sul precedente del caso *Varnava et al. c. Turchia*³⁸⁷ relativo al diritto alla vita ex art. 2³⁸⁸ e richiamando alcune note pronunce della Corte internazionale di giustizia³⁸⁹, la Corte conclude di dovere interpretare ed applicare la Convenzione conformemente al diritto internazionale umanitario. In tal senso, i giudici di Strasburgo affermano:

The lack of a formal derogation under Article 15 does not prevent the Court from taking account of the context and the provisions of international humanitarian law when interpreting and applying Article 5 in this case³⁹⁰.

La Corte europea ritiene dunque che – pur in mancanza di una deroga all’art. 5 validamente adottata ex art. 15 – la disposizione in esame debba essere interpretata ed applicata tenendo conto del contesto e delle regole di diritto internazionale umanitario pertinenti. Ad ogni modo, respingendo l’argomentazione del Regno Unito secondo la quale si sarebbe dovuto disapplicare l’art. 5 in ragione della “specialità” del diritto internazionale umanitario³⁹¹, i giudici di Strasburgo osservano che, anche in caso di conflitto armato internazionale, i diritti garantiti dalla Convenzione non possono che trovare applicazione, sebbene essi debbano essere interpretati alla luce del diritto

has explicitly derogated under Article 4 of the Covenant in respect of such detention (see paragraph 42 above), even subsequent to the advisory opinions and judgment referred to above, where the International Court of Justice made it clear that States’ obligations under the international human rights instruments to which they were parties continued to apply in situations of international armed conflict.

³⁸⁶ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 102.

³⁸⁷ ECHR (GC), *Varnava and Others v. Turkey*, Nos. 16064/90-16073/90), Judgment, 18 September 2009, par. 185.

³⁸⁸ Al par. 102 (ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit.), la Corte osserva:

The Court has already held that Article 2 of the Convention should “be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally-accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict” [...], and it considers that these observations apply equally in relation to Article 5.

³⁸⁹ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit.; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of Wall In The Occupied Palestinian Territory*, cit.

³⁹⁰ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 103.

³⁹¹ *Ivi*, par. 87.

internazionale umanitario. In tal senso, la Corte ritiene che la lista dei casi in cui sia lecito privare un individuo della propria libertà debba essere interpretata estensivamente in modo da ammettere, in caso di conflitto armato internazionale, la detenzione amministrativa di individui attuata conformemente ³⁹² alle norme di diritto internazionale umanitario in materia di internamento dei prigionieri di guerra e di civili che pongano particolari rischi per la sicurezza della Potenza detentrici:

By reason of the co-existence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty set out in subparagraphs (a) to (f) of that provision should be *accommodated*, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions³⁹³.

Vale senz'altro la pena di notare come la Corte faccia riferimento al termine inglese “*accommodation*”, traducibile in italiano tanto come ‘adattamento’ quanto come ‘compromesso’: se in tempo di pace (e di conflitto armato interno), gli Stati parti non potranno sospendere i diritti sanciti dalla Convenzione se non mediante l’adozione di una apposita deroga³⁹⁴, in tempo di conflitto armato internazionale si dovrà interpretare il testo convenzionale in modo da tenere conto delle “eccezionali” difficoltà inevitabilmente connesse ad un conflitto, giungendo ad incorporare elementi di un regime giuridico diverso (il diritto internazionale umanitario) e considerare, così, legale una categoria di detenzione che ai sensi della Convenzione legale non è.

Nell’ambito del presente lavoro di ricerca, non si può certo trascurare l’importanza della sentenza *Hassan c. Regno Unito*. Qualora si decidesse di concordare con tale orientamento della Corte, si dovrebbe infatti concludere che, in caso di conflitto armato internazionale o occupazione militare, le norme della Convenzione debbano essere

³⁹² Al par. 105 (ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit.), la Corte osserva infatti:

As with the grounds of permitted detention already set out in those subparagraphs, deprivation of liberty pursuant to powers under international humanitarian law must be “lawful” to preclude a violation of Article 5 § 1. This means that the detention must comply with the rules of international humanitarian law and, most importantly, that it should be in keeping with the fundamental purpose of Article 5 § 1, which is to protect the individual from arbitrariness.

³⁹³ *Ivi*, par. 104 [corsivo aggiunto].

³⁹⁴ *Ibidem*.

interpretate alla luce del diritto internazionale umanitario, anche laddove ciò non sia in alcun modo desumibile dalla norma e finisca per comportare una restrizione della tutela normalmente garantita dai trattati sui diritti umani³⁹⁵. Ad avviso di chi scrive – ed in linea con quanto osservato dal giudice Spano nella opinione dissenziente sostenuta anche dai giudici Nicolaou, Bianku e Kalaydjieva – la sentenza della Corte si presta ad alcune osservazioni critiche, in particolare relativamente all'utilizzo dello strumento interpretativo della prassi successiva e delle altre regole pertinenti di diritto internazionale *ex art. 31, par. 3, lett. b) e lett. c) della Convenzione di Vienna*.

Vale innanzitutto la pena di notare come la Corte individui la prassi successiva degli Stati nell'interpretazione ed applicazione dell'art. 5 della Convenzione nella mancata adozione di deroghe all'articolo in esame in caso di coinvolgimento degli Stati parti in conflitti armati internazionali. In questo caso, tuttavia, alla luce di quanto già osservato nel terzo capitolo del presente lavoro di ricerca a proposito dell'ambito di applicazione *ratione loci* della Convenzione europea, è ragionevole ritenere che la mancata adozione delle deroghe si basi su di una specifica premessa, vale a dire sulla contestazione dell'applicabilità extraterritoriale delle norme convenzionali³⁹⁶: l'adozione di una deroga ad uno degli articoli della Convenzione in una determinata situazione non può che fondarsi, infatti, sull'accettazione dell'applicabilità di tale articolo nella suddetta situazione. Tale conclusione sembra trovare conferma nelle argomentazioni presentate dal Regno Unito, il quale si è difeso, in via principale, contestando che gli eventi oggetto del ricorso fossero avvenuti sotto la sua giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione e, soltanto in via secondaria, chiedendo alla Corte di interpretare ed applicare l'art. 5 conformemente al (ed in armonia con il) diritto internazionale³⁹⁷. La stessa Corte europea, d'altronde, sembra avere seguito tale ragionamento nel caso *Banković*, in cui essa ha ritenuto che dall'assenza di deroghe dovesse desumersi la volontà delle parti di non applicare la convenzione extraterritorialmente³⁹⁸. Ad avviso di chi scrive, dunque, la prassi individuata dalla Corte a sostegno della propria tesi non permette di giungere alla conclusione che gli Stati ritengano legali ai sensi della Convenzione le detenzioni amministrative di natura preventiva ammesse dal diritto

³⁹⁵ Si finirebbe, insomma, per applicare il principio della *lex specialis* nella sua accezione di strumento di soluzione delle antinomie. *Supra*, cap. 3, par. 3.

³⁹⁶ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), par. 7-9, 12.

³⁹⁷ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 87.

³⁹⁸ Al par. 62, la Corte ha infatti osservato che “*Article 15 itself is to be read subject to the “jurisdiction” limitation enumerated in Article 1 of the Convention*”. ECHR, *Banković et al. v. Belgium et al.* (GC), cit., par. 62.

internazionale umanitario; ciò che l'assenza di deroghe, invece, può dimostrare è che alcuni Stati continuano ad opporsi all'applicazione extraterritoriale della Convenzione in determinate situazioni. D'altronde, come notato dal Relatore speciale della Commissione di diritto internazionale, Georg Nolte, nel suo primo rapporto sul tema degli accordi e della prassi successiva in relazione all'interpretazione dei trattati³⁹⁹, nell'applicare lo strumento interpretativo della prassi successiva *ex art. 31, par.3, lett. b)* della Convenzione di Vienna, occorre senz'altro chiedersi se, mediante tale prassi successiva, le Parti abbiano inteso prendere posizione in relazione all'interpretazione del trattato o non siano invece mosse da altre considerazioni⁴⁰⁰. Nel caso in esame, si ritiene ragionevole supporre che la motivazione delle Parti sia quella di contestare l'applicazione extraterritoriale della Convenzione piuttosto che quella di negare che una deroga all'art. 5 sia necessaria in caso di detenzioni amministrative nel corso di conflitti armati internazionali⁴⁰¹.

Seppure si volesse riconoscere il valore attribuito dalla Corte alla suddetta prassi, occorrerebbe comunque chiedersi se, ai sensi del diritto dei trattati, la prassi successiva possa essere utilizzata solo a fini interpretativi o se essa possa altresì indicare una valida modifica del testo convenzionale. In via generale, è difficile trovare una risposta a tale quesito, dovendosi limitare a riscontrare che, da un lato, gli accordi e la prassi successivi sono utilizzabili principalmente al fine di chiarire il significato di un trattato e, dall'altro, la possibilità che essi ne modifichino il testo non è, ad oggi, generalmente riconosciuta. In tal senso, nell'ambito dei lavori della Commissione di diritto internazionale sugli accordi e la prassi successivi in relazione all'interpretazione dei trattati, la conclusione provvisoria n. 7 su "*Possible effects of subsequent agreements and subsequent practice in interpretation*" adottata dal *drafting committee* della Commissione afferma:

³⁹⁹ Dal 2008, infatti, il tema dei trattati nel tempo e, in particolare, del ruolo degli accordi successivi e della prassi successiva nell'interpretazione dei trattati è allo studio della Commissione di diritto internazionale. Si veda: UN General Assembly, *Resolution 63/123 on the Report of the International Law Commission on the work of its sixtieth session (adopted by the General Assembly on 11 December 2008)*, A/RES/63/123, 15 January 2009, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/478/17/PDF/N0847817.pdf?OpenElement.

⁴⁰⁰ G. NOLTE, *Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, International Law Commission, 66th session, A/CN.4/671, 26 March 2014, par. 19.

⁴⁰¹ Occorre fra l'altro notare che, fra le argomentazioni presentate dal Regno Unito nel caso *Hassan*, la prassi successiva non è stata invocata al fine di provare una modifica del testo dell'art. 5 della Convenzione europea ma, piuttosto, al solo scopo di dimostrare che le norme di diritto internazionale umanitario in materia di detenzione dei prigionieri di guerra o di civili che pongano particolari rischi di sicurezza prevarrebbero sulla disposizione in esame in quanto *lex specialis*. ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit., par. 90.

1. Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, contribute, in their interaction with other means of interpretation, to the *clarification of the meaning of a treaty*. This may result in narrowing, widening, or otherwise determining the range of possible interpretations, including any scope for the exercise of discretion which the treaty accords to the parties.

[...]

3. It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement subsequently arrived at or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it. *The possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized*⁴⁰².

Per quanto riguarda, specificamente, la Convenzione europea dei diritti umani, è già stato osservato come la Corte europea abbia spesso fatto riferimento alla prassi degli Stati parti al fine di riscontrare una modifica del testo convenzionale in chiave evolutiva. Così, tanto nel caso *Soering* quanto in quello *Al-Sadoon*:

The Court has confirmed that uniform, or largely uniform national legislation, and even domestic administrative practice, can in principle constitute relevant subsequent practice and *may have effects which can go even beyond that of being merely a means of interpretation* according to article 31 (3) (b) of the Vienna Convention⁴⁰³.

Tuttavia, se è vero che l'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna è stato a volte utilizzato dalla Corte in casi di estrema importanza per la tutela dei diritti umani⁴⁰⁴, è anche vero che, da un lato, la Corte è sempre stata molto cauta nell'utilizzo di tale strumento interpretativo, accertando una modifica del testo convenzionale

⁴⁰² International Law Commission, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties – Texts and titles of draft conclusions 6 to 10 provisionally adopted by the Drafting Committee on 27 and 28 May and on 2 and 3 June 2014*, A/CN.4/L.833, 3 June 2014, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/040/66/PDF/G1404066.pdf?OpenElement [corsivo aggiunto].

⁴⁰³ G. NOLTE, *First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, International Law Commission, 66th session, A/CN.4/660, 19 March 2013, par. 37 [corsivo aggiunto].

⁴⁰⁴ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), par. 13.

soltanto in presenza di una prassi uniforme, estesa e coerente di tutte le parti⁴⁰⁵, e, dall'altro lato, si è sempre trattato di casi in cui l'applicazione di tale metodo ha portato ad una espansione della tutela dei diritti umani⁴⁰⁶. I giudici di Strasburgo non hanno infatti mancato di sottolineare, in più di un'occasione, il carattere peculiare della Convenzione europea, la quale, in ragione del suo oggetto e del suo scopo di tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁴⁰⁷, impone obblighi cc.dd. "oggettivi", vale a dire obblighi che vanno ben oltre gli impegni reciproci delle parti⁴⁰⁸. In tal senso, nel caso *Soering*, la Corte europea ha osservato:

In interpreting the Convention regard must be had to its *special character* as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms [...]. In addition, *any interpretation* of the rights and freedoms guaranteed has to be *consistent with "the general spirit* of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society"⁴⁰⁹.

Così, nella giurisprudenza della Corte, la prassi successiva è finora stata utilizzata al fine di giustificare una estensione della tutela dei diritti umani, in linea – ad avviso di scrive – con l'oggetto e lo scopo della Convenzione europea. Lo stesso, tuttavia, non si può dire in relazione alla sentenza *Hassan c. Regno Unito*. Nel caso in esame, infatti, non solo è dubbio che la prassi citata dalla Corte a sostegno della propria tesi presenti le suddette caratteristiche di uniformità, estensione e coerenza⁴¹⁰, ma è anche evidente che il risultato è quello di portare ad una restrizione dei diritti umani ammettendo un'eccezione al divieto di privazione della libertà personale non prevista dalla lista

⁴⁰⁵ Nel caso *Soering*, ad esempio, la Corte fa espresso riferimento alla "generalised abolition of capital punishment". ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, cit., par. 103 [corsivo aggiunto]. Nel caso *Al-Saadoon*, poi, la Corte riconosce che la prassi degli Stati ha modificato l'art. 2 della Convenzione, ma giunge a questa conclusione anche alla luce della constatazione che tutti gli Stati parti, eccetto due, avevano firmato il Protocollo n. 13. ECHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, cit., par. 120.

⁴⁰⁶ ECHR (GC), *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion*, par. 13.

⁴⁰⁷ ECHR, *Artico v. Italy*, No. 6694/74, Judgment, 13 May 1980, p. 16, par. 33; ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, cit., par. 87.

⁴⁰⁸ A. ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law* 14, 3 (2003), pp. 529-568, p. 536.

⁴⁰⁹ ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, cit., par. 87 [corsivo aggiunto].

⁴¹⁰ Come osservato dal giudice Spano, poi, il riferimento alla prassi degli Stati nell'ambito del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici non ha alcun fondamento: l'art. 9, par. 1, del Patto, infatti, si limita a vietare ogni privazione arbitraria della libertà, lasciando all'interprete ampia discrezionalità nello stabilire cosa si debba intendere per "arbitraria" nei casi concreti. ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), par. 14.

esaustiva enunciata dall'art. 5, par. 1, della Convenzione⁴¹¹. In ultima analisi, in ragione della natura peculiare della Convenzione europea quale trattato sui diritti umani e dell'approccio finora adottato nella giurisprudenza della stessa Corte europea, non si può che criticare l'approccio della Corte nella misura in cui utilizza la prassi successiva degli Stati al fine di constatare una modifica al testo convenzionale in senso restrittivo dei diritti.

Sarà adesso opportuno soffermarsi sulla seconda argomentazione addotta dalla Corte a fondamento della propria tesi, vale a dire la necessità di interpretare la Convenzione europea alla luce delle altre regole pertinenti di diritto internazionale così come previsto dall'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Come osservato nel terzo capitolo del presente lavoro di ricerca, in via generale tale disposizione permetterebbe di interpretare una norma internazionale alla luce di un'altra norma internazionale pertinente risolvendo così l'eventuale conflitto in via interpretativa. Ad avviso di chi scrive, pur riconoscendo la validità di tale approccio in determinate circostanze, non si può che condannarne l'utilizzo nel caso in esame: come si è già avuto modo di osservare, infatti, l'interpretazione delle norme convenzionali quale metodo di risoluzione dei conflitti arriva soltanto fino ad un certo punto, dovendosi escludere la possibilità di interpretazioni *contra legem*⁴¹². Nel caso citato dalla Corte europea a sostegno della propria tesi, *Varnava et al. c. Turchia*⁴¹³, l'utilità e l'opportunità di ricorrere a tale metodo interpretativo erano indubbe poiché, com'è noto, il caso atteneva agli obblighi positivi di protezione del diritto alla vita imposti agli Stati parti dall'art. 2 della Convenzione, obblighi sufficientemente flessibili da permettere all'interprete di tenere conto del diritto internazionale umanitario. Non è questo il caso, *ça va sans dire*, dell'art. 5 della Convenzione europea, il cui primo paragrafo contiene una lista esaustiva di casi in cui la privazione della libertà può essere considerata legale⁴¹⁴: è dunque evidente come, contrariamente a quanto precedentemente osservato a proposito del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, la formulazione del primo paragrafo dell'art. 5 non risulti sufficientemente vaga da permettere all'interprete di tenere conto, seppure in caso di conflitto armato internazionale, di altre regole di diritto internazionale. In tal senso, è opportuno

⁴¹¹ *Ivi*, par. 14.

⁴¹² J. PAUWELYN, cit., p. 245.

⁴¹³ ECHR (GC), *Varnava and Others v. Turkey*, cit.

⁴¹⁴ Come affermato a più riprese dalla stessa Corte europea, tali casi devono essere interpretati restrittivamente. ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), par. 16.

ricordare, come osservato da A. Orakhelashvili: “‘*Relevant rules*’ may not, generally speaking, override or limit the scope or effect of a provision for whose clarification they are referred”⁴¹⁵.

In ultima analisi, non si può che constatare come il conflitto fra l’art. 5, par. 1, della Convenzione europea e le norme di diritto internazionale umanitario in materia di detenzione amministrativa non sia risolvibile, poiché, da un lato, il testo della disposizione in esame non consente un’interpretazione estensiva e, dall’altro, nulla nelle disposizioni in esame permette di stabilire quale norma debba prevalere sull’altra ed escludere, così, l’insorgere della responsabilità internazionale dello Stato per la violazione dell’art. 5, par. 1, della Convenzione europea⁴¹⁶. Non si ritiene, dunque, di potere concordare con la Corte laddove sceglie di interpretare l’art. 5, par. 1, alla luce del diritto internazionale umanitario, adattando così la lista esaustiva di privazioni della libertà ammesse nel sistema della Convenzione alle detenzioni amministrative attuate conformemente al diritto internazionale umanitario: non solo si tratterebbe di una scelta lesiva dei diritti umani, ma si finirebbe per utilizzare un metodo di risoluzione dei conflitti fra norme che M. Milanović, già qualche anno fa, definiva “*forced avoidance*” (o, addirittura, “*judicial vandalism*”) e descriveva come il caso in cui una Corte, posta di fronte all’impossibilità di risolvere un conflitto in ragione della formulazione di una o di entrambe le disposizioni in conflitto, finisca, di fatto, per riscrivere tali disposizioni⁴¹⁷. Come osservato dal giudice Spano nella citata opinione dissenziente:

In conclusion, on the facts of this case, the powers of internment under the Third and Fourth Geneva Conventions [...] are in direct conflict with Article 5 § 1 of the Convention. The Court does not have *any legitimate tools* at its disposal, as a court of law, to remedy this clash of norms⁴¹⁸.

Se il ruolo della Corte europea dei diritti umani è quello di assicurare il rispetto degli impegni derivanti agli Stati parti dalla Convenzione europea e dai suoi Protocolli⁴¹⁹, è ragionevole aspettarsi che, di fronte ad un conflitto non risolvibile (come quello in materia di diritto alla libertà personale), essa si limiti a constatare la violazione della

⁴¹⁵ A. ORAKHELASHVILI, cit., p. 537.

⁴¹⁶ J. PAUWELYN, cit., pp. 418-419.

⁴¹⁷ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 110.

⁴¹⁸ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), par. 19.

⁴¹⁹ Art. 19 della Convenzione europea.

norma convenzionale⁴²⁰, salvo che lo Stato parte interessato non abbia adottato una deroga conformemente all'art. 15 della Convenzione. Si ritiene, dunque, di concordare con il giudice Spano laddove osserva come la Corte europea sembri avere tentato di riconciliare norme fra loro inconciliabili, giungendo ad un risultato contrario sia al testo, all'oggetto e allo scopo dell'art. 5, par. 1, della Convenzione europea così come precedentemente interpretato dalla Corte stessa sia al sistema delle deroghe previsto dall'art. 15⁴²¹. In tal senso:

By attempting to reconcile the irreconcilable, the majority's finding today does not, with respect, reflect an accurate understanding of the scope and substance of the fundamental right to liberty under the Convention, as reflected in its purpose and its historical origins in the atrocities of the international armed conflicts of the Second World War⁴²².

4. Conclusioni

Alla luce dell'analisi svolta nel presente capitolo, non si può che constatare la presenza di alcune antinomie nel confronto fra le norme del diritto internazionale umanitario in materia di internamento in territori occupati e quelle dei diritti umani poste a tutela del diritto alla libertà personale. In particolare, si è osservato come l'internamento di civili in territorio occupato, seppure ammesso dal diritto internazionale umanitario, risulti incompatibile con le norme dei diritti umani in ragione della sua natura preventiva e di alcuni aspetti della procedura di appello e revisione fra i quali, ad esempio, l'utilizzo di prove secretate. Vale forse la pena di ricordare che, nel terzo capitolo del presente lavoro di ricerca, il conflitto fra norme è stato definito come il caso in cui una norma costituisca, abbia portato, porti o possa portare alla violazione

⁴²⁰ Dello stesso avviso, il giudice Spano: ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), par. 19.

⁴²¹ In tal senso, al par. 6 (ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC) [corsivo aggiunto]) si legge:

The majority's resolution of this case constitutes [...] an attempt to *reconcile* norms of international law that are *irreconcilable* on the facts of this case. As the Court's judgment *does not conform with the text, object or purpose of Article 5 § 1 of the Convention*, as this provision has been consistently interpreted by this Court for decades, *and the structural mechanism of derogation in times of war provided by Article 15*, I respectfully dissent from the majority's finding that there has been no violation of Tarek Hassan's fundamental right to liberty.

⁴²² *Ivi*, par. 19.

di un'altra norma⁴²³. Nel caso in esame, i conflitti evidenziati rientrano senz'altro nella categoria dei cc.dd. conflitti potenziali: tanto l'art. 5 della Convenzione europea quanto l'art. 9 del Patto delle Nazioni Unite considerano, infatti, illegali delle situazioni che, invece, il diritto dell'occupazione ammette⁴²⁴, così che, qualora gli Stati decidessero di applicare soltanto gli standard (in un certo senso) minimi di tutela delineati dal secondo, essi si troverebbero a violare i primi⁴²⁵.

Ci si è dunque interrogati sulla modalità di riconciliare, laddove possibile, tali antinomie, soffermandosi, in primo luogo, sul conflitto fra la natura preventiva dell'internamento e le norme dei diritti umani in materia di diritto alla libertà personale e, in secondo luogo, su quello fra l'*habeas corpus* e alcuni aspetti della procedura di appello e revisione prevista dalle norme del diritto dell'occupazione. Si è così giunti a dimostrare come, nell'ambito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le antinomie emerse dal confronto fra l'art. 5 della Convenzione e la disciplina dell'internamento nei territori occupati possano essere risolte soltanto mediante misure di deroga adottate dagli Stati parti conformemente all'art. 15. Nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici, invece, se il conflitto fra la natura preventiva dell'internamento e il divieto di privazione arbitraria della libertà può essere risolto in via interpretativa, quello fra l'*habeas corpus* e determinati elementi della procedura di appello dell'internamento prevista dal diritto dell'occupazione appare inconciliabile.

Naturalmente, si è osservato come tali conclusioni riguardino soltanto il caso dell'incompatibilità fra norme convenzionali: le antinomie rilevate risultano infatti dal confronto fra, da una parte, l'art. 9 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti umani e, dall'altra, l'art. 78 della IV Convenzione di Ginevra. Non ci si può però esimere dal ricordare come tanto il divieto di privazione arbitraria della libertà quanto il diritto di contestare la legalità di ogni misura di detenzione (*habeas corpus*) siano ormai parte del diritto consuetudinario. Ci si è dunque interrogati sull'eventuale incompatibilità tra la disciplina convenzionale dell'internamento di civili nei territori occupati e le norme consuetudinarie rilevanti. Ad avviso di chi scrive, il conflitto fra la norma consuetudinaria che vieta ogni privazione arbitraria della libertà e la disciplina dell'internamento di civili nei territori occupati

⁴²³ J. PAUWELYN, cit., pp. 175-176.

⁴²⁴ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 122.

⁴²⁵ Si vedano, fra gli altri: *ibidem*; A.E. CASSIMATIS, cit., p. 633.

delineata dal diritto dell'occupazione può ragionevolmente essere risolto in via interpretativa: analogamente a quanto osservato a proposito del primo paragrafo dell'art. 9 del Patto, infatti, il termine "arbitraria" appare sufficientemente vago da permettere all'interprete di tenere conto delle norme del diritto internazionale umanitario. Per quanto riguarda, invece, la norma consuetudinaria che prevede il diritto di ogni individuo arrestato e/o detenuto di contestare la legalità della propria detenzione, si è notato come essa sembri essere, ad oggi, limitata al tempo di pace o di conflitto armato interno, così che, dato il differente ambito di applicazione *ratione materiae*, non sia possibile riscontrare alcuna incompatibilità fra la norma consuetudinaria in materia di *habeas corpus* e la disciplina dell'internamento di civili nei territori occupati.

Si è infine ritenuto opportuno notare come la tesi qui sostenuta in relazione alla soluzione del conflitto fra la disciplina dell'internamento prevista dal diritto internazionale umanitario e le norme della Convenzione europea in materia di diritto alla libertà personale non trovi conferma nella recente sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso *Hassan c. Regno Unito*⁴²⁶, in occasione della quale la Corte si è pronunciata esplicitamente sull'interazione fra diritti umani e diritto internazionale umanitario per la prima volta. Fondando il proprio ragionamento sull'art. 31, par. 3, lett. b) e lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la Corte ha infatti affermato che – pur in mancanza di una deroga all'art. 5 validamente adottata ex art. 15 – la disposizione in esame debba essere interpretata ed applicata tenendo conto del contesto e delle regole di diritto internazionale umanitario pertinenti. Così, i giudici di Strasburgo hanno concluso che la lista dei casi in cui sia lecito privare un individuo della libertà ex art. 5, par. 1, debba essere interpretata estensivamente in modo da ammettere, in caso di conflitto armato internazionale, la detenzione amministrativa di individui attuata conformemente alla norme di diritto internazionale umanitario in materia di internamento dei prigionieri di guerra e di civili che pongano particolari rischi per la sicurezza della Potenza detentrica. In linea con quanto osservato da giudice Spano nella sua opinione dissenziente, si ritiene di non potere concordare con la tesi sostenuta dalla Corte: se, da un lato, infatti, l'utilizzo della prassi successiva degli Stati ex lett. b) al fine di constatare una modifica del testo convenzionale non appare convincente, dall'altro lato, la formulazione del primo paragrafo dell'art. 5 non risulta sufficientemente vaga da permettere all'interprete di tenere conto, seppure in caso di

⁴²⁶ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom* (GC), cit.

conflitto armato internazionale, di altre regole di diritto internazionale. Si è quindi giunti a rilevare come, nel caso in esame, la Corte europea sembri avere tentato di riconciliare norme fra loro inconciliabili, giungendo ad un risultato contrario sia al testo, all'oggetto e allo scopo dell'art. 5, par. 1, della Convenzione europea così come precedentemente interpretato dalla Corte stessa sia al sistema delle deroghe previsto dall'art. 15⁴²⁷.

⁴²⁷ ECHR, *Hassan v. The United Kingdom – Separate opinion* (GC), cit., par. 6 [corsivo aggiunto].

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

“The very concept of occupation, with its implicit assertion that external military control is temporary, is a triumph of legal thinking”¹.

Come gli avvenimenti degli ultimi tempi indubbiamente dimostrano, la complessità delle occupazioni contemporanee non può che sollevare interessanti quesiti, soprattutto in relazione alla protezione della popolazione civile nei territori occupati. Già negli anni Cinquanta del secolo scorso, autorevole dottrina rilevava la peculiare evoluzione subita, nel corso dei secoli precedenti, dal diritto dell’occupazione:

In regard to occupation, International Law respecting warfare has progressed more than in any other department. In former times, enemy territory occupied by a belligerent was in every point considered his State property, so that he could do what he liked with it and its inhabitants. He could devastate the country with fire and sword, appropriate all public and private property therein, and kill the inhabitants, or take them away into captivity, or make them take an oath of allegiance².

In effetti, come si è avuto modo di osservare nel presente lavoro di ricerca, l’odierno concetto di occupazione militare si distanzia notevolmente dall’originario schema dell’*occupatio bellica* quale strumento di conquista. È infatti ormai generalmente riconosciuto il principio secondo il quale l’occupazione non comporta l’estinzione dello Stato occupato e non produce alcun trasferimento di sovranità sul territorio occupato; se è vero che l’occupazione è “*as necessary an ingredient of armed conflict as is fighting*”³, è anche vero che si tratta di un fenomeno di natura transitoria. Tale peculiarità del regime dell’occupazione determina, evidentemente, una serie di interessanti conseguenze tanto in merito alla condizione giuridica del territorio occupato quanto in relazione alla condizione della popolazione civile di tale territorio: sebbene

¹ A. ROBERTS, *Prolonged Military Occupation: the Israeli-occupied territories since 1967*, cit., p. 45.

² L. OPPENHEIM, cit., p. 432.

³ M. BOTHE, “*Effective control*”: *A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation*, cit., p. 36.

dal “*pur fait*”⁴ dell’occupazione discenda in capo alla Potenza occupante la facoltà di agire come autorità territoriale rispetto alle persone e ai beni ivi situati, le norme di diritto internazionale umanitario rilevanti (il c.d. diritto dell’occupazione) pongono dei limiti all’azione dell’occupante allo scopo di assicurare che quest’ultimo mantenga lo *status quo ante* (astenedosi dal modificare le leggi in vigore salvo “*empêchement absolu*”) e al fine di proteggere la popolazione civile nei territori occupati.

Non ci si può però esimere dal notare come tale *corpus* di norme si riveli, il più delle volte, inadeguato a garantire una effettiva tutela della popolazione civile. In effetti, come osservato da parte della dottrina:

One can only be struck by the gap existing between the high degree of elaboration of IHL norms and the high degree of their formal acceptance by the community of states on the one hand and their actual disrespect in the field on the other hand⁵.

La principale ragione di tale discrepanza risiede, senza dubbio, nell’assenza di meccanismi che possano adeguatamente garantire l’osservanza del diritto dell’occupazione⁶. Il sistema delineato dalla IV Convenzione di Ginevra e dal primo Protocollo addizionale si fonda, infatti, principalmente sulla possibilità di ricorso alle Potenze protettrici⁷, vale a dire a “Stati neutrali o comunque non partecipanti al conflitto armato, incaricati di curare gli interessi dei belligeranti”⁸. In linea di principio, nei casi di occupazione militare, l’istituto delle Potenze protettrici può senz’altro sembrare promettente: non solo la Potenza protettrice dovrebbe operare da mediatore fra Stato occupante e Stato occupato, ma essa potrebbe anche essere direttamente interpellata dalla popolazione civile di tale territorio *ex art. 30* della IV Convenzione di Ginevra⁹. A discapito delle apparenze, tuttavia, il meccanismo delle Potenze protettrici si è rivelato di scarsa utilità (e, in effetti, non ha trovato quasi mai attuazione) a causa della stessa procedura di designazione di tali Potenze; infatti, “l’istituto della Potenza protettrice è il risultato di un accordo triangolare” fra un belligerante che designi “uno Stato neutrale (o non partecipante al conflitto armato)”, il belligerante nemico che

⁴ P. FAUCHILLE, cit., p. 215

⁵ T. FERRARO, *Enforcement of Occupation Law in Domestic Courts*, cit., p. 332.

⁶ A ciò si ricollega il citato deficit di *capacité d’exercice* dell’individuo. *Supra*, cap. 3, par. 1.

⁷ In particolare, artt. 9 e 11 della IV Convenzione di Ginevra e art. 5 del primo Protocollo addizionale.

⁸ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 201 ss.

⁹ E. BENVENISTI, cit., p. 204.

accetti “lo Stato neutrale come Potenza protettrice” e, naturalmente, “lo Stato neutrale disposto ad assolvere la funzione di Potenza protettrice”¹⁰. Considerate le prevedibili difficoltà di funzionamento di tale procedimento di designazione “squisitamente consensuale”¹¹, non può certo stupire l’assenza di una prassi significativa in materia di Potenze protettrici¹², sebbene con l’adozione del primo Protocollo addizionale si sia cercato di facilitarne la procedura di designazione¹³. Altrettanto deludente si è rivelata, poi, la Commissione internazionale d’accertamento dei fatti creata *ex art.* 90 del primo Protocollo addizionale: la Commissione – organo di individui il cui compito è quello di accertare “l’esistenza di eventuali infrazioni gravi alla Convenzione ed al Protocollo” e presentare alle Parti in conflitto un rapporto con le raccomandazioni del caso – non ha infatti competenza obbligatoria, potendo espletare le proprie funzioni esclusivamente “nei confronti degli Stati che ne abbiano accettato la competenza mediante una dichiarazione *ad hoc*”¹⁴. Ad oggi, tale meccanismo non è mai stato attivato e la funzione di accertamento di eventuali violazioni è stata svolta, piuttosto, su iniziativa delle Nazioni Unite o dei tribunali penali internazionali *ad hoc*¹⁵.

Alla luce della evidente inadeguatezza dei citati meccanismi di garanzia del diritto internazionale umanitario¹⁶, rimane da chiedersi se l’osservanza delle norme del diritto

¹⁰ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., pp. 201-202.

¹¹ *Ivi*, p. 202

¹² Nelle parole di N. Ronzitti (*ivi*, p. 203):

Come ricorda il Manuale del Regno Unito, il meccanismo delle Potenze Protettrici ha trovato applicazione nei “conflitti da manuale”, quale quello delle Falkland-Malvinas (la Svizzera ha agito come Potenza Protettrice per il Regno Unito e il Brasile per l’Argentina). Nei conflitti successivi non è da segnalare l’applicazione del meccanismo.

¹³ *Ivi*, p. 202; E. BENVENISTI, cit., p. 206 ss.

¹⁴ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 236.

¹⁵ *Ibidem*. Senz’altro più incisivo sembra essere il ruolo del Comitato internazionale della Croce Rossa, istituito nel 1863 allo scopo di assistere e proteggere le vittime dei conflitti armati (interni e internazionali), sebbene il meccanismo di “sostituzione” delle Potenze protettrici previsto dal primo Protocollo addizionale si sia rivelato tutt’altro che risolutivo: l’art. 5 del primo Protocollo addizionale prevede infatti che, qualora una Potenza protettrice non sia stata designata dalla Parti in conflitto, queste ultime accettino senza indugio l’offerta eventualmente fatta dal Comitato internazionale della Croce Rossa; la portata di tale previsione è però limitata dal fatto che, da un lato, lo stesso Comitato ha deciso di non assumere il ruolo di sostituto *ex art.* 5 del Protocollo a meno che non ottenga il consenso di tutte le Parti in conflitto e, dall’altro, la stessa disposizione prevede che l’esercizio delle funzioni di tale sostituto – sia esso il Comitato internazionale della Croce Rossa o, come ammesso dallo stesso art. 5, un’altra organizzazione che offra tutte le garanzie di imparzialità ed efficacia – sia subordinato al consenso delle Parti. Su tale aspetto, si rimanda a: E. BENVENISTI, cit., p. 206.

¹⁶ Ad oggi, la garanzia del diritto internazionale umanitario forse più efficace consiste nell’obbligo posto in capo ai belligeranti (e, dunque, anche alle Potenze occupanti) di adottare una legislazione penale in materia di infrazioni gravi delle Convenzioni e del Protocollo e nell’introduzione del principio della giurisdizione penale universale. *Supra*, cap. 3, par. 1.

dell'occupazione possa essere invece assicurata dall'operato di istanze giurisdizionali. Le corti dello Stato occupato continuano, infatti, ad avere giurisdizione sui casi civili e penali relativi all'ordinamento nazionale (art. 64 della IV Convenzione di Ginevra)¹⁷; almeno in linea di principio, esse potrebbero altresì decidere di pronunciarsi sulla conformità dell'operato dell'occupante al diritto dell'occupazione. La prassi, però, mostra come le corti interne si siano generalmente mostrate restie ad applicare il diritto internazionale umanitario nel perdurare dell'occupazione, limitandosi (peraltro solo in alcuni casi) ad una revisione *ex post* degli atti dell'occupante al termine dell'occupazione¹⁸. In tal senso, come osservato da Benvenisti:

The nearly consistent attitude of courts under occupation reflects the local judges' concern that the occupant will retaliate against unfavourable court decisions by restricting the court's jurisdiction or by replacing the judges, thus depriving the local population of an indigenous judiciary sympathetic to their interests. [...] Therefore, *the courts of the occupied territory cannot be relied upon as a potential watchdog* for reviewing the legality of the occupant's conduct¹⁹.

È anche possibile, però, che a valutare la legalità degli atti dell'occupante siano le corti di Stati terzi, rifiutandosi, ad esempio, di riconoscere titoli di proprietà ottenuti mediante misure di occupazione non conformi al diritto internazionale²⁰. Ad ogni modo, anche in questo caso, non si può che rilevare una certa esitazione da parte dei giudici di Stati terzi²¹, i quali si sono generalmente pronunciati sulla validità degli atti

Occorre però rilevare come tale meccanismo di garanzia non possa, per sua stessa natura, tenere conto del profilo della responsabilità degli Stati e come, d'altronde, molte delle norme del diritto dell'occupazione non siano incluse nell'elenco delle infrazioni gravi della IV Convenzione di Ginevra (art. 147). N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 207; T. FERRARO, *Enforcement of Occupation Law in Domestic Courts*, cit., p. 335 ss.

¹⁷ *Supra*, cap. 2, par. 1.2.1.

¹⁸ E. BENVENISTI, cit., p. 192 ss. L'autore cita, fra gli altri, il caso della Norvegia durante l'occupazione nazista: dopo essersi opposti, senza successo, all'adozione di un decreto volto a facilitare la nazificazione delle corti norvegesi eccependone l'illegalità, tutti i membri della Corte Suprema norvegese decisero di dimettersi poiché, date le circostanze, non sentivano di potere assolvere al proprio compito di revisione delle misure di occupazione. Essi furono quindi sostituiti da nuovi giudici (nominati dall'autorità occupante) i quali non tardarono a dichiararsi incompetenti a pronunciarsi sulla legalità degli atti dell'occupante. In seguito alla liberazione della Norvegia, la Corte venne sciolta e i membri nominati dalle truppe d'occupazione furono condannati per tradimento.

¹⁹ *Ivi*, p. 197 [corsivo aggiunto].

²⁰ *Ivi*, p. 199; F. MORGENSTEN, cit., p. 316 ss.

²¹ In tal senso, Ferraro (T. FERRARO, *Enforcement of Occupation Law in Domestic Courts*, cit., p. 354) osserva:

dell'occupante soltanto al termine dell'occupazione, riducendo così di molto la portata di simili pronunce²².

Occorre infine considerare la possibilità che siano le corti della stessa Potenza occupante – sia quelle militari istituite nel territorio occupato²³ sia le corti amministrative situate nel territorio dell'occupante – a pronunciarsi sull'osservanza delle norme del diritto dell'occupazione da parte del governo o degli organi statali. Anche in questo caso, però, dall'analisi della prassi emerge, forse comprensibilmente, la tendenza di tali corti ad astenersi dall'applicare il diritto internazionale umanitario in relazione ad atti del proprio governo²⁴. L'unica eccezione degna di nota sembrerebbe essere quella della Corte Suprema israeliana in quanto '*High Court of Justice*', competente a pronunciarsi su qualsiasi atto amministrativo²⁵ e, quindi, anche sugli atti dell'esercito israeliano (IDF) nei Territori palestinesi occupati, rispetto ai quali è solita applicare tanto il diritto amministrativo israeliano quanto le norme del Regolamento dell'Aja e della IV Convenzione di Ginevra²⁶. È tuttavia opportuno ricordare che, come già accennato nel presente lavoro di ricerca²⁷, l'ordinamento israeliano segue un "modello" di adattamento al diritto internazionale simile a quello adottato dal Regno Unito, in base al quale, contrariamente alle norme di diritto internazionale generale – le quali sono considerate parte integrante del diritto interno e, di conseguenza, direttamente invocabili dinanzi alle Corti israeliane –, le norme internazionali pattizie

The practice reveals a certain reluctance or—at least—caution by third states' courts to adjudicate cases applying occupation law and review of the occupant's measures. Fear of political or economic backlashes and concerns about encroachment upon its own state's executive jurisdiction have dissuaded these domestic courts from frequently handling cases related to the law of occupation.

²² E. BENVENISTI, cit., p. 199 ss.

²³ *Ibidem*; *Contra*, T. Ferraro (T. FERRARO, *Enforcement of Occupation Law in Domestic Courts*, cit., p. 352 ss.), secondo il quale, relativamente alle corti dell'occupante in territorio occupato:

Any entitlement to review the legality of the occupying power's orders would go beyond what was intended by the drafters of this instrument. [...] By referring specifically to the penal provisions issued by the occupant [Article 66 of the IV Geneva Convention], first and foremost, clearly restricts the military tribunals' jurisdiction *rationae materiae* to the field of penal measures, and places the occupant's orders that are merely aimed at the day to day administration of the occupied territory and are not vested with a penal dimension out of its reach.

²⁴ E. BENVENISTI, p. 199.

²⁵ Sul fondamento di tale competenza nel diritto interno israeliano, si rimanda a: D. KRETZMER, *The law of belligerent occupation in the Supreme Court of Israel*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 207-236, p. 209.

²⁶ *Ivi*, p. 210.

²⁷ *Supra*, cap. 2, par. 2.4.

non possono essere invocate a meno che esse non siano state recepite mediante un atto interno. Ebbene, la Corte Suprema israeliana ha riconosciuto la corrispondenza del Regolamento dell'Aja al diritto internazionale consuetudinario ma, in più di un'occasione, ha negato che la IV Convenzione di Ginevra (ratificata da Israele ma mai trasposta in un atto interno) o quantomeno alcune delle sue disposizioni riflettessero norme di diritto internazionale consuetudinario. Ad ogni modo, come rilevato da Kretzmer:

Without ever ruling positively that the Fourth Geneva Convention applies in the OT or that all its provisions are part of customary law, relating to provisions of Fourth Geneva Convention has become part of the Court's standard practice²⁸.

Non ci si può però esimere dall'osservare altresì come vi sia un “*meaningful gap between the rhetoric of the few renowned cases and actual practice*”²⁹. È questo il caso, ad esempio, della giurisprudenza in materia di detenzione amministrativa, dalla cui analisi emerge, fra l'altro, che la maggior parte delle pronunce mancano di motivazione e che, in nessuno dei 322 casi trattati fra il 2000 e il 2010, si è giunti al rilascio dell'individuo internato³⁰.

È dunque innegabile che, per l'individuo sottoposto ad un regime di occupazione militare, l'applicabilità delle norme internazionali dei diritti umani nei territori occupati

²⁸ D. KRETZMER, cit., p. 213.

²⁹ S. KREBS, cit., p. 640.

³⁰ *Ivi*, p. 672. Nel contributo significativamente intitolato “*Unlifting the Veil of Secrecy*”, l'autore riporta i risultati di un'indagine approfondita della giurisprudenza della Corte Suprema israeliana, giungendo a concludere (p. 695):

The Israeli model of judicial management – widely discussed as a model to be emulated – has been praised for achieving the desired balance between individual liberty and national security. It was commended for its robust scrutiny of secret evidence and for safeguarding individual liberty at times of national emergencies.

Nonetheless, as this research reveals, the actual practice is much more complex and much less optimistic. The Court systematically avoids issuing release orders, and demonstrates minimal intervention with regard to the assessment of the secret evidence. As both the case law analysis and the interviews demonstrate, the Court refrains from openly and blatantly opposing the ISA assessment of the secret evidence, and prefers to either focus on general legal argumentations or to be satisfied with nonbinding recommendations or other, more subtle interventions in the Executive's decisions. These include mediation efforts, recommendations, and suggestions for the state, as well as general legal interpretations and instructions.

assuma una rilevanza tutt'altro che astratta³¹. Nel presente lavoro di ricerca, si è infatti avuto modo di notare come, al contrario del diritto internazionale umanitario, la disciplina dei diritti umani preveda, generalmente, dei meccanismi di garanzia tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale, fornendo all'individuo degli strumenti atti a "ricorrere contro le violazioni dei suoi diritti da parte di uno Stato"³². Così, in un lavoro di ricerca sulla protezione della popolazione civile nei territori occupati, si è ritenuto di dovere necessariamente rivolgere l'attenzione, oltre che alle norme del diritto dell'occupazione, anche a quelle dei diritti umani, concentrandosi, dunque, sulla questione dell'applicabilità *ratione materiae e loci* delle norme internazionali in materia di diritti umani in caso di occupazione militare.

Al riguardo, occorre innanzitutto ricordare che, secondo un'impostazione tradizionale del diritto internazionale, esisterebbe una netta distinzione tra il diritto applicabile in tempo di pace e quello applicabile in tempo di guerra; in tal senso, i diritti umani – in quanto appartenenti al c.d. diritto di pace – non troverebbero alcuna applicazione nel corso di un conflitto armato. Gli sviluppi giurisprudenziali e la prassi degli ultimi anni, però, sembrano indicare che l'applicabilità *ratione materiae* delle norme dei diritti umani in caso di conflitto armato e occupazione militare sia ormai generalmente riconosciuta. Tuttora controversa è, invece, l'applicabilità *ratione loci* dei principali trattati sui diritti umani: da un lato, non si può certo ignorare l'estrema prudenza mostrata dalla Corte europea dei diritti umani nel riconoscere l'extraterritorialità della Convenzione europea; dall'altro, nonostante il chiaro orientamento del Comitato dei diritti umani, non si può che prendere nota delle rimostranze espresse da alcuni Stati relativamente all'applicazione extraterritoriale del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici. Il principale ostacolo all'applicazione extraterritoriale delle norme dei diritti umani sembra consistere nella evidente difficoltà di pretendere che una Potenza occupante dia attuazione all'intero catalogo dei diritti garantiti nei principali trattati in materia. Ad ogni modo, sebbene sia irrealistico pretendere che una Potenza occupante garantisca nei territori occupati lo stesso livello di tutela dei diritti umani che essa è tenuta a garantire nel proprio

³¹ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 95.

³² T. SCOVAZZI, *Introduzione*, in L. PINESCHI (ed.), cit., pp. 1-9, p. 6. Per una rassegna dei meccanismi esistenti, si rimanda a: J.M. HENCKAERTS, *Concurrent Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Victim Perspective*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET, cit., pp. 237-267, p. 242 ss.

territorio, ciò non può ragionevolmente risultare nell'assenza di qualsivoglia obbligo³³. Il dibattito dottrinale in materia di extraterritorialità si è recentemente incentrato proprio su tale questione, tentando di elaborare un modello che consenta di garantire, per quanto possibile, la tutela dei diritti umani nei territori occupati, pur prendendo in debita considerazione la realtà di un'occupazione militare. In particolare, parte della dottrina ha rilevato come ciascun obbligo imposto dai trattati sui diritti umani sia in realtà scomponibile nei tre elementi del 'rispetto', della 'protezione' e della 'realizzazione'. In tal senso, in caso di occupazione militare, vi sarebbe una presunzione di piena applicabilità dell'intero catalogo dei diritti garantiti dalle principali convenzioni in materia di diritti umani, almeno per quanto riguarda il loro aspetto negativo del 'rispetto'; al contempo, però, le peculiarità del regime dell'occupazione militare e la situazione sul campo non potrebbero che incidere sulla determinazione della condotta di volta in volta imposta all'occupante agendo sugli altri due elementi della 'protezione' e della 'realizzazione'.

Accertata l'applicabilità dei diritti umani nei territori occupati, si pone, però, il problema delle modalità d'interazione fra i regimi giuridici in esame. Infatti, se è vero che, dato il comune scopo di tutela e protezione della vita umana, è raro che la loro contestuale applicazione si riveli problematica, è tuttavia innegabile che, in alcuni casi, un conflitto fra norme possa sorgere. La rilevanza di tale questione è innegabile laddove si pensi, ad esempio, all'internamento di civili in territorio occupato, il quale, seppure ammesso dal diritto internazionale umanitario, risulta incompatibile con le norme dei diritti umani in ragione della sua natura preventiva e di alcuni aspetti della procedura di appello e revisione fra i quali, ad esempio, l'utilizzo di prove segrete³⁴. In ultima analisi, l'estensione della protezione da garantire alla popolazione civile di un territorio occupato dipenderà proprio dalle modalità di risoluzione di tali eventuali conflitti.

L'analisi svolta nel presente lavoro di ricerca ha permesso di concludere che, nonostante l'opinione contraria di buona parte della dottrina e l'orientamento recentemente espresso dalla Corte europea dei diritti umani nel citato caso *Hassan c. Regno Unito*³⁵, la peculiare natura dei regimi giuridici in esame in quanto regimi "specializzati" porti a ritenere che i tradizionali metodi di risoluzione dei conflitti fra norme (fra i quali il ricorso al principio della *lex posterior* o a quello della *lex specialis*)

³³ N. LUBELL, *Human rights obligations in military occupation*, cit., p. 318 ss.

³⁴ *Supra*, cap. 4, par. 3.

³⁵ *Supra*, cap. 4, par. 3.3.

abbiano un'utilità limitata e che, qualora il conflitto non sia risolvibile in via interpretativa, l'occupante che applichi la norma di diritto internazionale umanitario in assenza di una valida deroga alla norma dei diritti umani eventualmente confliggente sarebbe senz'altro responsabile della violazione di quest'ultima. A differenza di quanto avviene negli ordinamenti giuridici interni, è infatti ipotizzabile, in quello internazionale, che uno Stato assuma contemporaneamente due obblighi confliggenti e si trovi, così, di fronte alla scelta di adempiere all'uno o all'altro di tali obblighi³⁶. Naturalmente, dato che, in genere, i conflitti fra diritto internazionale umanitario e diritti umani sono soltanto potenziali³⁷, la scelta di adempiere alla norma più stringente (tendenzialmente, quella dei diritti umani) permetterebbe allo Stato di evitare di incorrere in responsabilità.

³⁶ M. MILANOVIĆ, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., pp. 119-120. *Contra*: C. DROEGE, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, cit., p. 524.

³⁷ *Supra*, cap. 3, par. 3.2.

NOTA BIBLIOGRAFICA

AMIRANTE A., *Occupazione bellica: quale ruolo per un istituto del diritto internazionale classico nel diritto internazionale moderno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

ANNONI A., *L'occupazione "ostile" nel diritto internazionale contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

ARAI-TAKAHASHI Y., *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

ARNOLD R. (ed.), *Law Enforcement within the Framework of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.

ARNOLD R., QUÉNIVET, N., *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.

ARNOLD R., *Terrorism in International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET, *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, pp. 473-497.

BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale pubblico*, sesta edizione, Giuffrè editore, Milano, 1952.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Assago, 2012.

BEN-NAFTALI O., *À la recherche du temps perdu: rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the light of the legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion*, in *Israel Law Review* 38 (2005), p. 211-229.

BEN-NAFTALI O. (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Pas de Deux*, Oxford University Press, 2011.

BEN-NAFTALI O., GROSS A. M., MICHAELI K., *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, in *Berkeley Journal of International Law* 23, 3 (2005), pp. 551-615.

BEN-NAFTALI O., SHANY Y., *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, in *Israel Law Review* 37, 17 (2003), pp. 17-118.

BENVENISTI E., *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 1993.

BENVENUTI P., *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale*, SIDI – Società Italiana di Diritto Internazionale, XVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 53-65.

BIANCHI A., *Dismantling the Wall: the ICJ's Advisory Opinion and its Likely Impact on International Law*, in *German Yearbook of International Law* (2004) 47, p. 343 ss.

BOISSON DE CHAZOURNES L., KOHEN M. (ed.), *International Law and the Quest for its Implementation*, Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas, Brill, Leiden-Boston, 2010.

BOTHE M., *Occupation, after armistice*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 2003, pp. 761-763.

BOTHE M., *Occupation, belligerent*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 2003, pp. 763-766.

BOTHE M., *Occupation, pacific*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 2003, pp. 766-768.

BOTHE M., “Effective Control”: a Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation, in ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert meeting, March 2012, pp. 36-40, disponibile su www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf.

BOTHE M., *Effective control during invasion: a practical view on the application threshold of the law of occupation*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 37-41.

BOWRING B., *Fragmentation, Lex Specialis and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 14, No. 3, Oxford University Press, 2010, pp. 485-498.

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, 2008.

BUERGENTHAL T., *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, pp. 72-91.

- BUERGENTHAL T., *International Human Rights in a Nutshell*, Fourth Edition, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 2002.
- BUERGENTHAL T., *The Evolving International Human Rights System*, in *The American Journal of International Law* 100, 4 (October 2006), pp. 783-807.
- BUERGENTHAL T., *Human Rights*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], March 2007, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2013, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.
- CAMPANELLI D., *The Law of Military Occupation Put to the Test of Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross* 90, 871 (September 2008), pp. 653-668.
- CANSACCHI G., *Nozioni di Diritto internazionale bellico*, Seconda edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 1955.
- CANTARELLA E., *Diritto romano: istituzioni e storia*, Mondadori Università, Milano, 2010.
- CAPOTORTI F., *L'occupazione nel diritto di guerra*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1949.
- CAPOTORTI F., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1995.
- CARCANO A., *L'occupazione dell'Iraq nel Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- CARREAU D., *Droit international*, Éditions A. Pedone, Paris, 1986.
- CARREAU D., MARRELLA F., *Droit international*, 11^e édition, Études Internationales, n° 1, Pedone, Paris, 2012.
- CASSESE A., *Self-determination of people. A legal reappraisal*, A Grotius Publication, Cambridge University Press, 1995.
- CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- CASSIMATIS A.E., *International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly* 56, 3 (July 2007), pp. 623-639.
- CERONE J., *Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law During Armed Conflict, Occupation and Peace Operations*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39 (October 2006), pp. 1447-1510.
- CONFORTI B., *Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 1, 1 (2007), pp. 13-28.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, IX edizione, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.

CONTARTESE C., *La prassi successiva come metodo per modificare un trattato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto internazionale* 2 (2014), pp. 419-442.

CORSI A., *L'occupazione militare in tempo di guerra e le relazioni internazionali che ne derivano*, Fonzani e C. Tipografi del Senato, Roma, 1882.

CORSO N., *Occupazione militare e tutela della proprietà privata*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale*, SIDI – Società Italiana di Diritto Internazionale, XVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 116-157.

COSNARD M., *Rapport introductif*, in *Le sujet en droit international*, Société française pour le droit international, Parigi, 2005.

CRAVEN M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

CRYER R., *The Interplay of Human Rights and Humanitarian Law: The Approach of the ICTY*, in *Journal of Conflict & Security Law* 14, 3 (2010), Oxford University Press, pp. 511-527.

CURTI GIALDINO C., *Occupazione bellica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Giuffrè editore, Milano, 1979.

CZAPLINSKI W., DANILENKO G., *Conflicts of Norms in International Law*, in *The Netherlands Yearbook of International Law* 21 (1990), pp. 3-42.

DAILLIER P., PELLET A., FORTEAU M., MÜLLER D., *Droit International Public*, 8^e édition, L.G.D.J., Paris, 2009.

DAVID É., *Principes de droit des conflits armés*, Troisième édition, Bruylant, Bruxelles, 2008.

DAVIS G.B., *The Elements of International Law, with an Account of its Origin, Sources and Historical Development*, III Edition, Harper, New York-London, 1908.

DE BRABANDERE E., *Post-conflict Administrations in International Law. International Territorial Administration, Transitional Authority and Foreign Occupation in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

DE SCHUTTER O., *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook on International Law* 6 (2006), p. 183 ss.

DE VATTEL E., *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, The Carnegie Institution, Washington, 1916 (titolo originale: *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*; prima ed. 1758).

- DE VITORIA F., *De iure belli*, traduzione italiana, Laterza, Roma-Bari, 2005 (prima ed. 1696).
- DE ZAYAS A.M., *Civilian Population, Protection*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 606-610.
- DE ZAYAS A.M., *Population, Expulsion and Transfer*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1997, pp. 1062-1068.
- DE ZAYAS A.M., *Human Rights and Indefinite Detention*, in *International Review of the Red Cross* 87, 857 (March 2005), pp. 15-38.
- DEBBASCH O., *L'occupation militaire. Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1962.
- DEFILIPPI C., *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 159-201.
- DENNIS M., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *American Journal of International Law* 99 (2005), pp. 119-141.
- DENNIS M. J., *Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in times of armed conflict and military occupation: the gap between legal theory and state practice*, in *European Human Rights Law Review* 6 (2008), pp. 714-731.
- DETTER I., *The Law of War*, Second Edition, Cambridge University Press, 2000.
- DINSTEIN Y., *The International Law of Inter-State Wars and Human Rights*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 7 (1977), p. 139 ss.
- DINSTEIN Y., *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 8 (1978), pp. 104-143.
- DINSTEIN Y., *The Right to Life, Physical Integrity and Liberty*, in L. HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, p. 114 ss.
- DINSTEIN Y., *Armistice*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 256-258.
- DINSTEIN Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009.

DINSTEIN Y., *Concluding Observations: The Influence of the Conflict in Iraq on International Law*, in R.A. PEDROSO (ed.), *The War in Iraq: A Legal Analysis*, International Law Studies (Blue Book) Series 86 (2010), pp. 479-496.

DINSTEIN Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Second Edition, Cambridge University Press, 2010.

DOSWALD-BECK L., *International Humanitarian Law and the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in *International Review of the Red Cross* 316 (1997), disponibile su www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jnfm.htm.

DOSWALD-BECK L., *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?*, in *International Review of the Red Cross* 88, 864 (December 2006), pp. 881-904.

DOSWALD-BECK L., VITÉ S., *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross* 293 (1993), disponibile su www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmrt.htm.

DRAPER G.I.A.D., Col., *The relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 1 (1971), pp. 191-207.

DROEGE C., *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross* 90, 871 (September 2003), pp. 501-548.

DROEGE C., *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts*, in *Israel Law Review* 40, 2 (2007), pp. 310-356.

EDEN P., HAPPOLD M., *Symposium: The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, in *Journal of Conflict & Security Law* 14, 3 (2010), Oxford University Press, pp. 441-457.

Expert meeting on the supervision of the lawfulness of detention during armed conflict, Organised by The University Centre for International Humanitarian Law – Geneva, Convened at The Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004.

FAUCHILLE P., *Traité de droit international public*, Tome II – Guerre et neutralité, 8^e édition, Rousseau & c., Paris, 1921.

FERRARO T., *Enforcement of Occupation Law in Domestic Courts*, in *Israel Law Review* 41, 1 & 2 (2008), pp. 331-357.

FERRARO T. (ed.), *Occupation and other forms of administration of foreign territory*, ICRC, Expert meeting, Report, 2012, disponibile su www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf.

- FERRARO T., *Determining the beginning and end of occupation under international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 133-163.
- FLECK D. (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2008.
- FOX G.H., *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, 2008.
- FRIEDMAN W., *The Allied Military Government of Germany*, Stevenson and Sons Ltd, London, 1947.
- GASSER H.P., *Protection of the Civilian Population*, in D. FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, II Edition, Oxford University Press, 2008, pp. 237-323.
- GASSER H.P., THÜRER D., *Humanitarian Law, International*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], March 2011, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2013, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.
- GEFFCKEN F.H., *Règlement de lois et coutumes de la guerre*, in *Revue de droit internationale*, 1894, pp. 286-604.
- GENTILI A., *De iure belli libri tres*, traduzione italiana, Giuffrè, Milano, 2008 (prima ed. 1612).
- GERSON A., *Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank*, in *Harvard International Law Journal* 14 (1973), pp. 1-49.
- GIANNINI A., TOMAJUOLI G. (introduzione e note di), *Il trattato di pace con l'Italia*, Jandi Sapi, Roma, 1947.
- GIBNEY M., SKOGLY S., *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010.
- GILL D., FLECK D., *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2010.
- GILLARD E.C., *Reparation for violations of international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross* 85, 851 (September 2003), pp. 529-552.
- GIOIA, A., *Manuale breve. Diritto internazionale*, IV edizione, Giuffrè editore, Milano, 2013.
- GRABER D.A., *The Development of the Law of Belligerent Occupation 1863-1914. A Historical Survey*, Columbia University Press, New York, 1949.

- GREENSPAN M., *The Protection of Human Rights in time of warfare*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 1 (1971), pp. 228-245.
- GREENWOOD C., *International Humanitarian Law and United Nations Military Operations*, in *Yearbook of International Humanitarian Law* 1 (December 1998), pp. 3-34.
- GREENWOOD C., *Historical Development and Legal Basis*, in D. FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, II Edition, Oxford University Press, 2008, pp. 1-43.
- GREPPI, E., *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *La comunità internazionale* 1 (1996), pp. 473-498.
- GREPPI E., *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, in *International Review of the Red Cross* 81, 835 (September 1999), pp. 531-553.
- GREPPI E., *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, UTET, Torino, 2001.
- GREPPI E., *To what extent do the international rules on human rights matter?*, in F. POCAR, M. PEDRAZZI, M. FRULLI (ed.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities. Challenges in Adjudication and Investigation*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013, pp. 38-54.
- GREPPI E., VENTURINI G., *Codice di Diritto internazionale umanitario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- GROSS A.M., *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, in *The European Journal of International Law* 18, 1 (2007), pp. 1-35.
- GROZIO U., *De iure belli ac pacis libri tres*, traduzione italiana, Centro Editoriale Toscano, Firenze, 2002 (prima ed. 1625).
- GUGGENHEIM P., *Traité de droit international public*, Vol. II, Librairie de l'Université, Georg & Cie., Genève, 1953.
- HALL W.E., *A Treatise on International Law*, Sixth Edition, J. B. ATLAY (ed.), London, Henry Frowde, publisher to the University of Oxford, and Stevens and Sons, Limited, 1909.
- HAMPSON F.J., *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* 90, 871 (September 2008), pp. 549-572.
- HANNUM H., *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law* in *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25 (1995-1996), pp. 287-397.

HEFFTER A.G., *Le Droit international public de l'Europe*, Schroeder-Cotillon, Berlin-Paris, 1866.

HEINTZE H.J., *On the Relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross* 86, 856 (2004), pp. 789-814.

HEINTZE H.J., *Theories on the Relationship between international humanitarian law and human rights law*, in R. KOLB, G. GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, 2013, pp. 92-113.

HENCKAERTS J.M., *Concurrent Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Victim Perspective*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 237-267.

HENCKAERTS J.M., *The ICRC Study on Customary International Law: Purpose, Outcome and Use*, in S. PERRAKIS, M.D. MAROUDA (ed.), *Armed Conflicts and International Humanitarian Law 150 years after Solferino. Acquis and Prospects*, European Centre for Research and Training on Human Rights and Humanitarian Action, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Établissements Ém. Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 135-181.

HENKIN L., *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990.

INTERRIGHTS, *Right to Liberty and Security under the European Convention on Human Rights (Article 5) – Manual for lawyers*, September 2007, disponible sur www.interights.org/document/105/index.html.

JANIS M.W., KAY R.S., BRADLEY A.W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford University Press, 2000.

JENKS W., *Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law* 30 (1953), p. 401 ss.

JESSUP P.C., *A Belligerent Occupant's Power over Property*, in *American Journal of International Law*, 1944, p. 457 ss.

JOSEPH S., SCHULTZ J., CASTAN M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Second edition, Oxford University Press, 2005.

KALSHOVEN F., *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *International and Comparative Law Quarterly* 40, 4 (1991), pp. 827-858.

KALSHOVEN F. (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports & Conclusions*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

KALSHOVEN F., *Reflections on the Law of War. Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.

KARL W., *Conflicts between Treaties*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* 7 (1984), p. 467 ss.

KELLY M. J., *Iraq and the Law of Occupation: New Tests for an Old Law*, in *Yearbook of International Humanitarian Law* 6 (2003), p. 127 ss.

KELSEN H., *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, in *American Journal of International Law* 39, 3 (July 1945), pp. 518-526.

KLEIN E., *Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy?*, in *Israel Law Review* 41, 3 (Winter 2008), pp. 477-488.

KLEIN E., *Human Dignity-Basis of Human Rights*, in H.P. HESTERMEYER et al. (ed.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, Volume I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 437 ss.

KOHEN M.G., MAMADOU H., *Territory, Acquisition*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], Heidelberg and Oxford University Press, 2011, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.

KOLB R., *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions*, in *International Review of the Red Cross* 324 (September 1998), disponibile su www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jpg2.htm.

KOLB R., *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 Aout 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, in *African Yearbook of International Law* 10 (2002), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 267-321.

KOLB R., *Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council*, in *International Review of the Red Cross* 90, 869 (March 2008), pp. 29-50.

KOLB R., *Human Rights and Humanitarian Law*, October 2010, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [on-line], Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2013, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.

KOLB R., *“Condotta delle ostilità” e “mantenimento dell’ordine”*: due concetti chiave nella definizione dei rapporti tra diritto internazionale umanitario e diritti umani, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale*, SIDI – Società Italiana di Diritto Internazionale, XVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 67-77.

KOLB R., GAGGIOLI G., *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2013.

KOLB R., PORRETTO G., VITÉ S., *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoire*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

KOLB R., VITÉ S., *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

KOSKENNIEMI M., *Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self Contained Regimes'*, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1 (2004).

KOSKENNIEMI M., *Occupation and Sovereignty – Still a Useful Distinction?*, in O. ENGDAHL, P. WRANGE (ed.), *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*, Liber Amicorum Ove Bring, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, pp. 163-174.

KOUTROULIS V., *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Éditions Pedone, Paris, 2010.

KOUTROULIS V., *The application of international humanitarian law and international human rights law in situation of prolonged occupation: only a matter of time?*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 165-205.

KREBS S., *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 45, 3 (May 2012), pp. 639-703.

KRETZMER D., GILADI R., SHANY Y., *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Exploring Parallel Application*, in *Israel Law Review* 40, 2 (2007), pp. 306-309.

KRETZMER D., *The law of belligerent occupation in the Supreme Court of Israel*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 207-236.

LANCASTER N.F., Major, *Occupation Law, Sovereignty and Political Transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention still be Considered Customary International Law?*, in *Military Law Review* 189 (2006), pp. 51-91.

LATTANZI F., *Il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 1985-2036.

LAUTERPACHT H., *The problem of jurisdictional Immunities of Foreign States*, in *The British Year Book of International Law*. 1951, Oxford University Press, London, 1952, pp. 220-272.

LAWSON R.A., *Life After Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, pp. 83-123.

LILLICH R.B., *The growing importance of customary international human rights law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25, 1 (1996), pp. 1-30.

LINDROOS A., *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, in *Nordic Journal of International Law* 74 (2005), pp. 27-66.

LONCAO E., *Studi di antico diritto germanico. L'occupatio bellica e l'ius postliminii*, R. tip. Giannotta, Catania, 1909.

LONGUET F., *Le droit actuel de la guerre terrestre: son application dans les conflits les plus récents*, Paris, 1901.

LOPES C., QUÉNIVET N., *Individuals as Subjects of International Humanitarian Law and Human Rights*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET (ed.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, pp. 199-235.

LOUCAIDES L.G., *Determining the extra-territorial effect of the European Convention: facts, jurisprudence and the Banković case*, in *European Human Rights Law Review* 4 (2006), pp. 391-407.

LUBELL N., *Human rights obligations in military occupation*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 317-337.

LUZZATO R., POCAR F., *Codice di Diritto internazionale pubblico*, Quinta edizione, Giappichelli, Torino, 2010.

MACKEN C., *Preventive Detention and the Right to Personal Liberty and Security under Article 5 ECHR*, in *International Journal of Human Rights* 10, 3 (September 2006), pp. 195-217.

MACKEN C., *Counter-Terrorism and the detention of suspected terrorists: Preventive detention and International Human Rights Law*, Research in Terrorism and the Law, Routledge, New York, 2011.

MANCINI M., *Report of the Conference "New Conflicts and the Challenge of the Protection of the Civilian Population"*, Documenti IAI 11/03, February 2011, disponibile su www.iai.it/pdf/dociai/iai1103.pdf.

MARAZZI A., *Nozioni di diritto bellico*, II edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.

MARINONI M., *Della natura giuridica dell'occupazione bellica*, in *Rivista di Diritto internazionale* (1910), p. 181 ss.

MARTIN F.F., SCHNABLY S.J., WILSON R., SIMON J., TUSHNET M., *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge University Press, 2006.

MASTROMARTINO F., *La soggettività degli individui nel diritto internazionale*, in *Diritto e questioni pubbliche* 10 (2010), pp. 415-437.

McDOUGAL M.S., FELICIANO F.P., *The International Law of War. Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven Press, Martinus Nijhoff Publishers, New Haven, 1993.

McGOLDRICK D., *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, pp. 41-72.

MELISH T.J., *Introductory Note to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *International Legal Materials* 48, 2 (2009), pp. 256-261.

MELZER N., *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2009.

MERON T., *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

MERON T., *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *American Journal of International Law* 89, 1 (1995), pp. 78-82.

MERON T., *The Humanization of Humanitarian Law*, in *The American Journal of International Law* 94, 2 (April 2000), pp. 239-278.

MERON T., *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.

MEYN K.U., *Debellatio*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1992, pp. 969-970.

MICHA E., *The use of universal civil jurisdiction for humanitarian law violations and the search for a legal remedy*, in S. PERRAKIS, M.D. MAROUDA (ed.), *Armed Conflicts and International Humanitarian Law 150 years after Solferino. Acquis and Prospects*, European Centre for Research and Training on Human Rights and

Humanitarian Action, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Établissements Ém. Bruylant, Bruxelles, 2009.

MIGLIAZZA A., *L'occupazione bellica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1949.

MILANO E., *The Deterritorialization of International Law*, in *ESIL Reflections* 2, 3 (13 March 2013), disponible su www.esil-sedi.eu/sites/default/files/ESIL%20Reflections%20-%20Milano_0.pdf.

MILANOVIĆ M., *Norm conflict in international law: whither human rights?* in *Duke Journal of Comparative & International Law* (2009), pp. 69-131.

MILANOVIĆ M., *A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *Journal of Conflict & Security Law* 14, 3 (2010), Oxford University Press, pp. 459-483.

MILANOVIĆ M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, 2011.

MILANOVIĆ M., *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in O. BEN-NAFTALI (ed.), *International Human Rights and International Humanitarian Law: Pas de Deux*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, p. 95-125.

MILANOVIĆ M., *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *The European Journal of International Law* 23, 1 (2012), pp. 121-139.

MILTNER B., *Broadening the scope of extraterritorial application of the European Convention on Human Rights?*, in *European Human Rights Law Review* 2 (2007), pp. 172-182.

MOMMSEN T., MARQUARDT J., *Manuel des antiquités romaines*, Traduit de l'allemand sous la direction de G. Humbert, E. Thorin (A. Fontemoing), Paris, 1889.

MORGENSTEN F., *Validity of the Acts of the Belligerent Occupant*, in *The British Year Book of International Law. 1951*, Oxford University Press, London, 1952, pp. 291-322.

MOWBRAY A., *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2012.

MÜLLER A., *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health-Related Issues in Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013.

NOLTE G., *First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, International Law Commission, 66th session, A/CN.4/660, 19 March 2013.

NOLTE G., *Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, International Law Commission, 66th session, A/CN.4/671, 26 March 2014.

NØRGAARD C., *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Copenhagen, 1962.

NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd Revised Edition, Arlington-N.P. Engel, Kehl-Strasbourg, 2005.

NYS E., *Le Droit international: Les Principes, les Théories, les Faits*, M. Weissenbruch éditeur, Bruxelles, 1912, III.

ODELLO M., *Fundamental Standards of Humanity: A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 15-56.

OPPENHEIM L., *International Law: A Treatise*, Vol. II, 'Disputes, War and Neutrality', Seventh edition, edited by H. LAUTERPACHT, Longmans Green, London, 1952.

ORAKHELASHVILI A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law* 14, 3 (2003), pp. 529-568.

PACCHIONI G., *Manuale di diritto romano*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1935.

PALCHETTI P., *The allocation of responsibility for internationally wrongful acts committed in the course of multinational operations*, in *International Review of the Red Cross* 95, 891/892 (2013), pp. 727-742.

PATI R., *Due Process and International Terrorism. An International Legal Analysis*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009.

PAULUS A., *The use of force in occupied territory: the applicable legal framework*, in ICRC, *Occupation and other forms of administration of foreign territory*, Expert meeting, 2012, pp. 131-144.

PAUWELYN J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003.

PEDRAZZI M., *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 281-313.

PEDRAZZI M., *La protezione del diritto alla vita tra diritto internazionale umanitario e diritti umani*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti*

umani e il Diritto internazionale, SIDI – Società Italiana di Diritto Internazionale, XVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 79-92.

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* 87, 858 (2005), pp. 375-391.

PERRAKIS S., *L'application des Droits de l'Homme en temps de conflit armé et leur articulation avec le Droit International Humanitaire: état de la question et aspects jurisprudentiels*, in S. PERRAKIS, M.D. MAROUDA (ed.), *Armed Conflicts and International Humanitarian Law 150 years after Solferino. Acquis and Prospects, European Centre for Research and Training on Human Rights and Humanitarian Action*, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Établissements Ém. Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 75 ss.

PICTET J.S. (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958, disponibile su www.icrc.org/ihl/INTRO/380.

PINESCHI L., *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 78-128.

PINESCHI L., *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 67-77.

POCAR F., *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pp. 1-12.

POCAR F., *Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 279-293.

POPESCU C.L., *Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection de la population civile – développements jurisprudentiels récents*, in J.M. SOREL, C.L. POPESCU (sous la direction de), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

PORRETTO G., VITÉ S., *The application of international humanitarian law and human rights law to international organisations*, University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series/Collection des travaux de recherché, N° 1/2006, disponibile su www.geneva-academy.ch/docs/projets/CTR_application_du_DIH.pdf.

- PROUD'HOMME N., *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?*, in *Israel Law Review* 40, 2 (2007), pp. 356-395.
- PROVOST R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- PUFENDORF S., *De iure naturae et gentium libri octo*, traduzione inglese, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1934 (prima ed. 1694).
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Quinta edizione, Liguori Ed., Napoli, 1968.
- RANDALL M.H., *The History of International Human Rights Law*, in R. KOLB, G. GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, 2013, pp. 3-34.
- RAVASI G., BERUTO G. (ed.), *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, International Institute of Humanitarian Law, Proceedings, 27th Round table on Current Problems of International Humanitarian Law (IV), Sanremo, 4-6 September 2003, Dragan European Foundation, Edizioni Nagard, Milano, 2005.
- REID K., *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2004.
- ROBERTS A., *What is military occupation?*, in *The British Yearbook of International Law* 55, 1 (1984), pp. 249-305.
- ROBERTS A., *Prolonged Military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967*, in *The American Journal of International Law* 84 (1990), pp. 44-103.
- ROBERTS A., *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, in *The American Journal of International Law* 100 (2006), p. 580 ss.
- RONZITTI N., *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Rivista di Diritto internazionale* LXXXV, 1 (2002), Giuffrè editore, Milano, pp. 682-690.
- RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Quarta edizione, Giappichelli editore, Torino, 2011.
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2013.
- ROUSSEAU C., *Le droit des conflits armés*, Éditions A. Pedone, Paris, 1983.
- SANDOZ Y., SWINARSKI C., ZIMMERMANN B. (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, disponibile presso: www.icrc.org/ihl/INTRO/470.

SASSÒLI M., *Mise en Oeuvre du Droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme: une comparaison*, in *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht*, Band XLIII, 1987.

SASSÒLI M., *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, in *The European Journal of International Law* 16, 4 (2005), pp. 661-694.

SASSÒLI M., *A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion: the case for the applicability of the Fourth Geneva Convention during the invasion phase*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 42-50.

SCHEININ M., *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, pp. 73-81.

SCHINDLER D., *Human Rights and Humanitarian Law*, in *American University Law Review* 3 (1981-1982), pp. 935-977.

SCHINDLER D., TOMAN J. (ed.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 3rd Edition, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988.

SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Volume II: The Law of Armed Conflict, Stevens & Sons Limited, London, 1968.

SCHWEISFURTH T., *Germany, Occupation after World War II*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 1995, pp. 582-590.

SCHWELB E., *Civil and Political Rights – The International Measures of Implementation*, in *American Journal of International Law* 62 (1968), p. 827 ss.

SCISO E., *Gli accordi internazionali confliggenti*, Cacucci editore, Bari, 1986.

SCISO E., *Italian Judges Point of View on Foreign States' Immunity*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 44 (2011), pp. 1201-1231.

SCOVAZZI T., *Introduzione*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-9.

SEYERSTED F., *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1966.

SHANY Y., *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, in *Law and Ethics of Human Rights* 7, 1 (2013), pp. 47-71.

SHESTACK J.J., *The Philosophic Foundations of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly* 20, 1, February 1998, pp. 201-234.

SHRAGA D., *The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law*, in L. CONDORELLI, A.M. LA ROSA, S. SCHERRER (ed.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire des Nations Unies*, Genève, 19, 20 et 21 octobre 1995 (1996), p. 326 ss.

SILINGARDI S., *Occupazione bellica e obblighi delle Potenze occupanti nel campo economico*, in *Rivista di Diritto internazionale* 4 (2006), pp. 978-1030.

SIMMA B., PULKOWSKI D., *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in *The European Journal of International Law* 17, 3 (2006), pp. 483-529.

SMITH R.K.M., *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

SMYTH K., R. (*on the application of Al-Jedda*) v. *Secretary of State for Defence: human rights and accountability in international military operations*, in *European Human Rights Law Review* 5 (2008), pp. 606-620.

SPERDUTI G., *Lezioni di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1958.

SPOSETTI S., *Art. 15. Deroga in caso di urgenza*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 511-531.

TAVERNIER P., *La Déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, p. 859 ss.

THÜRER D., MacLAREN M., *"Ius Post Bellum" in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?*, in K. DICKE et al., *Weltinnenrecht, Liber Amicorum Jost Delbrück*, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 155, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 753-782.

THÜRER D., *Self-Determination*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 2000, pp. 364-373.

TOMUSCHAT C., *Human Rights: between Idealism and Realism*, Second Edition, Oxford University Press, 2008.

TORRES BERNÁRDEZ S., *Territory, Acquisition*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam, 2003.

TRECHSEL S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005.

VENTURINI G., *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Anno XIV, Gennaio-Aprile 2001, pp. 49-60.

VERDIRAME G., *Human rights in wartime: a framework for analysis*, in *European Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2008, pp. 689-705.

VERRI P., *Dizionario di diritto dei conflitti armati*, Edizioni speciali della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Roma, 1984.

VIARENGO I., *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Rivista di diritto internazionale* 4 (2005), pp. 955-996.

VIDARI E., *Del rispetto della proprietà privata fra gli Stati in guerra*, Tipografia dei Fratelli Fusi, Pavia, 1867.

VIERDAG E.W., *The time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, in *British Yearbook of International Law* 59, 1 (1989), pp. 75-111.

VIOLA F., *Diritti umani e scienza giuridica*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 1, 1 (2007), pp. 49-67.

VITÉ S., *The interrelation of the Law of Occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property*, in *International Review of the Red Cross* 90, 871 (September 2003), pp. 629-651.

VITÉ S., *L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales*, in *International Review of the Red Cross* 17 (2004), p. 853 ss.

VITÉ S., *L'Articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels: les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété*, in *Revue internationale de la Croix-Rouge* 90, 871 (septembre 2008), disponibile su www.icrc.org/fre/assets/files/other/vite-fra-pr-web.pdf.

Von GLAHN G., *The Occupation of Enemy Territory... A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957.

Von GLAHN G., *Taxation under Belligerent Occupation*, in PLAYFAIR (ed.), *International law and the administration of occupied territories: two decades of Israeli*

occupation of the West Bank and Gaza Strip: the proceedings of a conference organized by al-Haq in Jerusalem in January 1988, Clarendon, Oxford, 1992, p. 341 ss.

Von GLAHN G., *The Protection of Human Rights in Time of Armed Conflict*, in *Israel Yearbook on Human Rights* 1 (1971), pp. 208-227.

VRANES E., *The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory*, in *The European Journal of International Law* 17, 2 (2006), pp. 395-418.

WATKIN K., *Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (2012), pp. 267-315.

WEILER A.K., *Germany, Legal Status after WWII*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, January 2013, disponibile presso: rzblx10.uni-regensburg.de/dbinfo/frontdoor.php?titel%5Fid=8510.

WHEATON H., *Eléments du droit international*, V édition, Vol. II, Paris, 1874.

ZICCARDI P., *Occupazione bellica ed amministrazione della giustizia*, in *Temi*, 1948, p. 488 ss.

ZWANENBURG M., *Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation*, in *International Review of the Red Cross* 86, 856 (December 2004), pp. 745-769.

ZWANENBURG M., *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.

ZWANENBURG M., *Legal Interoperability in Multinational Forces: A Military Necessity*, in *Current Challenges to the Law of Occupation, Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20th-21th October 2005, pp. 108-115, disponibile su www.coleurope.eu/content/publications/pdf/Collegium%2034.pdf.

ZWANENBURG M., *Challenging the Pictet Theory*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 30-36.

ZWANENBURG M., BOTHE M., SASSÒLI M., *Is the law of occupation applicable to the invasion phase? – Debate*, in *International Review of the Red Cross* 94, 885 (Spring 2012), pp. 29-50.

NOTA GIURISPRUDENZIALE

Corte internazionale di giustizia

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325, Separate Opinion of Judge Lauterpacht.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 266.

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark and Federal Republic of Germany v. The Netherlands), I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Oil Platforms case (Iran v. The United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 114.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174.

The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3.

Corte permanente di giustizia internazionale

The SS 'Wimbledon' case (United Kingdom and others v. Germany), Judgment, (1923) PCIJ Series A No. 1, ICGJ 235 (PCIJ 1923), 17 August 1923.

Tribunale militare internazionale di Norimberga

Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, 1 October 1946, disponibile presso: werle.rewi.hu-berlin.de/IMTJudgment.pdf.

Tribunale militare statunitense a Norimberga

USA v. Wilhelm List et al. (Hostages Trial), Judgment of 19 February 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. XI, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, p. 759 ss., disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html.

USA v. Friedrich Flick et al., Judgment of 22 December 1947, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. IV, (1949), U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html.

USA v. Krupp et al., Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. IX, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html.

USA v. Otto Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen Trial), Judgment of 10 April 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946-April 1949, Vol. IV/1, U.S. Government Printing Office, Washington, 1952, disponibile presso: werle.rewi.hu-berlin.de/Einsatzgruppen.pdf.

Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998.

Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001.

Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001.

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 May 1997.

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999.

Prosecutor v. Mrksić, Radić, Sljivancanin and Dokmanović, Case No. IT-95-13a, First Amended Indictment, 3 April 1996.

Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Case No. T-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003.

Prosecutor v. Krstić, Case No. T-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001.

Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998.

Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No. IT-97-25-A, Appeal Chamber, Judgment, 15 March 2002.

Tribunale penale internazionale per il Ruanda

The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgment, 2 September 1998.

Commissione europea dei diritti umani

Cumber v. The United Kingdom, No. 28779/95, Decision, 27 November 1996.

Cyprus v. Turkey, No. 6780/74 and 6950/75, Decision, 26 May 1975.

X v. The Federal Republic of Germany, No. 1611/62, Decision on Admissibility, 25 September 1965.

M. v. Denmark, No.17392/90, Decision on Admissibility, 14 October 1992.

Corte europea dei diritti umani

A. and Others v. Bulgaria, No. 51776/08, Judgment, 29 November 2011.

Aksoy v. Turkey, No. 21987/93, Judgment, 18 December 1996.

Al-Adsani v. The United Kingdom, No. 35763/97, Judgment, 21 November 2001.

Al-Jedda v. The United Kingdom (CG), No. 27021/08, Judgment, 7 July 2011.

Al-Nashif v. Bulgaria, No. 50963/99, Judgment, 20 June 2002.

Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom, No. 61498/08, Judgment, 2 March 2010.

Al-Saadoon e Mufdhi v. United Kingdom, No. 61498/08, decision, 3 July 2009.

Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011.

Aleksanyan v. Russia, No. 46468/06, Judgment, 22 December 2008.

Amuur v. France, No. 19776/92, Judgment, 25 June 1996.

Andreou v. Turkey, No. 45653/99, decision, 3 June 2008.

Aquilina v. Malta (GC), No. 25642/94, Judgment, 29 April 1999.

Artico v. Italy, No. 6694/74, Judgment, 13 May 1980.

Assenov and Others v. Bulgaria, No. 24760/94, Judgment, 28 October 1998.

Banković et al. V. Belgium et al., No. 52207/99, Decision, 12 december 2001.

Benham v. the United Kingdom (GC), No. 19380/92, Judgment, 10 June 1996.

Benjamin & Wilson v. The United Kingdom, No. 28212/95, Judgment, 26 September 2002.

Bezicheri v. Italy, No. 11400/85, Judgment, 25 October 1989.

Bozano v. France, No. 9990/82, Judgment, 18 December 1986.

Brannigan and McBride v. The United Kingdom, Nos. 14553/89, 14554/89, Judgment, 26 May 1993.

Brogan and Others v. the United Kingdom, Nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84, et al., Judgment, 29 November 1988.

Çakici v. Turkey (GC), No. 23657/94, Judgment, 8 July 1999.

Chahal v. The United Kingdom (GC), No. 22414/93, Judgment, 15 November 1996.

Ciulla v. Italy, No. 11152/84, Judgment, 22 February 1989.

Creangă v. Romania (GC), No. 29226/03, Judgment, 23 February 2012.

Cyprus v. Turkey, No. 25781/94, Judgment, 10 May 2000.

De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands, Nos. 8805/79, 8806/79, 9242/81, Judgment, 22 May 1984.

De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium, Nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Judgment, 18 June 1971.

Douiyeb v. the Netherlands (GC), No. 31464/96, Judgment, 4 August 1999.

Elçi and Others v. Turkey, Nos. 23145/93, 25091/94, Judgment, 13 November 2003.

Engel and Others v. The Netherlands, Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, et al., Judgment, 8 June 1976.

Erdagoz v. Turkey, No. 21890/93, Judgment, 22 October 1997.

Farhad Aliyev v. Azerbaijan, No. 37138/06, Judgment, 9 November 2010.

Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom, Nos. 12244/86, 12245/86, 12383/86, Judgment, 30 August 1990.

Grauslys v. Lithuania, No. 36743/97, Judgment, 10 October 2000.

Guzzardi v. Italy, No. 7367/76, Judgment, 6 November 1980.

H.L. v. The United Kingdom, No. 45508/99, Judgment, 5 October 2004.

H.M. v. Switzerland, No. 39187/98, Judgment, 26 February 2002.

Harkmann v. Estonia, No. 2192/03, Judgment, 11 July 2006.

Hassan v. The United Kingdom (GC), No. 29750/09, Judgment, 16 September 2014.

I.I. v. Bulgaria, No. 44082/98, Judgment, 9 June 2005.

Idalov v. Russia (GC), No. 5826/03, Judgment, 22 May 2012.

Ilascu et al. v. Moldova and Russia (GC), No. 48787/99, Judgment, 8 July 2004.

Ipek and Others v. Turkey, Nos. 17019/02, 30070/02, Judgment, 03 February 2009.

Ireland v. the United Kingdom, No. 5310/71, Judgment, 18 January 1978.

Ireland v. The United Kingdom, No. 5310/71, Judgment, 18 January 1978.

Isaak and others v. Turkey, No. 44587/98, Decision, 28 September 2006.

Issa et al. v. Turkey, No. 31821/96, Judgment, 16 November 2004.

Jėčius v. Lithuania, No. 34578/97, Judgment, 31 July 2000.

Kandzhov v. Bulgaria, No. 68294/01, Judgment, 06 November 2008.

Kerr v. The United Kingdom, No. 40451/98, Decision (partial), 07 December 1999.

Kolompar v. Belgium, No. 11613/85, Judgment, 24 September 1992.

Kurt v. Turkey, No. 24276/94, Judgment, 25 May 1998.

Labita v. Italy (GC), No. 26772/95, Judgment, 6 April 2000.

Lamy v. Belgium, No. 10444/83, Judgment, 30 March 1989.

Lawless v. Ireland (no. 3), No. 332/57, Judgment, 1 July 1961.

Lebedev c. Russia, No. 4493/04, Judgment, 25 October 2007.

Lietzow v. Germany, No. 24479/94, Judgment, 13 February 2001.

Lobanov v. Russia, No. 16159/03, Judgment, 16 October 2008.

Loizidou v. Turkey (GC), No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996.

Loizidou v. Turkey (GC), No. 15318/89, Preliminary Objection, 23 March 1995.

M. v. Germany, No. 19359/04, Judgment, 17 December 2009.

Manitaras and Others v. Turkey, No. 54591/00, Decision, 3 June 2008.

McKay v. The United Kingdom (GC), No. 543/03, Judgment, 3 October 2006.

Medova v. Russia, No. 25385/04, Judgment, 15 January 2009.

Medvedyev and Others v. France (GC), No. 3394/03, Judgment, 29 March 2010.

Michalák v. Slovakia, No. 30157/03, Judgment, 8 February 2011.

Miroslaw Jablonski v. Poland, No. 33985/05, Judgment, 8 July 2008.

N.C. v. Italy (GC), No. 24952/94, Judgment, 11 January 2001.

Neumeister v. Austria, No. 1936/63, Judgment, 27 June 1968.

Nielsen v. Denmark, No. 10929/84, Judgment, 28 November 1988.

O'Hara v. the United Kingdom, No. 37555/97, Judgment, 16 October 2001.

Öcalan v. Turkey (GC), No. 46221/99, Judgment, 12 May 2005.

Oral and Atabay v. Turkey, No. 39686/02, Judgment, 23 June 2009.

Osypenko v. Ukraine, No. 4634/04, Judgment 9 November 2010.

Pad and others v. Turkey, No. 60167/0028, Decision, June 2007.

Pantea v. Romania, No. 33343/96, Judgment, 3 June 2003.

Rantsev v. Cyprus and Russia, No. 25965/04, Judgment, 7 January 2010.

Saadi v. The United Kingdom (GC), No. 13229/03, Judgment, 29 January 2008.

Sakik et al. v. Turkey, Nos. 23878/94, 23883/94, Judgment, 26 novembre 1997.

Salayev v. Azerbaijan, No. 40900/05, Judgment, 9 November 2010.

Schiesser v. Switzerland, No. 7710/76, Judgment, 4 December 1979.

Schöps v. Germany, No. 25116/94, Judgment, 13 February 2001.

Schwabe and M.G. v. Germany, Nos. 8080/08, 8577/08, Judgment, 1 December 2011.

Soering v. The United Kingdom, No. 14038/88, Judgment, 7 July 1989.

Solomou and others v. Turkey, No. 36832/97, Judgment, 24 June 2008.

Stanev v. Bulgaria (GC), No. 36760/06, Judgment, 17 January 2012.

Stephens v. Malta (no. 1), No. 11956/07, Judgment, 21 April 2009.

Stephens v. Malta (no. 2), No. 33740/06, Judgment, 21 April 2009.

Storck v. Germany, No. 61603/00, Judgment, 16 June 2005.

Toth v. Austria, No. 11894/85, Judgment, 12 December 1991.

Vachev v. Bulgaria, No. 42987/98, Judgment, 8 July 2004.

Van Der Leer v. The Netherlands, No. 11509/85, Judgment, 21 February 1990.

Van Droogenbroeck v. Belgium, No. 7906/77, Judgment, 24 June 1982.

Vittorio And Luigi Mancini v. Italy, No. 44955/98, Judgment, 2 August 2001.

Weeks v. The United Kingdom, No. 9787/82, Judgment, 2 March 1987.

Winterwerp v. The Netherlands, No. 6301/73, Judgment, 24 October 1979.

Witold Litwa v. Poland, No. 26629/95, Judgment, 04 April 2000.

X v. The United Kingdom, No. 7215/75, Judgment, 5 November 1981.

Yassar Hussain v. The United Kingdom, No. 8866/04, Judgment, 7 March 2006.

Corte interamericana dei diritti umani

Consular Assistance, Advisory opinion of 1 October 1999, Int-Am CHR Series A, No. 16, pp. 256-7.

Las Palmeras, Preliminary Objections, Series C, No. 67, 4 February 2000.

Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador, Preliminary Objections, Series C, No. 118, 23 November 2004.

Commissione interamericana dei diritti umani

Coard v. The United States, Case 10.951, OEA/ser.L/V/II.106.doc.3rev, 1999.

Juan Carlos Abella v. Argentina (La Tablada case), Case 11.137, 18 November 1997.

Eritrea-Ethiopia Claims Commission

Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Partial Award, The Hague, 28 April 2004.

Lodi arbitrali

Cessation of Vessels and Tugs for Navigation on the Danube case (Allied Powers, Germany, Austria, Hungary and Bulgaria), 1921, in *Reports of International Arbitral Awards* 1, 97, p. 107 ss.

The Ottoman Debt Arbitration, in *Digest of the decisions of International Tribunals relating to State Succession – study prepared by the Secretariat*, Document: A/CN.4/151, Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, II, disponibile su untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_151.pdf.

Giurisprudenza di corti nazionali:

Austria

Supreme Court, *Requisitioned Property (Austria) (No. 1)*, 18 April 1951, in *International Law Reports* (1951), p. 694 ss.

Supreme Court, *Requisitioned Property (Austria) (No. 2)*, 20 June 1951, in *International Law Reports* (1951), p. 696 ss.

Francia

Corte d'appello di Parigi, *Javor c. X*, 24 novembre 1994, riprodotta in *Rivista di Diritto internazionale* 78 (1995), pp. 826-829.

Corte di Cassazione, *Magill c. Héritiers Monnel-Gonnier*, 1 febbraio 1837, citata in C. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Éditions A. Pedone, Paris, 1983, p. 137.

Germania

Federal Court of Justice, *Caso Distomo*, Federal Republic of Germany, 26 June 2003.

Giappone

Tokyo District Court, *Philippine "comfort women" v. Japan*, 9 October 1998.

Tokyo District Court, *Shimoda et al. v. The State*, 7 December 1963;

India

Supreme Court, *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. the State of Goa*, 26 March 1969, *All India Reporter*, 1970, SC 329, *Supreme Court Reports*, 1970, pp. 87-102, disponibile presso: www.icrc.org/ihlnat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/a693a13f3cdd399ec12563b8002b1c41!OpenDocument.

Israele

Supreme Court, *Dajalis et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*, HCJ 698/85, in *Israel Yearbook of Human Rights* 17 (1987), p. 315 ss.

Supreme Court, *Abd el Rahman el Ahmar v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 1139/04, 26 February 2004, disponibile su www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=C019DB769D7B5086C12575C2004665CE&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL992BUA&from=state.

Supreme Court, *Abu Riyan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*, HCJ 401/88, in *Israel Yearbook of Human Rights* 23 (1993), p. 323 ss.

Supreme Court, *Ajuri v. IDF Commander*, HCJ 7015/02, 3 September 2002, disponibile presso: [www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/46707c419d6bdfa24125673e00508145/71c710f9b1669ae9c12573870053238c/\\$FILE/Ajuri%20v.%20IDF%20Commander.pdf](http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/46707c419d6bdfa24125673e00508145/71c710f9b1669ae9c12573870053238c/$FILE/Ajuri%20v.%20IDF%20Commander.pdf).

Supreme Court, *Al Nawar v. Minister of Defence et al.*, HCJ 574/82, 1985, disponibile in *Israel Yearbook of Human Rights* 16 (1986), p. 321 ss.

Supreme Court, *Anonymous v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria*, HCJ 11026/05, 5 December 2005, disponibile su www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=40646DB4CC91507CC12575BC00493E94&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL992BU9&from=state.

Supreme Court, *Ayub et al. v. Minister of Defence et al. (Beth El case)*, HCJ 606/78, March 1979, in *Palestine Yearbook of International Law* 2 (1985).

Supreme Court, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, HCJ 2056/04, 30 May 2004, disponibile presso: elyon1.court.gov.il/Files_ENG/04/560/020/A28/04020560.A28.pdf

Supreme Court, *Christian Society for the Holy Places v. Ministry of Defence et al.*, HCJ 337/71, 1972, in *Israel Yearbook on Human Rights* 2 (1972), pp. 354-356.

Supreme Court, *Duweikat et al. v. Government of Israel et al. (Elon Moreh case)*, HCJ 390/79, 22 October 1979, in *Palestine Yearbook of International Law* 1 (1984).

Supreme Court, *El-Amla v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2320/98, citato in: Supreme Court (Israel), *Yassin et al. v. Commander of the Kziot Military Camp – Kziot Detention Facility*, HCJ 5591/02, Judgment, 18 December 2002, disponibile presso: elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/910/055/A03/02055910.a03.pdf.

Supreme Court, *Haetzni v. Minister of Defence et al.*, HCJ 61/80, in *Israel Yearbook on Human Rights* 11 (1981), p. 358 ss.

Supreme Court, *Louie Salama et al. v. Israel Defence Force (IDF) Commander in Judea and Samaria*, HCJ 5784/03, 6024/03, 6025/03, 11 August 2003, disponibile su elyon1.court.gov.il/Files_ENG/03/840/057/A05/03057840.A05.pdf.

Supreme Court, *Public Committee against Torture in Israel et al. V. Government of Israel et al. (Targeted Killings case)*, HCJ 769/02, 11 December 2005, disponibile presso: www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Israel/Targetted_Killings_Supreme_Court_13-12-2006.pdf.

Supreme Court, *Shadi Talal Sadr & Ibrahim Ali Shanaita v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 5994/03, 5995/03, 17 July 2003, disponibile su www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=49853C21C31C4A70C12575C20051F042&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL-992BUB&from=state.

Supreme Court, *Tabib at al. v. Minister of Defence et al.*, in *Israel Yearbook of Human Rights* 13 (1983), p. 364 ss.

Supreme Court, *The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria Area v. Judge of the Military Court of Appeals in the Judea and Samaria Area and the Gaza Strip Area & Walid Muhammad Hamdan Hanatshe*, HCJ 6845/05, 4 August 2005, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=0BA8B6AACB7A790CC12575BC00443D52&action=openDocument&xp_countrySelected=IL&xp_topicSelected=GVAL992BU9&from=state.

Italia

Corte Costituzionale, sentenza n. 238, 22 ottobre 2014, in G.U. 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 45 del 29 ottobre 2014.

Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, sentenza n. 5044/04, 6 novembre 2003-11 marzo 2004 (caso *Ferrini*), in *Rivista di Diritto internazionale* (2004), p. 539 ss.

Corte di Cassazione, sentenza n. 2402, 24 agosto 1949, in *Massimario della giurisprudenza italiana – Cassazione civile*, Anno XIX – 1949, II, p. 606 ss.

Corte di Cassazione, sentenza n. 1283, 7 maggio 1952, in *Massimario Foro italiano*, II Foro Italiano, Roma, 1952, p. 317 ss.

Tribunale militare di Roma, Sentenza emessa nei confronti di E. Priebke, in data 22 luglio 1997, in *Rassegna Giustizia Militare*, disponibile presso: www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/Priebke_Erich/Pagine/default.aspx.

Paesi Bassi

Re Christiansen, Special Court (War Criminals) of Arnhem, 12 August 1948, in *International Law Reports* (1951), p. 502 ss.

In re Shipbuilding Yard 'Gusto', Special Criminal Court, 1947, in *International Law Reports* (1951), p. 309 ss.

Special Court of Cassation, *Rauter trial*, 1949, in *Law Reports of Trial of War Criminals* 14, 89, pp. 135-136.

Regno Unito

England and Wales Court of Appeal, *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2006] EWCA Civ 327, Judgment of 29 March 2006.

England and Wales Court of Appeal, *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 December 2005, disponibile presso: www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1609.html.

England and Wales High Court of Justice (Queen's Bench Division), *R. (on the application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence*, with Associated Press intervening, [2013] EWHC 3068 (Admin), Judgment of 16 October 2013.

England and Wales High Court of Justice, *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWHC 1809 (Admin), Judgment of 12 August 2005.

House of Lords, *A and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department (conjoined appeals)*, Judgment, 8 december 2005, [2005] UKHL 71.

House of Lords, *R (on the application of Al Skeini and Others) v the Secretary of State for Defence*, SESSION 2006–07, [2007] UKHL 26 (on appeal from: [2005] EWCA Civ 1609).

House of Lords, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58, Judgment of 12 December 2007.

PRASSI

Assemblea generale delle Nazioni Unite

Official Records of the General Assembly, 18th session, Third Committee, Social and Humanitarian and Cultural Questions, Summary Records of Meetings 17 September-11 December 1963, United Nations, UN Doc.A/C3/SR.1211-1287.

Official Records, Sixtieth Session of the General Assembly, 62nd plenary meeting, A/60/PV.62, 8 December 2005, disponibile su www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/60/PV.62.

Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories, A/RES/36/147, 16 December 1981, disponibile su www.un.org/documents/ga/res/36/a36r147.htm.

Resolution 2444 (XXIII): Respect for Human Rights in Armed Conflict, 19 December 1968, disponibile presso: [www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/72C6025818313E24C12574E30054381C/\\$file/A+RES+2444+XXIII.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/72C6025818313E24C12574E30054381C/$file/A+RES+2444+XXIII.pdf).

Resolution 2625 (XXV): Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/25/2625, 24 October 1970, disponibile su www.un-documents.net/a25r2625.htm.

Resolution 2675 (XXV)/1970, Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts, A/RES/2675, 9 December 1970, disponibile presso: daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/40/IMG/NR034940.pdf?OpenElement.

Resolution 36/147 C, A/RES/36/147, 16 December 1981, disponibile presso: www.un.org/documents/ga/res/36/a36r147.htm.

Resolution 54/78: Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including Jerusalem, and the occupied Syrian Golan, A/RES/54/78, 6 December 1999, disponibile su unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/CFFFA9A56DB20D2085256897005D7F61.

Resolution 58/100: The occupied Syrian Golan, A/RES/58/100, 17 December 2003, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/6DE3E200DE13058085256E12006AD041.

Resolution 62/108: Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the occupied Syrian Golan, A/RES/62/108, 10 January 2008, disponibile presso: www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/2007/155.pdf.

Resolution 63/123 on the Report of the International Law Commission on the work of its sixtieth session (adopted by the General Assembly on 11 December 2008),

A/RES/63/123, 15 January 2009, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/478/17/PDF/N0847817.pdf?OpenElement.

Resolution ES-10/14: Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, A/RES/ES-10/14, 12 December 2003, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/F953B744269B9B7485256E1500776DCA.

Summary Legal Position of the Government of Israel, Annex I to the Report of the Secretary-General Prepared Pursuant to GA Resolution ES-10713, UN Doc. A/ES-10/248, 24 November 2003 (relating to the construction of a wall in the occupied Palestinian territory), disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/A5A017029C05606B85256DEC00626057.

Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

Presidential Statement, UN Doc. S/PRST/2001/5, 20 February 2001, disponibile presso: www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/WPS%20SPRST%202001%205.pdf.

Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict, S/1999/957, 8 September 1999, disponibile presso: www.un.org/Docs/sc/committees/sanctions/s99957.pdf.

Resolution 1265 on the Protection of Civilians in Armed Conflicts, S/RES/1265, 17 September 1999, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/54C4EBF2D22090720525681100532442.

Resolution 1272 (1999), S/RES/1272, 25 October 1999, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/312/77/PDF/N9931277.pdf?OpenElement.

Resolution 1483 (2003), S/RES/1483, 22 May 2003, disponibile su daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/53/PDF/N0336853.pdf?OpenElement.

Resolution 1882 (2009): Children and Armed Conflict, S/RES/1882 (2009), 4 August 2009, disponibile presso: www.unrol.org/files/SC-RESOLUTION1882-2009.pdf.

Resolution 465, S/RES/465 (1980), 1 March 1980, disponibile presso: unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/5AA254A1C8F8B1CB852560E50075D7D5.

Segretario generale delle Nazioni Unite

Identical Letters dated 91/03/05 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed respectively to the Secretary-General and the President of the Security Council, UN Doc. S/22330, 5 March 1991, Annex.

Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, disponibile presso: www.unhcr.org/refworld/docid/451bb5724.html.

Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite

Resolution 2005/43: Situation of and assistance to Palestinian women, 26 July 2005, disponibile presso: www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-43.pdf.

Commissione di diritto internazionale

Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (finalised by M. Koskenniemi), 58th session, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.

Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011), UN Doc. A/66/10, pp. 88-91, disponibile presso: legal.un.org/ilc/reports/2011/2011report.htm.

Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011), UN Doc. A/66/10, disponibile presso: legal.un.org/ilc/reports/2011/2011report.htm.

Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties – Texts and titles of draft conclusions 6 to 10 provisionally adopted by the Drafting Committee on 27 and 28 May and on 2 and 3 June 2014, A/CN.4/L.833, 3 June 2014, disponibile presso: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/040/66/PDF/G1404066.pdf?OpenElement.

Commissione dei diritti umani

Declaration of Minimum Humanitarian Standards, reprinted in Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its Forty-sixth Session, Commission on Human Rights, 51st Sess., Provisional Agenda Item 19, at 4, U.N. Doc. E/CN.4/1995/116 (1995) (Declaration of Turku).

Resolution 1991/42 – Question of arbitrary detention, 5 March 1991, E/CN.4/RES/1991/42, disponibile presso: www.refworld.org/docid/3b00f0a118.html.

Summary Record of the Hundred and Ninety-Third Meeting, Human Rights Commission, 6th session, 193rd meeting, UN Doc. E/CN.4/SR.193, 1950 (Statements of Eleanor Roosevelt).

Summary Record of the Three Hundred and Twenty-Ninth Meeting, Human Rights Commission, 8th session, UN Doc. E/CN.4/SR.329, 27 June 1952.

Comitato internazionale della Croce Rossa

Application of international humanitarian law and international human rights law to Un-mandated forces, Report on the Expert meeting on multinational peace operations, Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 11-12 December 2003, disponibile presso: www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_853_fd_application.pdf.

Customary International Humanitarian Law Database, disponibile presso: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul.

Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of certain Explosive Projectiles, Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868, disponibile presso: www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C.

Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, Expert meeting, Report, 2012, disponibile presso: www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf.

Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims, Geneva, 14-26 April 1947, disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_report-1947.pdf.

Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims, Geneva, 14-26 April 1947, disponibile presso: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_report-1947.pdf.

Expert meeting on the supervision of the lawfulness of detention during armed conflict, Organized by The University Centre for International Humanitarian Law – Geneva, Convened at The Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004, disponibile presso: www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/2004/4rapport_detention.pdf.

Comitato dei diritti umani

Commenti generali:

Draft General Comment No. 35 – Article 9: Liberty and security of person, Revised draft prepared by the Rapporteur for general comment No. 35, Mr. Gerald L. Neuman, CCPR/C/GC/R.35/Rev.3, 10 April 2014, disponibile presso: www.ccprcentre.org/iccpr-and-hr-committee/general-comments/.

General Comment No. 24 on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant of the Optional Protocols thereto, or in relation to

declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/21/Rev.1/Add.6, 4 November 1994, disponibile presso: www.refworld.org/docid/453883fc11.html.

General Comment No. 26: continuity of obligations, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 December 1997, disponibile su: www.refworld.org/docid/453883fde.html.

General Comment No. 29 (Article 4) on State of Emergencies, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, par. 3, disponibile presso: www.refworld.org/docid/453883fd1f.html.

General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004, disponibile su www.refworld.org/docid/478b26ae2.html.

General Comment No. 32 (Article 14) on Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, disponibile su www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html.

General Comment No. 8 (Article 9): Right to liberty and security of persons, 30 June 1982, No. 8, disponibile presso: www.refworld.org/docid/4538840110.html.

General Discussion on the preparation for a General Comment on Article 9 (Liberty and Security of Person) of the International Covenant on Civil and Political Rights, Palais des Nations, Room XII – 25 October 2012, par. 2, disponibile presso: www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GConArticle9.aspx.

International Commission of Jurists (ICJ) Comments to the UN Human Rights Committee on its Half-Day of General Discussion in Preparation for a General Comment on Article 9 (Liberty and Security of the Person) of the International Covenant on Civil and Political Rights, 106th Session of the UN Human Rights Committee (15 October to 2 November 2012), submitted September 2012.

International Commission of Jurists: Initial Comments on Draft General Comment 35 on Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights, 109th Session of the UN Human Rights Committee (14 October - 1 November 2013), 16 October 2013.

Comunicazioni individuali:

A.P. v. Italy, Admissibility Decision, Communication No. 204/1986, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (2 November 1987).

A. v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997).

A. v. New Zealand, Communication No. 754/1997, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/754/1997 (3 August 1999).

Aboussedra v. Libyan Arab Jamahiriya, Communication No. 1751/2008, UN Doc. CCPR/C/100/D/1751/2008 (25 October 2010).

Aduayom et al. v. Togo, Communications No. 422/1990, 423/1990, 424/1990, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/422/1990, 423/1990 and 424/1990 (12 July 1996).

Ahani v. Canada, Communication No. 1051/2002, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (2004).

Baban et al. v. Australia, Communication No. 1014/2001, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001 (2003).

Bahamonde v. Equatorial Guinea, Communication No. 468/91, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/468/1991 (1993).

Berry v. Jamaica, Communication No. 330/88, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/330/1988 (1994).

Bwalya v. Zambia, Communication No. 314/1988, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/314/1988 (1993).

Campora Schweizer v. Uruguay, Communication No. 66/1980, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), p. 117, 1983.

Cañón García v. Ecuador, Communication No. 319/1988, UN Doc. CCPR/C/43/D/319/1988 (5 November 1991).

Celepli v. Sweden, Communication No. 456/1991, CCPR/C/47/D/456/1991 (1994).

Chongwe v. Zambia, Communication No. 821/1998, CCPR/CAO/D/84/1998 (2000).

Dias v. Angola, Communication No. 711/1996, U.N. Doc. CCPR/C/68/D/711/1996 (2000).

Dudko (Lucy) v. Australia, Communication No. 1347/2005, UN Doc. CCPR/C/90/D/1347/2005 (29 August 2007).

Fijalkowska v. Poland, Communication No. 1061/2002, U.N. Doc. CCPR/C/84/D/1061/2002 (2005).

Fongum Gorji-Dinka v. Cameroon, Communication No. 1134/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1134/2002 (2005).

González del Río v. Peru, Communication No. 263/1987, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/263/1987 (1992).

Hugo van Alphen v. The Netherlands, Communication No. 305/1988, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990).

Jansen-Gielen v. The Netherlands, Communication No. 846/1999, U.N. Doc. CCPR/C/71/D/846/1999 (2001).

Jayawardene v. Sri Lanka, Communication No. 916/00, CCPR/C/75/D/916/2000 (26 July 2002).

Jiménez Vaca v. Colombia, Communication No. 859/99, CCPR/C/74/D/859/1999 (15 April 2002).

Karker v. France, Communication No. 833/1998, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/833/1998 (2000).

Kelly v. Jamaica, Communication No. 253/1987, U.N. Doc. CCPR/C/41/D/253/1987 at 60 (1991).

Koné v. Senegal, Communication No. 386/1989, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/386/1989 (1994).

Kurbanov v. Tajikistan, Communication No. 1096/2002, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002 (2003).

L. Magana ex-Philibert v. Zaire, Communication No. 90/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, p. 124 (1990).

Leehong v. Jamaica, Communication No. 613/95, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/613/1995 (12 August 1999).

Lichtensztein v. Uruguay, Communication No. 77/1980, UN Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), 1983.

Marcellana and Gumanoy v. Philippines, Communication No. 1560/2007, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1560/2007 (17 November 2008).

Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006).

Marques de Morais v. Angola, Communication No. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002 (2005).

Martínez Portorreal v. Dominican Republic, Communication No. 188/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40), p. 207 (1988).

McLawrence v. Jamaica, Communication No. 702/1996, CCPR/C/60/D/702/1996 (26 April 1996).

Mika Miha v. Equatorial Guinea, Communication No. 414/1990, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/414/1990 (1994).

Mulezi v. The Democratic Republic of the Congo, Communication No. 962/2001, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/962/2001 (2004).

Sahadeo v. Guyana, Communication No. 728/1996, CCPR/C/73/D/728/1996 (1 November 2001).

Saldías de López v. Uruguay, Communication No. R.12/52, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 , p. 88 (1984).

Santullo Valcada v. Uruguay, Communication No. R.2/9, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/35/40), p. 107 (1980).

Shafiq v. Australia, Communication No. 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004 (13 November 2006).

Smirnova v. Russia, Communication No. 712/1996, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/712/1996 (2004).

Spakmo v. Norway, Communication No. 631/1995, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/631/1995 (11 November 1999).

Torres v. Finland, Communication No. 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988 (5 April 1990).

Tshishimbi v. Zaire, Communication No. 542/93, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/542/1993 (1996).

Umarova (re Umarov) v. Uzbekistan, Communication No. 1449/2006, U.N. Doc. CCPR/C/100/D/1449/2006 (2010).

Vuolanne v. Finland, Communication No. 265/1987, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40) at 311 (2 May 1989).

W. Delgado Páez v. Colombia, Communication No. 195/1985, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/195/1985 (1990).

Wackenheim v. France, Communication No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

Yklymova v. Turkmenistan, Communication No. 1460/2006, UN Doc CCPR/C/96/D/1460/2006 (20 July 2009).

Yuri Bandajevsky v. Belarus, Communication No. 1100/2002, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1100/2002 (2006).

Zelaya Blanco v. Nicaragua, Communication No. 328/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/328/1988 (1994).

Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria:

Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/22/44, 24 December 2012.

Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/22/44, 24 December 2012.

Opinion No. 5/2010 (Israel), in Report of the Working Group on Arbitrary Detention – Addendum: Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/16/47/Add.1, 2 March 2011.

Osservazioni conclusive sui rapporti presentati dagli Stati:

Concluding Observations on Australia, A/55/40, 2000.

Concluding Observations on Azerbaijan, CCPR/C/81/Add.2, 3 August 1994.

Concluding Observations on Azerbaijan, CCPR/C/AZE/CO/3, 13 August 2009.

Concluding Observations on Belgium, CCPR/C/BEL/CO/5, 16 November 2010.

Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina, CCPR/C/BIH/CO/1, 22 November 2006.

Concluding Observations on Cameroon, CCPR/C/79/Add.33, 18 April 1994.

Concluding Observations on Cameroon, CCPR/C/CMR/CO/4, 4 August 2010.

Concluding Observations on Canada, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006.

Concluding Observations on Colombia, CCPR/C/79/Add.75, 3 May 1997.

Concluding Observations on Colombia, CCPR/C/COL/CO/6, 4 August 2010.

Concluding Observations on Czech Republic, CCPR/CO/72/CZE, 27 August 2001.

Concluding Observations on Egypt, CCPR/CO/76/ EGY, 8 November 2002.

Concluding Observations on Equatorial Guinea, CCPR/CO/79/GNQ, 13 August 2004.

Concluding Observations on Guatemala, CCPR/C/79/Add.63, 3 April 1996.

Concluding Observations on India, CCPR/C/79/Add.81, 4 August 1997.

Concluding Observations on Israel, CCPR/C/79/Add.93, 1998.

Concluding Observations on Israel, CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2001.

Concluding Observations on Israel, CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003.

Concluding Observations on Japan, CCPR/C/79/Add.102, 29 July 1999.

Concluding Observations on Jordan, CCPR/C/79/Add.35, 10 August 1994.

Concluding Observations on Jordan, CCPR/C/JOR/CO/4, 18 November 2010.

Concluding Observations on Kenya, CCPR/C/KEN/Q/3/Add.1, July 2012.

Concluding Observations on Lebanon, CCPR/C/42/Add.14, 22 November 1996.

Concluding Observations on Libya, CCPR/C/79/Add.101, 6 Nov 1998.

Concluding Observations on Lithuania, CCPR/CO/80/LTU, 4 May 2004.

Concluding Observations on Moldova, CCPR/CO/75/MDA, 5 August 2002.

Concluding Observations on Morocco, CCPR/C/79/Add.44, 23 November 1994.

Concluding Observations on Philippines, CCPR/C/PHL/CO/4, 13 November 2012.

Concluding Observations on Portugal, CCPR/C/PRT/CO/4, 28 November 2012.

Concluding Observations on Rwanda, CCPR/C/RWA/3, 30 March 2009.

Concluding Observations on Sri Lanka, CCPR/CO/79/LKA, 1 December 2003.

Concluding Observations on Sudan, CCPR/C/SDN/CO/3, 29 August 2007.

Concluding Observations on Suriname, CCPR/CO/80/SUR, 4 May 2004.

Concluding Observations on Tajikistan, CCPR/CO/84/TJK, 18 July 2005.

Concluding Observations on The Democratic Republic of the Congo, CCPR/C/COD/CO/3, 26 April 2006.

Concluding Observations on The Democratic Republic of the Congo, CCPR/C/79/Add.118, 25 April 2000.

Concluding Observations on The Islamic Republic of Iran, CCPR/C/IRN/CO/3, 29 November 2011.

Concluding Observations on The Netherlands, CCPR/C/NLD/CO/4, 25 August 2009.

Concluding Observations on The Russian Federation, CCPR/C/RUS/CO/6, 29 October 2009.

Concluding Observations on The United Kingdom, CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008.

Concluding Observations on The United States of America, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 December 2006.

Concluding Observations on Togo, CCPR/C/TGO/CO/4, 18 April 2011.

Concluding Observations on Turkey, CCPR/C/TUR/CO/1, 13 November 2012.

Concluding Observations on Uganda, CCPR/CO/80/UGA, 4 May 2004.

Concluding Observations on Yemen, CCPR/C/YEM/CO/5, 23 April 2012.

Rapporti periodici degli Stati parti

Consideration of reports submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Third periodic reports of States Parties due in 2003, United States of America, CCPR/C/USA/3, Annex I, 28 November 2005, disponibile presso: www.state.gov/documents/organization/124143.pdf.

Second periodic report of Israel on the implementation of the ICCPR, CCPR/C/ISR/2001/2 *inter alia*, 4 December 2002, disponibile presso: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.

Comitato contro la tortura

Committee Against Torture, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture (United States Of America), CAT/C/USA/CO/2, disponibile presso: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.USA.CO.2.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.USA.CO.2.En?Opendocument).

Comitato dei diritti economici, sociali e culturali

Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, 23 May 2003, E/C.12/1/Add.90, disponibile presso: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/b313a3503107f1e6c1256d33002cea38?Opendocument.

General comment 4: The right to adequate housing (Art.11 (1)), 13 December 1991, par. 8; *General Comment n. 12: The right to adequate food (Art. 11)*, E/C.12/1999/5, 12 May 1999, disponibile presso: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument).

General Comment n. 12: The right to adequate food, E/C.12/1999/5, 12 May 1999, disponibile presso: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument).

General Comment n. 14: The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, disponibile presso: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En).

General Comment n. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted on 24 November 2005, E/C.12/GC/18, 6 February 2006, disponibile presso: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.18.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.18.En).

General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant), E/1991/23, 14 December 1990, disponibile presso: www.refworld.org/docid/4538838e10.html.

Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/2000/13, 2 October 2000, disponibile presso: www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html.

Statement on Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2001/10, 10 May 2001, disponibile presso: www.acpp.org/RBAVer1_0/archives/CESCR%20Statement%20on%20Poverty.htm.

Consiglio dei diritti umani

Annex to Resolution 5/1 of 18 June 2007 – United Nations Human Rights Council: Institution Building (Universal Periodic Review Mechanism), disponibile presso: ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc.

Report of the independent international fact-finding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, UN Doc. A/HRC/22/63, 7 February 2013.

Consiglio d'Europa

Guide on Article 5 – Right to liberty and security: Article 5 of the Convention, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012, disponibile presso: www.echr.coe.int.

Documenti nazionali

Federal Political Department of Switzerland, Final Record of the Diplomatic Conference in Geneva of 1949, Vol. II, Section A, Bern.

UK, Opinion of the Lord Chancellor and the Law Officers of the Crown, March 1945, Public Record Office FO 371/50759 (U 1949), come riportato parzialmente in: A. ROBERTS, *What is military occupation?*, cit., p. 269.

Manuali militari

Argentina, *Leyes de guerra*, PC-08-01, Pùblico edición 1989, Estado Major Conjunto de las fuerzas armadas, aprobado por resolucio n.º 489/89 del Ministerio de Defensa, 23 april 1990.

Australia, Australian Defence Force Publication, *Law of Armed Conflict, Commanders' Guide*, Operations Series, ADFP 37, Supplement 1 – Interim Edition, 7 March 1994.

Canada, *Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at Operational and Tactical Levels*, JAG Office, 2001.

Canada, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, Office of the Judge Advocate General, 1999.

France, *Manuel de droit des conflits armés*, Ministère de la Défence, SGA, 2003.

Germany, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, DSK VV207320067, The Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany, VR II 3, August 1992, English translation of ZDF 15/2, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, August 1992.

Italia, *Manuale di diritto umanitario*, Stato maggiore della Difesa, SMD-G-014, 1991.

Messico, *Manual de derecho internacional humanitario para el ejército y la fuerza área mexicanos*, Ministero della difesa nazionale, giugno 2009.

New Zealand Defence Force, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, DM 112, 1992.

Sweden, *International Humanitarian Law in Armed Conflict, with Reference to the Swedish Total Defence System*, Swedish Ministry of Defence, 1991.

UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004.

US Government, Department of Defense, *21st Century U.S. Army Law of Land Warfare Manual (FM 27-10) Rules, Principles, Hostilities, Prisoners of War, Wounded and Sick, Civilians, Occupation, War Crimes, Geneva Conventions*, Progressive Manager, Washington, 2003.

USA, FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, Washington, D.C., July 1956.